



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI TEORIA DELLO STATO

RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata da • *Founded by*
GIOVANNI PUOTI

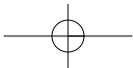
Diretta da • *Editors*
ANDREA AMATUCCI E GIOVANNI PUOTI

2003
gennaio-dicembre

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO



LIBRERIA DELLO STATO



Indice

Sezione I - Dottrina

Section I - Academic Writings

- **WILLIAM W. PARK**
Arbitration and double taxation treaties (abstract) 3
 L'arbitrato nei trattati sulle imposte sui redditi 5

- **JÖRG MANFRED MÖSSNER**
Towards a uniform notion of "group" and "control" of enterprise for European tax purposes 67
 Verso una nozione uniforme di "gruppo" e "controllo" d'impresa ai fini dell'imposizione europea 79

- **M^a AMPARO GRAU RUIZ**
Exchange of information between Spain and other EU member states 91
 Lo scambio di informazioni tra la Spagna e gli altri Stati membri dell'UE 111

- **MARIANICOLA VILLANI**
Analysis of the evolution of tax structures of EU countries in the nineties 131
 Analisi dell'evoluzione delle strutture dei paesi dell'Unione Europea negli anni '90 149

Sezione II - Giurisprudenza

Section II - Decisions of the Courts

- Italy - Court of cassation, tax section**
Judgement 10.12.02 n. 17564 169
- DOMENICO ARDOLINO**
Direct application of Commission decisions and reserve of law in tax matter 169

- Italia - Corte di cassazione, sez. trib.**
Sentenza 10 dicembre 2002 n. 17564 175
- DOMENICO ARDOLINO**
 La forza e valore delle decisioni della commissione CE tra efficacia diretta e riserva di legge 203

Indice

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documents

- European Union – European Parliament – Committee on Economic and Monetary Affairs – Directorate-General for Research – Working Paper “Taxation in Europe: recent developments” – Economic Affairs Series – Econ 131, January 2003 (abstract)* 213
- **PIETRO SELICATO**
The European Parliament’s point of view on the state of the taxation in Europe 223
 Il Parlamento europeo esprime il suo punto di vista sullo stato della fiscalità in Europa 227

Sezione IV - Appunti e Rassegne

Section IV - Notes and surveys

- **FRANCESCO GRAMMATICO**
 Stock optionse trattati fiscali (estratto) 233
Stock options and tax treaties (abstract) 235
- **VINCENZO PACE**
About an International Tax Law Course (a review of V. Uckmar, International Tax Law Course, Cedam, Padova, 2002) 279
 A proposito di un Corso di Diritto Tributario Internazionale (recensione a V. Uckmar, **Corso di Diritto Tributario Internazionale**, Cedam, Padova, 2002) 283
 Indice anno 2002 287

Presentazione

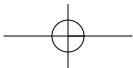
Dopo una pausa di alcuni mesi, la Rivista di diritto tributario internazionale riprende la sua pubblicazione con una nuova Casa editrice e in una diversa veste grafica. Per questo motivo, l'annata 2003 è costituita da questo unico fascicolo.

Il cambiamento è funzionale all'avvio di un programma di rilancio della testata, in Italia e all'estero, che l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (IPZS) – S.p.A. si è impegnato a realizzare in pieno accordo con la Direzione Scientifica della Rivista e che verrà presentato con il primo numero del 2004.

Le nostre più sincere scuse per questo periodo di interruzione vanno agli abbonati, che ringraziamo vivamente per l'interesse finora dimostrato e che contiamo di poter annoverare tra coloro che seguiranno la Rivista anche nella sua nuova veste, certi che riuscirà a soddisfare, anche e meglio del passato, le loro aspettative.

(Andrea AMATUCCI)

(Giovanni PUOTI)





L'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. si accinge a riprendere, in qualità di Editore, le pubblicazioni della Rivista di diritto tributario internazionale editando un numero unico per il 2003 e i tre fascicoli della Rivista, che mantiene così la periodicità quadrimestrale, per il 2004.

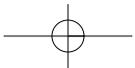
L'Istituto, in coerenza con la propria tradizione editoriale, potrà così annoverare tra le proprie pubblicazioni periodiche più prestigiose (Tributi Impresa, Rivista della Corte dei conti, Giustizia amministrativa solo per menzionare le più importanti) anche questa Rivista di elevato valore scientifico che vanta una Direzione Scientifica e una Redazione di alto profilo culturale e professionale.

La pubblicazione manterrà – pur con una rinnovata veste grafica – la stessa struttura degli anni precedenti suddivisa in quattro sezioni e con gli articoli di dottrina in doppia lingua. La Redazione approfondirà gli argomenti in materia di diritto tributario internazionale, comunitario e comparato, con elaborazioni in campo dottrinario da parte di autorevoli studiosi e interpretazioni delle pronunce giurisprudenziali più rilevanti; l'Editore – ai fini di una adeguata promozione, soprattutto in questa fase di rilancio – si servirà della propria rete distributiva con l'ambizioso obiettivo di confermare ed ampliare la platea dei soggetti interessati ai contenuti scientifici della Rivista.

Chi vorrà acquistare il fascicolo unico 2003 e/o attivare l'abbonamento per l'anno 2004 potrà effettuare il versamento, mediante l'invio del coupon allegato, seguendo le modalità riportate in 3^a di copertina.

Un vivo ringraziamento “anticipato” a quanti vorranno dimostrare il loro interesse a questa Rivista.

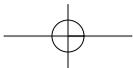
L'Editore



SEZIONE I

DOTTRINA

Academic Writings



Arbitration and double taxation treaties*

William W. Park

Boston University

Notwithstanding similar tax goals, States having signed Income Tax Treaties often reach different results when the treaty is applied to particular cases. Duty to resolve disputes arising in tax treaty interpretation belongs to national courts and joint efforts of tax authorities, which settle interpretation clashes on a voluntary basis. None of the two remedies is satisfying. Courts proceedings lack of neutral policy and resolve in contrasting decisions; mutual agreement procedures among tax authorities is subject to delays and uncertainties.

In order to solve this situation, scholars and non governmental organizations suggested binding arbitration as a means to resolve disputes arising in Income Tax Treaties. So far, tax arbitration is more an aspiration than a reality and is often subject to a superficial analysis.

Four are the main elements in an efficient arbitration. First of all contracting states should definitively commit to a private arbitrator rather than declare good intentions without any binding effects. Secondly, taxpayers should have the opportunity to establish and participate to the arbitral proceeding. Thirdly, award should have binding and res judicata effects for taxpayers and tax authorities as well if challenged in an administrative or judicial proceeding. Lastly, control mechanisms should guarantee procedural integrity from unfair decisions.

Sometimes tax treaties provide that parties might agree to arbitrate after a dispute has arisen. For example, art. 25 of the Tax Treaty between the US and Germany (1989).

However, tax arbitration involves three distinct groups of interests: two governments and private parties. As a result, arbitral tribunal must be formed with particular care. An arbitral tribunal formed by an arbiter appointed by each government and by the taxpayer will not properly work. Arbitrators appointed by governments and taxpayers will likely not be perceived to have neutrality and fairness that should characterize an arbitrator who leads a fair trial. The addition of a fourth arbitrator might determine an even tribunal with the risk of 50% splitting that can irreparably paralyze the decision process.

The best solution might be to opt for an appointing authority with the power to appoint all three arbitrators guaranteeing independency and neutrality. Such idea might not be welcomed by governments that would like to exert major influence over the arbitral tribunal composition.

*Abstract edited by the editor. The whole text of the article has been published in English in *Tax Management International Journal*, Vol. 31, No.5, 10 May 2002.

To identify persons suitable to arbitrate income tax treaty disputes, two different sets of requisites should be taken into consideration: first category characteristics are directed to reduce possible doubts concerning arbiter impartiality; second category characteristics belongs to substantial and procedural law concerning the arbitration and tax issues.

An argument that should be necessarily faced is that of the determination of the procedure to adopt to determine facts and applicable law. Even with differences from case to case, the major part of international arbitration complies to a general scheme: partial documents disclosure and pre-trial brief that expose parties issues along with evidences, witnesses' depositions and technical advice. Afterwards, there will be hearings to admit witnesses and witnesses cross examinations followed by the closing arguments and brief statement deposit. In certain cases the proceeding might be removed to face different issues and different stages.

Generally, taxpayer wants to reach a dispute conclusion as both the governments (and often stronger than the latter). Sometimes, taxpayer might be a shareholder willing to pay to one but not to both the states and might be one who attempts to offset an income item in one jurisdiction with a corresponding one with a deduction in another jurisdiction. Occasionally, taxpayer may assume the leading actor role who pursues a specific result (for example, residency attribution in Germany instead of in the US), rather than realization of an operation of fiscal symmetry.

In order to talk about binding arbitration it is necessary to consider some enforcement proceedings that ensures that the commitment to waive national court challenge will be not only a piece of paper. A merely public arbitration (as a dispute between states sharing borders) could be subject to restriction imposed by international public law only. In tax arbitration, however, where persons directly involved are private ones, it is required a legal framework that permits to trust the award in parallel judicial or administrative proceedings.

It should exist some proceedings to give effects to arbitral decisions when someone has doubts about award enforcement, and to identify those decisions procedurally corrupted that must not be executed. It is an open issue whether Tax Treaties should satisfy the above mentioned goals through the creation on new control mechanisms or through adaptation of the existing ones. It is certain that some rules must be set.

L'arbitrato nei trattati sulle imposte sui redditi* **

William W. Park***

*“Siate pur certo, Signore,
quando un uomo sa di dover essere impiccato nel giro di due settimane,
la sua mente si concentra in modo meraviglioso.”*

Dr. Samuel Johnson ¹

SOMMARIO: Esigenze e motivazioni

Esame delle alternative

Malgrado obiettivi fiscali simili, i paesi firmatari di trattati sulle imposte sui redditi sovente giungono a conclusioni radicalmente diverse allorché il testo del trattato viene applicato al caso concreto. Il compito di dirimere i contrasti in materia di interpretazione del trattato ricade sulle Corti nazionali o sugli sforzi congiunti delle rispettive Amministrazioni fiscali, le quali si impegnano a comporre i contrasti interpretativi su base volontaria. Nessuna delle due alternative è soddisfacente. I procedimenti giudiziari mancano di neutralità politica e si risolvono in pronunce contrastanti; la procedura di “mutuo accordo” tra le competenti autorità fiscali è gravata di ritardi ed incertezze.

Per ovviare a questo stato di cose, la dottrina² e le organizzazioni non-governative³ hanno suggerito il ricorso all'arbitrato vincolante quale mezzo per dirimere le con-

* Studio apparso originariamente in lingua inglese nella rivista *Tax Management International Journal*, Vol. 31, N. 5, il 10 Maggio 2002.

** Traduzione italiana della dott.ssa LUISA AROSIO, LL.M. A cura del dr. LUCA C.M. MELCHIONNA, LL.M.

*** WILLIAM (RUSTY) PARK è professore alla Boston University School of Law, consulente per Ropes & Grey e vice Presidente della London Court of International Arbitration. Molti ringraziamenti sono dovuti a David Tillingast per i commenti, le impagabili conversazioni avute sull'arbitrato fiscale. Copyright 2002, William W. Park.

¹ Osservazione del 19 settembre 1777, citata in BOSWELL, *Life of Johnson* (1791), World's Classic Edition (Chapman & Fleeman eds. 1980) pag. 849. William Dodd, un popolare ecclesiastico londinese, che predicò tanto alle prostitute ravvedute quanto alla nobiltà, aveva falsificato la firma del conte di Chesterfield su un'obbligazione di L. 4.200 (una cifra considerevole a quei tempi), per finanziare uno stile di vita stravagante, che gli era valso il soprannome di “predicatore macaroni”. Condannato all'impiccagione, Dodd tentò (senza successo) di ottenere la grazia, tenendo nella prigione di Newgate un sermone pubblicato più tardi con il titolo “Petizione di un carcerato ai suoi infelici fratelli”. Il messaggio era stato scritto in realtà da Samuel Johnson, un amico di Dodd. Quando qualcuno osservò che il sermone mostrava più vigore intellettuale di quanto ne possedesse Dodd, Johnson rifiutò di screditare l'amico, osservando soltanto che la prospettiva dell'esecuzione aveva considerevolmente aumentato l'acutezza del predicatore.

² V., ad esempio, LINDENCRONA and MATTSON, *Arbitration in Taxation* (1981); TILLINGHAST, Choice of Issues to be Submitted to Arbitration Under Income Tax Conventions, in *“Essays on International Taxation”* 349 (Alpert and van Raad eds.1993); HENCKAERTS, “EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes,” 10 *J Int'l Arb.* 111 (Sept.1993); MCDANIEL, “NAFTA and Formulary Apportionment,” *“Essays on International Taxation”*, a pag. 293; MÖSSNER, “Internationale Streitbeilegung und Internationales Steuerrecht” 1983 *Recht der Internationalen Wirtschaft* 360 (May1983); ZÜGER, Report to Conference on Arbitration Procedures in Tax Treaty Law, Department of Austrian and International Tax Law, Vienna University of Economics and Business Administration, Sept. 21-22,2001; PARK, “Finality and Fairness in Tax Administration ” 11 *J. Int'l Arb.*19 (Giugno 1994); Proceedings of International Fiscal Ass'n (IFA) Seminario di Firenze (Ott. 1993), Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration, Vol. 18e, IFA Seminar Series. L'IFA prese nuovamente in esame l'argomento nelle presentazioni del seminario al primo congresso in Eilat, Israele, nell'ottobre del 1999.

troversie in materia di trattati sulle imposte sui redditi. Come la proverbiale impiccagione citata dal dr. Johnson, la prospettiva del ricorso all'arbitrato dovrebbe servire a focalizzare le menti delle autorità amministrative sulla ricerca di una soluzione ragionevole, per timore di vedersi sottrarre la materia del contendere e vederla affidata alla decisione di una corte neutrale.

Sinora, tuttavia, l'arbitrato fiscale resta più un'aspirazione che una realtà ed è sovente oggetto di analisi superficiale⁴. Il testo di alcuni trattati consente il ricorso all'arbitrato soltanto se i due Stati si accordano in tal senso *successivamente* all'insorgere della controversia. Clausole di questo tipo non hanno mai trovato applicazione a causa dei giochi di potere fra gli Stati contraenti che impediscono un accordo quando è effettivamente insorta una controversia. Soltanto il nuovo trattato tra Austria e Germania impone l'obbligo di arbitrare le dispute in materia di interpretazione del trattato senza ulteriori negoziati, un principio seguito dalle recenti proposte della *International Chamber of Commerce*⁵.

Questo articolo analizza i meccanismi che consentirebbero di utilizzare l'arbitrato per dirimere le controversie in materia di trattati sulle imposte sui redditi. L'analisi si avvale delle lezioni apprese dall'uso dell'arbitrato nelle dispute in materia commerciale e di investimenti internazionali, tenendo conto delle obiezioni di ordine pubblico che potrebbero opporsi all'uso dell'arbitrato nel disporre di vitali interessi nazionali quali quelli inerenti alle materie fiscali. Le clausole di un modello preliminare di trattato suggerite al termine di questo articolo sono volte ad ottimizzare la prospettiva di un sistema di arbitrato fiscale che vada a contestuale beneficio dei governi e dei contribuenti.

Elementi essenziali di un sistema efficiente di composizione stragiudiziale delle dispute

Gli elementi fondamentali per un arbitrato efficiente in materia fiscale sono quattro. Innanzitutto gli Stati contraenti devono assumere l'impegno irrevocabile di volere adire un arbitrato piuttosto che limitarsi ad enunciare dichiarazioni di buone intenzioni prive di efficacia vincolante. In secondo luogo, i contribuenti devono avere il diritto di instaurare e di partecipare al giudizio arbitrale. In terzo luogo, il lodo

³ V., ad esempio, Intl' Chamber of Commerce Commission on Tax'n, *Arbitration in International Tax Matters*, Doc No. 180/438 (May 3, 2000) (www.iccwbo.org/home/statements_rules/statements/2000/arbitration_tax.asp); Intl' Chamber of Commerce Commission on Tax'n, *Arbitration in International Tax Matters, Draft, Draft Bilateral Convention Article*, Doc. No. 180/455 Rev.(Sept.10,2001). Si veda anche International Fiscal Association, *Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration*, Vol. 18e, IFA Congress Seminar Series (Kluwer 1993). Nel 1995 l'Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) pubblicò uno studio riservato sull'argomento, le cui conclusioni si dice stiano per essere riesaminate al momento della stesura di quest'articolo. Benché i contenuti non siano stati resi pubblici, tale studio è stato oggetto di notevole discussione informale tra i fiscalisti internazionali.

⁴ Un professionista ha notato un po' scherzosamente che sin dal 1981 l'arbitrato fiscale è "un'idea che sta per diventare attuale". Si veda TILLINGHAST, "Choice of Issues to be Submitted to Arbitration Under Income Tax Conventions," in *Essays on International Taxation* 349 (Alpert e van Raad, eds. 1993).

⁵ Al momento della stesura di quest'articolo, clausole di arbitrato obbligatorio di questo tipo sono contenute anche nella stesura preliminare di altre convenzioni austriache (ivi comprese quelle con l'Armenia, il Kirghizistan, la Mongolia, la Slovacchia e la Turchia), attualmente in negoziato. Si vedano le relazioni di HOFBAUER e ZÜGER in *Proceedings of Conference on Arbitration Procedures in Tax Treaty Law*, Vienna University of Economics and Business Administration, Sept. 21-22,2001

deve avere efficacia vincolante tanto per i contribuenti quanto per le autorità fiscali, con effetto di *res judicata* se contestato in un procedimento nazionale di carattere amministrativo o giudiziale. Infine, appositi meccanismi di controllo devono garantire l'integrità del procedimento arbitrale con riguardo a decisioni erratiche e proceduralmente inique.

Questioni di carattere tecnico

Implementare un efficiente sistema di arbitrato fiscale comporta l'analisi di problemi di carattere pratico quali la designazione degli arbitri, la determinazione delle relative qualifiche e compensi, nonché la giurisdizione e il protocollo delle udienze. Il detto secondo cui "il diavolo è nei dettagli" è non meno vero in materia di risoluzione stragiudiziale delle dispute che in altri settori. La struttura procedurale deve essere sufficientemente flessibile da permettere decisioni che tengano conto delle specificità del caso concreto, predisponendo nel contempo gli elementi strutturali indispensabili a prevenire parti recalcitranti dal sabotare l'arbitrato. Vitale per un arbitrato efficiente è la questione sovente trascurata dell'"autorità designante", incaricata di nominare il tribunale arbitrale nel caso in cui le parti non siano in grado o non siano disposte a farlo.

Meccanismi di controllo

Per essere più di un mero prologo di futuri procedimenti giudiziali, l'arbitrato in materia fiscale deve vincolare tutte le parti, precludendo contestuali azioni in via giudiziale o amministrativa da parte tanto del contribuente quanto delle autorità governative. Affinché i Governi nazionali accettino procedure arbitrali a carattere vincolante, occorre che possano confidare sull'esistenza di garanzie procedurali atte a minimizzare la prospettiva di lodi erratici resi da arbitri iniqui, disonesti o incompetenti. Senza meccanismi idonei a preservare la basilare integrità dei lodi, decisioni "incontrollabili" potrebbero discreditarne l'intero procedimento. Conciliare queste due esigenze è condizione essenziale affinché l'arbitrato fiscale possa funzionare.

I criteri più accreditati per valutare l'integrità dei lodi sono quelli delineati dalla *United Nations Arbitration Convention*⁶. La funzione di controllo deve ricadere sulle autorità giudiziarie del foro presso cui si richiede il riconoscimento del lodo, quando si tratta di procedere ad esecuzione forzata sui beni del contribuente, di decidere del merito di una richiesta di rimborso o di dichiarare l'inammissibilità di azioni inconsistenti con la decisione degli arbitri. Le Corti possono negare il riconoscimento di un lodo che sia sostanzialmente viziato sotto il profilo procedurale, per esempio, qualora gli arbitri abbiano negato ad una parte l'opportunità di presentare il proprio caso ovvero abbiano ecceduto i limiti del proprio mandato. La Convenzione tuttavia non permette alle Corti di procedere al riesame del merito della decisione arbitrale.

⁶ V. l'Article V, United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, June 10, 1958), esaminato qui di seguito. Ci si riferisce sovente a questo trattato quale "New York Convention", dal luogo in cui è stato adottato.

In alternativa si potrebbe prospettare un sistema di controllo autonomo sul modello dell'*International Center for the Settlement of Investment Disputes della World Bank* (ICSID)⁷. Come si dirà in seguito, l'arbitrato ICSID prevede una procedura di "Impugnazione Straordinaria" indipendente dalle Corti nazionali.

Questo articolo esamina entrambi i modelli, nonché la loro interazione con le normative sull'arbitrato che potrebbero compromettere l'efficacia dell'arbitrato fiscale. A confronto fatto, il modello dell'ICSID sembra meno pragmatico di quello delineato dalla Convenzione delle Nazioni Unite. Almeno per quanto riguarda lo stadio iniziale dell'arbitrato fiscale, è inverosimile che le due autorità fiscali siano dotate delle risorse e dell'esperienza necessarie ad istituire congiuntamente un organismo comune idoneo a gestire un sistema autonomo di riesame, sul modello delineato dalla *World Bank*. Di conseguenza, la funzione di controllo ricadrà sugli organi giudiziari del paese a cui si richiede il riconoscimento del lodo.

La natura delle controversie nelle convenzioni internazionali sulle imposte sui redditi

Al pari delle altre convenzioni internazionali, i trattati in materia di imposte sui redditi esigono uno sforzo esegetico⁸. Quando gli Stati contraenti giungono ad interpretazioni divergenti sul significato o sull'applicazione delle clausole di un trattato fiscale, le divergenze sovente si traducono in maggiori carichi tributari per i contribuenti e comportano di frequente una doppia tassazione che distorce l'attività economica transfrontaliera.

Tra le controversie riguardanti le multinazionali, quelle in materia di *transfer pricing* sono verosimilmente le più comuni⁹. Quando società affiliate (quali la capogruppo e la controllata) intrattengono mutui rapporti d'affari, le autorità fiscali possono richiedere al contribuente di dichiarare un reddito aggiuntivo che rifletta il prezzo "arm's length" correntemente praticato o il tasso di *royalty* che sarebbe stato applicato in transazioni analoghe fra entità non affiliate. Per esempio, se gli Stati Uniti stabiliscono che la capogruppo americana debba addebitare la sua filiale francese con una *royalty* dell' 8% (anziché del 7% come indicato dall'accordo di licenza), la filiale richiederà che le autorità francesi applichino una deduzione dell'8%.

Tuttavia, come ben sa la maggior parte dei sarti, le braccia possono avere lunghezze diverse e pertanto le Amministrazioni finanziarie spesso divergono in modo

⁷ V. la *Discussion of International Center for the Settlement of Investment Disputes*, creato dalla Washington Convention del 1965.

⁸ In determinati casi la risoluzione delle controversie fiscali internazionali è condotta in connessione a problematiche più ampie riguardanti il controllo dell'evasione fiscale e la riduzione della competizione fiscale. V. ad esempio, il *Report of High Level United Nations Panel on Financing for Development*, July 6, 2001 (www.un.org/reports/financing), che prende in esame la creazione di una *International Tax Organisation* e di una organizzazione sorella l'*Economic Security Council*, discussa in Zagaris, "U.N. Report Calls for New Spirituality. The Creation of two Organisations to Aid International Tax Enforcement," 23 *Tax Notes Int'l* 508 (July 23, 2001). Con riguardo alla competizione fiscale, si vedano in generale AVI YONAH "Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State" 113 *Harv.L.Rev.* 1573 (2000); Symposium on International Tax Policy in the New Millennium, 26 *Brooklyn J. Int'l L.* (No.4) 1251 (2001); ENGEL, "Tax Neutrality to the Left, International Competitiveness to the Right, Stuck in the Middle with Subpart F," 79 *Tex. L. Rev.* 1525 (2001); FLEMING, PERONI & SHAY, "Fairness in International Taxation: The Ability-to-Pay Case for Taxing Worldwide Income," 5 *Florida Tax Rev.* 299 (2001); FLEMING, PERONI & SHAY, "Getting Serious About Curtailing Deferral on Foreign Source Income," 52 *SMU L. Rev.* 455 (1999).

ecclatante su quale sia esattamente la correzione idonea a riflettere i prezzi “arm’s length” praticati in transazioni fra entità non collegate. Nell’esempio sopra citato, si verificherà una doppia tassazione in termini economici¹⁰ qualora le autorità parigine concedano soltanto una deduzione del 5%, benché la società concedente americana debba dichiarare un reddito pari ad una *royalty* dell’8%. Orientamenti nazionali divergenti nell’allocazione dei profitti impediscono che i redditi di una società siano compensati da corrispondenti deduzioni a favore della filiale con cui avviene la transazione. I medesimi profitti verranno pertanto tassati in capo alle due società.

Anche altre materie fiscali, diverse dal *transfer pricing*, possono dar luogo a controversie tra *partner* commerciali. Per esempio, potrebbe insorgere una divergenza sul fatto che il contribuente di uno Stato abbia stabilito una sede permanente di affari in un altro Stato e, in caso affermativo, sull’ammontare dei redditi attribuibili a tale sede. Il disaccordo potrebbe anche riguardare la determinazione della residenza di un contribuente ovvero la caratterizzazione della natura giuridica di versamenti quali *royalty* o servizi.

I trattati possono essere violati anche nel caso in cui l’imposizione fiscale nazionale non dia luogo a doppia tassazione. Per esempio, un accademico americano che insegni ad *Oxford* o *Cambridge* potrebbe avere il diritto in Inghilterra ad ottenere una esenzione sul proprio compenso universitario¹¹, anche se tale remunerazione è esclusa dal reddito complessivo tassabile negli Stati Uniti¹². Ovvero, un trattato potrebbe eliminare le ritenute sulle *royalties* anche se la legislazione nazionale del paese di residenza del contribuente disponga un credito d’imposta che assorba la ritenuta erroneamente trattenuta nel paese della fonte¹³.

Nel bene o nel male nessun tribunale sovranazionale ha giurisdizione obbligatoria nel determinare tali questioni¹⁴. In assenza di accordo tra le rispettive autorità fiscali, la risoluzione delle controversie fiscali a carattere internazionale ricade sulle corti nazionali, che per definizione mancano della neutralità procedurale e politica necessaria per imporsi come accettabili a tutte le parti. Ne consegue una serie di decisioni amministrative e giudiziali contrastanti che rendono impossibile un’affidabile pianificazione fiscale.

⁹ V. *Proceedings of Transfer Pricing Symposium*, sponsorizzato dal *Tax Council Policy Institute*, Washington, D.C., Feb.7-8, 2001.

¹⁰ Da un punto di vista giuridico non c’è stata doppia tassazione, poichè le due imprese affiliate sono entità legali distinte. Tuttavia in senso economico la mancata correlazione di entrate e deduzioni ha come risultato la doppia tassazione dei profitti.

¹¹ V. l’Articolo 20 dell’*Income Tax Treaty* tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna. La Convenzione del 2001, una volta ratificata ed entrata in vigore, modificherà questa regola.

¹² V. l’esenzione del “*foreign earned income*” stabilita dall’*Internal Revenue Code*, § 911.

¹³ Altri esempi includono l’obbligo di un paese di non tassare i residenti il cui reddito “possa essere tassato” in un altro Stato contraente, anche se il paese della fonte del reddito di fatto non tassa tale reddito. V., *Article 23A* del *OECD Model Treaty*. Al contrario, in alcuni casi la doppia tassazione in pratica non contravviene al trattato fiscale, come nel caso di un americano espatriato soggetto a tassazione negli Stati Uniti in forza di una “clausola di riserva”. V., ad esempio, l’*Article 1 (4)* della *U.S. Model Income Tax Convention* del 1996, che stabilisce che gli Stati Uniti “possono tassare i propri residenti... come se la Convenzione non fosse entrata in vigore”.

¹⁴ Come si dirà in seguito, la cosiddetta “giurisdizione obbligatoria” della *International Court of Justice* è una denominazione errata, se solo la si paragona alla competenza obbligatoria delle Corti nazionali. Ai sensi dell’articolo 36 dello statuto ICJ, la Corte richiede una sorta di accettazione della giurisdizione, che rende tale giurisdizione non dissimile da quella degli arbitri commerciali, che sono chiamati a giudicare in conformità a clausole compromissorie redatte in termini estensivi per le controversie in materia di investimenti internazionali. Inoltre, la giurisdizione dell’ICJ concerne soltanto casi sottoposti dagli Stati, negando in tal modo ai contribuenti qualsiasi possibilità di iniziare il procedimento per la composizione della controversia.

METODI ATTUALI DI COMPOSIZIONE DELLE CONTROVERSIE FISCALI INTERNAZIONALI

Procedure di mutuo accordo

Per razionalizzare pronunce nazionali contrastanti in materia fiscale, attualmente si ricorre a procedure appositamente previste dai trattati attraverso cui “le autorità competenti” di ogni Stato cercano di comporre le divergenti interpretazioni dei trattati fiscali mediante un “mutuo accordo”¹⁵. Molte convenzioni bilaterali in materia di imposte sui redditi contengono disposizioni analoghe a quella prevista dall’articolo 25 del modello OECD. I contribuenti che ritengono che l’azione di uno o di entrambi i governi si risolva in un’imposizione fiscale in violazione del trattato sulle imposte sui redditi possono sottoporre il caso al proprio stato di residenza. Il procedimento richiede quindi che le Amministrazioni fiscali dei due paesi (“le autorità competenti”) cerchino di giungere congiuntamente ad una soluzione del problema. In aggiunta, la clausola in genere prevede un elenco tassativo di questioni che le autorità competenti possono affrontare, quali la ripartizione degli utili, le deduzioni, la qualificazione giuridica delle singole voci reddituali, il significato comune di termini e l’attribuzione del reddito ad una stabile organizzazione.

Sinora tali procedure non sono risultate completamente soddisfacenti, in parte per la mancanza di qualsiasi incentivo in capo alle Amministrazioni fiscali coinvolte a raggiungere un accordo. I ritardi sono frequenti. I procedimenti per mutuo accordo sembrano funzionare meglio fra determinati Stati piuttosto che fra altri¹⁶, sebbene non sia chiaro a nessuno perché alcuni casi si arenino ed altri no.

Il problema dello “scambio di favori” tra autorità competenti è particolare motivo di preoccupazione per i contribuenti¹⁷. Autorità competenti gravate da dozzine o persino centinaia di casi possono essere tentate di sacrificare gli interessi di un contribuente in una controversia per utilizzarlo come elemento di scambio in un’altra.

Per contro, nell’arbitrato ogni tribunale esamina un solo caso. Gli arbitri valutano ogni controversia esclusivamente nel proprio merito. Un processo decisionale più rigoroso dovrebbe essere il portato naturale di tale restrizione dell’ambito decisionale.

L’inadeguatezza e le disfunzioni delle procedure di mutuo accordo non possono sorprendere se si tiene conto che il procedimento ha carattere completamente facoltativo e non vincolante. Gli Stati contraenti sono esortati a “tentare” di risolvere le controversie ma non si fa menzione delle potenziali conseguenze nel caso in cui gli stati non facciano nessun tentativo in tal senso. Le clausole si limitano ad affermare che i governi che “possono” accordarsi per risolvere i potenziali contrasti di interpre-

¹⁵ Per una discussione delle problematiche attuali concernenti le attività procedurali dell’autorità competente relative alla determinazione dei prezzi di trasferimento e ad altre problematiche sui trattati fiscali, si veda l’intervista a CAROL DUNAHOO in *BNA Transfer Pricing Report*, Dec. 12, 2001.

¹⁶ L’esperienza, ad esempio, indica che le discussioni tra competenti autorità inglesi e americane si svolgono in termini relativamente più sereni che non fra i rappresentanti ufficiali di altri governi.

¹⁷ Ad esempio, le autorità giapponesi possono accordarsi sull’allocazione delle entrate in favore degli USA in un dato caso per essere ricambiate con un’allocazione in favore del Giappone in un altro caso. Se contrattazioni del genere possono avere un senso per i due Stati, esse possono soltanto essere causa di insoddisfazione per i contribuenti.

tazione dei trattati. In breve si consente alle autorità fiscali di perseguire solo nominalmente la cooperazione internazionale, favorendo di fatto i propri ristretti interessi nazionali.

La Convenzione europea sul *transfer pricing*

Nel tentativo di eliminare la doppia tassazione con riferimento all'aggiustamento dei profitti tra imprese collegate, nel 1990 l'Unione Europea ha adottato una convenzione sul *transfer pricing*, entrata in vigore quasi cinque anni più tardi¹⁸. Tale convenzione si applica quando gli utili sono ricompresi nel reddito di più di uno stato firmatario, a causa della ripartizione di tali utili tra contribuenti collegati, al fine di riflettere le condizioni "arm's length".

Le autorità competenti che non raggiungono una soluzione sulla base della procedura di mutuo accordo prevista dal trattato devono istituire una "commissione consultiva" che emana un parere concernente le modalità di eliminazione della doppia imposizione. L'obbligo di arbitrare non può essere disatteso senza il consenso dei contribuenti. Tale commissione (in seguito sovente denominata "ICC") è costituita dal "presidente", da due rappresentanti di ciascun paese (salvo che tale numero non sia ridotto per mutuo accordo) e da un uguale numero di persone indipendenti nominate da un elenco appositamente predisposto dagli Stati contraenti.

Se tale procedura costituisca realmente un arbitrato resta una questione aperta. La convenzione consente alle autorità fiscali di ignorare la delibera della commissione. Le autorità competenti possono decidere di derogare alla delibera della commissione entro sei mesi dalla data in cui la delibera stessa è stata resa. La delibera è vincolante solo se le autorità competenti non raggiungono un diverso accordo¹⁹, dal momento che entrambi i paesi possono decidere di ignorare la decisione degli arbitri decidendo di conciliare il caso in termini diversi²⁰.

Il carattere non vincolante potrebbe non avere importanza se gli Stati contraenti fossero i soli ad essere coinvolti. Tuttavia, il contribuente rischia molto dall'esito della procedura e può avere interesse che la decisione venga rispettata. In ogni caso, non è chiaro se un arbitrato nell'ambito di una singola unità politica (l'Unione Europea) possa essere indicativo del tipo di procedura appropriata fra due paesi privi di elementi comuni sul piano politico e culturale. Si è osservato che è difficile pensare che la convenzione europea sul *transfer pricing* possa fungere da modello per dirimere le controversie in materia di imposte sui redditi tra Stati Uniti e Giappone.

¹⁸ *European Convention on Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises, July 23, 1990, Convention 90/463/EEC, O.J. No. L225*. La convenzione, che aveva una validità di 5 anni, è scaduta alla fine del 1999, ma è stata prorogata da un protocollo in corso di ratifica dagli Stati membri dell'Unione Europea. V. in generale, HENCKAERTS, "EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes 10 *J. Int'l Arb.* 111 (Sept. 1993); HINNEKENS, "The European Tax Arbitration Convention and its Legal Framework" 1996 *Brit. Tax Rev.* 132 & 272.

¹⁹ *European Transfer Pricing Convention, Article 12*.

²⁰ V. HENCKAERTS, *EC Arbitration Convention for Transfer Pricing Disputes* 10 (no. 3) *J. Int'l Arb.* 111 (Sept. 1993); HINNEKENS, *Legal Sources and Interpretation of European Tax Arbitration Convention and Its Recognition of Taxpayer*, Proceedings of IFA Seminar in Florence, 1993, *Resolution of Tax Treaty Conflicts by Arbitration*, Vol. 18e, IFA Seminar Series.

Le clausole arbitrali esistenti negli odierni trattati bilaterali

Talvolta si effettua una distinzione in certa misura fuorviante tra arbitrato “volontario” e “non volontario”²¹. Tale terminologia è problematica in quanto qualsiasi arbitrato è volontario, dato che ad un certo punto entrambi gli Stati debbono prestare il proprio assenso alla procedura.

Il termine “non volontario” in pratica indica semplicemente che l'accordo irrevocabile di ricorrere all'arbitrato è stato perfezionato *anteriamente* piuttosto che *successivamente* all'insorgere della controversia. Tale impegno non richiede ulteriori accordi tra le parti e l'arbitrato può procedere anche se una delle parti, avendo successivamente cambiato parere, preferisca adire le Corti nazionali. Questo tipo di arbitrato potrebbe esser meglio definito quale “obbligatorio” in contrapposizione a “facoltativo”.

Accordi compromissori da perfezionare successivamente all'insorgere della controversia (arbitrati facoltativi)

I trattati fiscali talvolta prevedono che le parti possano eventualmente concordare di ricorrere all'arbitrato in un momento successivo all'insorgere della controversia. Ad esempio, l'art. 25 del trattato sulle imposte sui redditi concluso fra Stati Uniti e Germania (del 1989) stabilisce che “qualora una controversia non possa essere risolta dalle autorità competenti, la si può sottoporre ad arbitrato *a condizione che entrambe le autorità competenti si accordino in tal senso.*” (Corsivo dell'autore). Pur costituendo tali “autorizzazioni ad accordarsi” un progresso nella giusta direzione, il carattere *a posteriori* di tali accordi li rende intrinsecamente inaffidabili²².

I trattati che si limitano ad auspicare che gli Stati contraenti possano ad un determinato momento decidere di arbitrare una controversia rivestono scarsa utilità pratica²³. Stante la difficoltà di indurre le parti in lite ad accordarsi su un qualsivoglia argomento, fare assegnamento su potenziali accordi *post litem* di ricorrere all'arbitrato è estremamente rischioso. Quando le divergenze di opinione sfociano in aperte dispute, una parte è generalmente incline a ripensamenti su un eventuale impegno ad accettare soluzioni vincolanti. I ritardi saranno inevitabili, data la necessità di negoziare “caso per caso” ogni accordo arbitrale. Di conseguenza nessun arbitrato sino ad ora ha mai avuto luogo sulla scorta di clausole di questo tipo.

Clausole compromissorie anteriori all'insorgere della controversia (arbitrati obbligatori)

Le clausole compromissorie anteriori all'insorgere della controversia sono le più affidabili in termini di risoluzione delle controversie in materia di trattati fiscali. Procedure affidabili per la composizione di controversie di questo tipo richiedono l'impegno, legalmente vincolante, a sottoporre ad arbitrato specifiche

²¹ Ad esempio, la dichiarazione dell'ICC sui principi guida in materia usa il termine arbitrato “obbligatorio” come infelice sostituto di “pre-controversia”. Si veda, ICC Commission on Taxation, “Arbitration in International Tax Matters,” May 3, 2000, Doc. 180/240.

²² V., Tutun “Arbitration Procedures in the US-German Income Tax Treaty”, 12 B.U. Int'l L.J. 179 (1994).

²³ V., ad esempio, l'articolo 25(5) della convenzione contro le doppie imposizioni tra Stati Uniti - Germania del 1991.

controversie e ad accettare come vincolante la decisione degli arbitri. Il solo trattato che sembra riconoscere questo principio è la nuova Convenzione Austro-Tedesca in materia di imposte sui redditi, che ricalca le disposizioni della legislazione dell'Unione Europea, la quale consente alla *European Court of Justice* di fornire la propria interpretazione del trattato fiscale nelle controversie relative all'applicazione dello stesso. Ogni controversia fiscale che non possa essere composta mediante la procedura di mutuo accordo entro tre anni²⁴ deve essere deferita alla *European Court of Justice*²⁵. Il contribuente può instaurare l'arbitrato mediante apposita richiesta alle autorità competenti²⁶. Una libera traduzione della clausola potrebbe essere la seguente:

Se le autorità competenti entro un periodo di tre anni dall'insorgere della controversia non sono in grado di risolvere [secondo una procedura di mutuo accordo] difficoltà o dubbi di interpretazione o di applicazione della presente convenzione, su richiesta del contribuente gli Stati contraenti debbono sottoporre il caso alla European Court of Justice per la procedura arbitrale [Schiedsverfahren]²⁷.

MECCANISMI PROCEDURALI

Elementi della clausola compromissoria

Sommario: *Elementi essenziali*

Gli elementi essenziali per una efficace formulazione della clausola compromissoria in materia di controversie sui trattati sulle imposte sui redditi sono cinque:

- (i) La predisposizione di metodi funzionali per la nomina del tribunale arbitrale;
- (ii) La predisposizione di criteri ragionevoli per fissare i compensi degli arbitri;
- (iii) La determinazione della sede dell'arbitrato;
- (iv) La determinazione della lingua degli atti;
- (v) La determinazione dell'oggetto della missione (o mandato) agli arbitri.

Elementi occasionalmente utili

Altri elementi che talvolta possono essere utili nella determinazione della clausola compromissoria includono regole procedurali, disposizioni relative a provvedi-

²⁴ La convenzione internazionale esistente tra Germania ed Austria dà pertanto alle Amministrazioni fiscali un anno di proroga rispetto ai due stabiliti dalla Convenzione Europea sul *Transfer Pricing*.

²⁵ V., ZUGER "The ECJ as Arbitration Court for the New Austria-Germany Tax Treaty", 2000 in *Eur. Tax'n* 101. Il trattato dispone la sua entrata in vigore il 1° Gennaio 2002. La clausola relativa all'arbitrato di cui all'art. 25 (5) è posta alla fine delle clausole del trattato relative alle procedure di mutuo accordo (*Verständigungsverfahren*). Il Trattato contro le doppie imposizioni coesiste con la Convenzione europea sulla determinazione dei prezzi di trasferimento e nessuno dei due ha la prevalenza sull'altro.

²⁶ È sorprendente come gli Stati contraenti sembrino non aver diritto di dar l'avvio al procedimento. L'art. 25 (5) del trattato fa riferimento alla persona identificata nella sottosezione uno (vale a dire il contribuente) ai fini di istituire la procedura di mutuo accordo (*sind auf Antrag der Person im Sinne des Absatzes 1...*).

²⁷ La versione originale in tedesco recita: "Können Schwierigkeiten oder Zweifel, die bei der Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens entstehen, von den zuständigen Behörden nicht im Verständigungsverfahren nach den vorstehenden Absätzen dieses Artikels innerhalb einer Frist von 3 Jahren ab der Verfahrenseinleitung beseitigt werden, sind auf Antrag der Person im Sinne des Absatzes 1 die Staaten verpflichtet, den Fall im Rahmen eines Schiedsverfahrens entsprechend Artikel 239 [gia' Article 182] EG Vertrag vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften anhängig zu machen".

menti cautelari *ante causam* o altre misure cautelari in corso di causa (volte a consentire o ad escludere atti esecutivi) nonché, in alcuni casi, procedure informate al criterio dell'ultima miglior offerta" per circoscrivere l'oggetto della decisione arbitrale. Talvolta, può essere utile includere disposizioni relative alle qualifiche degli arbitri, ai termini temporali per la costituzione del collegio arbitrale e la pronuncia del lodo e precisazioni sul potere degli arbitri di accordare interessi e liquidare danni in funzione sanzionatoria, nonché clausole sulla ripartizione delle spese del giudizio e diritto alla motivazione del lodo. Come si preciserà in seguito, le clausole di scelta della legge sostanziale da applicare alla controversia, usuali negli arbitrati in materia commerciale o di investimenti, pongono problemi specifici nelle controversie in materia di fiscalità internazionale.

Costituzione del tribunale arbitrale

Se nel campo della proprietà immobiliare i tre elementi chiave sono "posizione, posizione, posizione", così nell'arbitrato la triade applicabile è "arbitro, arbitro, arbitro". Nel delineare un sistema di arbitrato fiscale, pochi elementi sono più importanti dei meccanismi di scelta degli arbitri e di costituzione del collegio arbitrale.

Le norme in materia di arbitrato commerciale internazionale di regola prevedono la nomina di un arbitro unico o di un collegio arbitrale di tre membri. La scelta di un solo arbitro in genere è più economica e pone minori problemi di organizzazione. Un collegio di tre membri garantisce tuttavia una procedura decisionale più rigorosa. In gruppo le persone si comportano diversamente rispetto a quando agiscono individualmente e, in generale, ci si può attendere maggiore accuratezza da parte degli arbitri quando sono chiamati a rendere conto delle rispettive conclusioni in delibere collegiali. Ciò non di meno, se il valore della causa è limitato, può essere ragionevole optare per un arbitro monocratico.

Le dispute in materia di investimenti sono usualmente considerate controversie bilaterali tra l'investitore e lo Stato ospite, benché talvolta sia consentito al Governo dell'investitore di sottoporre il proprio parere a titolo di *amicus curiae*²⁸. Sovente l'investitore e lo Stato ospite nominano ciascuno un arbitro, mentre l'arbitro chiamato a presiedere il Tribunale ("*chairman*")²⁹ viene scelto dai candidati nominati dalle due parti. Se l'accordo risulta impossibile, la scelta viene effettuata da un'autorità apposita quale la *World Bank* (ICSID), la *International Chamber of Commerce* (ICC) o la *London Court of International Arbitration* (LCIA).

²⁸ Ai sensi dell'art. 1128 del NAFTA: "una parte [in questo contesto si tratta di uno stato membro del NAFTA] può ricorrere a un tribunale per sottoporre problemi di interpretazione di questo accordo". In alcune circostanze terze parti non governative possono sottoporre memorie in qualità di *amicus curiae*. Si veda la decisione interlocutoria in *Methanex Corp v. US*, Jan15, 2001, 16 *Int'l Arb. Rep.* D-1 (Jan. 2001), che stabilisce che "potrebbero essere appropriate" le istanze presentate da parte di organizzazioni ambientaliste in un caso che comportava presunte discriminazioni (in violazione dell'art.1102 del NAFTA) da parte dello stato della California in relazione ad un additivo della benzina a base di metanolo prodotto in Canada. Apparve rilevante che l'art.15(1) del regolamento UNCITRAL consentisse che il procedimento fosse condotto "secondo le modalità considerate più appropriate da parte del [Tribunale]". In alcuni casi un esportatore di capitali *potrebbe rinunciare* ad appoggiare un proprio investitore per timore che nella situazione inversa le imprese straniere possano avanzare rivendicazioni analoghe. Se un investitore americano citasse lo stato Canadese, il governo statunitense potrebbe non voler istituire un precedente giudiziario da utilizzare nell'ipotesi in cui un investitore canadese chiedesse il risarcimento dei danni per un comportamento simile da parte degli Stati Uniti in qualità di Stato ospite.

²⁹ Al di fuori degli Stati Uniti, il termine politicamente più corretto di "chair" potrebbe far pensare ad un pezzo di arredamento.

In alcuni casi si usa il “metodo della lista”, secondo cui l'autorità istituzionalmente incaricata della nomina invia a ciascuna parte un elenco di nominativi invitandola ad eliminare quelli non graditi ed a classificare i restanti nominativi in ordine di preferenza³⁰. Le parti sono invitate ad accordarsi su nominativi graditi in entrambe le liste. In caso di mancato accordo, l'autorità istituzionalmente incaricata effettua la nomina d'ufficio.

In ambito fiscale tuttavia l'arbitrato coinvolge inevitabilmente tre gruppi di interessi ben distinti: i due Governi e le parti private. Di conseguenza il Tribunale arbitrale deve essere costituito con particolare attenzione. Un Tribunale che comprendesse un arbitro nominato da ciascun governo e un arbitro nominato dal contribuente non funzionerebbe. Gli arbitri nominati dai governi e dal contribuente non sarebbero verosimilmente percepiti come contraddistinti da quella neutralità ed imparzialità che si conviene ad un arbitro incaricato di condurre il giudizio in modo equo. L'aggiunta di un quarto arbitro che presieda alle udienze darebbe luogo ad un Tribunale con un numero pari di membri, con il rischio di una pericolosa scissione del 50% suscettibile di paralizzare irrimediabilmente il procedimento decisionale.

La soluzione migliore potrebbe essere quella di optare per un'autorità incaricata delle nomine (come discusso qui di seguito) che provveda a nominare tutti e tre gli arbitri, garantendo la massima indipendenza e neutralità. Tale prospettiva potrebbe però non risultare gradita ai due Governi, i quali potrebbero voler esercitare una maggiore influenza nella costituzione del collegio arbitrale.

Un'altra alternativa potrebbe essere quella di riservare la nomina degli arbitri di parte ai soli due Governi, dando luogo ad un Tribunale classico a tre membri con un arbitro neutrale nominato per comune accordo dagli arbitri incaricati dalle parti ovvero da un'autorità appositamente incaricata di procedere alla nomina. Mentre il contribuente sarebbe autorizzato ad instaurare il giudizio, a depositare memorie ed esporre i propri argomenti, ma non sarebbe posto in condizione di partecipare direttamente alla nomina del Tribunale arbitrale.

L'autorità responsabile della (o delegata alla) nomina degli arbitri

Per la parte che intenda guadagnare tempo, la prospettiva di impedire la costituzione del collegio, rifiutandosi di nominare un arbitro o di accordarsi sulla nomina del presidente, è indubbiamente allettante. Affinché l'arbitrato fiscale possa funzionare occorre designare un'autorità delegata alle nomine che possa comporre i contrasti in materia di costituzione del collegio³¹. Se una parte non effettua la nomina entro un termine predeterminato o se gli arbitri nominati dalle parti non sono in grado di scegliere un presidente, la scelta dev'essere demandata all'autorità delegata alle nomine.

Un elenco preliminare di potenziali autorità nominanti potrebbe includere la *International Court of Justice* (ICJ), l'*Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), l'*International Chamber of Commerce* (ICC), la *London Court of Inter-*

³⁰ V., ad esempio, la *Rule 13* dell'*American Arbitration Association Commercial Dispute Resolution Procedures*.

³¹ Avvocati privi di esperienza talvolta propongono che qualora una parte manchi di nominare un arbitro l'altra dovrebbe aver diritto di nominare tutti gli arbitri. È difficile immaginare un modo migliore per indurre il sospetto (e forse anche la certezza) di parzialità del collegio arbitrale, causando il mancato riconoscimento del lodo.

national Arbitration (LCIA) e la *Permanent Court of Arbitration* (PCA). Nell'istituire un registro dei potenziali arbitri, l'autorità delegata dovrebbe essere invitata a consultarsi con altre istituzioni, comprese quelle dotate di competenze tecniche in campo fiscale, quale l'*International Fiscal Association*.

Quale autorità delegata, la *Permanent Court of Arbitration* (PCA) presenta specifiche prerogative. Istituita all'Aja subito dopo la prima guerra mondiale quale Tribunale arbitrale permanente³², la PCA gode di vasto riconoscimento da parte della comunità mondiale ed è considerata meno politicizzata della *International Court of Justice*. Concepita inizialmente per l'arbitrato tra Stati, la PCA ha promulgato una regolamentazione idonea ad essere utilizzata nelle controversie che coinvolgono parti private. In casi specifici la PCA può designare un'istituzione dotata di competenze specifiche in campo fiscale (come la OECD o la IFA) affinché provveda alla nomina. La disciplina sull'arbitrato promulgata dalle Nazioni Unite ("UNCITRAL Rules") dispone, ai sensi dell'Art. 6, che in mancanza di un accordo fra le parti dovrà essere il segretario generale della PCA a designare l'autorità delegata alle nomine.

I requisiti degli arbitri

Per identificare individui potenzialmente idonei ad arbitrare le controversie concernenti i trattati fiscali, si devono prendere in considerazione due diverse categorie di requisiti: gli attributi della prima categoria sono volti a ridurre possibili dubbi in materia di imparzialità dell'arbitro; gli attributi della seconda categoria attengono ai requisiti di diritto sostanziale e processuale relative al procedimento arbitrale nonché alle materie fiscali.

Indipendenza

Nelle controversie in materia commerciale e di investimenti internazionali, gli arbitri devono di norma essere indipendenti dalle parti che li hanno nominati. Ciò presuppone l'assenza di legami incompatibili, sul piano finanziario e personale, con una delle parti. Per esempio, senza il consenso di entrambe le parti, un arbitro non può esser socio in una società che rappresenti una parte o una sua controllata ovvero far parte del relativo consiglio di amministrazione. Inoltre, in ambito internazionale, gli arbitri dovrebbero assolutamente evitare di intrattenere comunicazioni con una sola parte, se non in connessione con la scelta del presidente del collegio arbitrale³³.

³² L'art. XIV della convenzione della *League of Nations Covenant* prevedeva che il *League's Council* "formuli e sottoponga ai membri della lega l'adozione di piani per l'instaurazione di una Corte permanente di giustizia internazionale" e che tale Corte sia "competente ad ascoltare e decidere ogni controversia di carattere internazionale sottoposta dalle parti". V., in generale, REISMAN "The Supervisory Jurisdiction of the International Court of Justice: International Arbitration and International Adjudication" 43 (1996), *Hague Academy of Int'l Law*, 253 *Recueil des Cours*.

³³ Inoltre, un arbitro potrebbe occasionalmente ricevere comunicazioni *ex parte* di natura procedurale riguardanti questioni di carattere puramente amministrativo o di emergenza, quali la proroga di termini, che dovrebbero successivamente essere comunicate a tutte le parti. Le *International Bar Association Rules of Ethics for International Arbitration* trattano della necessità di rimanere "liberi da pregiudizi" e di render noti fatti che potrebbero dar adito a "dubbi giustificati" sull'imparzialità degli arbitri. Per contro, le norme nazionali di alcune organizzazioni, come l'*American Arbitration Association*, consentono la nomina di un arbitro chiamato "non neutrale", e la casistica ha confermato che tale arbitro può avere contatti *ex parte* con chi l'ha nominato. V. il Canon VII, *AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, del 1977.

Indipendenza non significa tuttavia che gli arbitri non debbano avere un orientamento dottrinale specifico. Ad esempio, una multinazionale che intenda nominare un arbitro per una controversia in materia di espropriazione verosimilmente non sceglierà un esperto politicamente orientato a sinistra, autore di testi che promuovano una nazionalizzazione priva di un indennizzo immediato, adeguato ed effettivo.

Nessun funzionario né dipendente o consulente governativo o delle Amministrazioni fiscali potrebbe qualificarsi come arbitro. In ogni caso, è necessario render pubblico qualsiasi legame materiale esistente con uno Stato contraente o con un contribuente che possa dar adito a dubbi sulla capacità dell'arbitro di rendere una decisione imparziale ed equa. Si dovrebbe richiedere che il presidente del collegio arbitrale sia di nazionalità diversa da quella dei due Stati contraenti. I controlli in materia di conflitto di interessi dovrebbero includere anche i casi di appartenenza a consigli di amministrazione e i casi di partecipazioni societarie su base mondiale³⁴. La gestione di tali conflitti è tuttavia resa sempre più difficile dalle recenti fusioni fra società di avvocati e *accounting firms*.

Esperienza

Teoricamente, il Collegio arbitrale dovrebbe essere costituito da individui con esperienza specifica nell'area fiscale quali tributaristi, commercialisti od economisti. In molti casi, tuttavia, l'esigenza di disporre di altri tipi di competenze rende necessario rivolgersi ad un ambito professionale diverso da quello tipico del professionista o dell'accademico. Ad esempio, in taluni casi può essere importante una formazione di tipo economico. In ogni caso, come si dirà più avanti, è cruciale che l'individuo prescelto quale arbitro possa avvalersi di preve esperienze di arbitrato.

L'arbitrato solleva problemi procedurali di difficile soluzione che possono determinare il successo o il fallimento del procedimento e che in un mondo caratterizzato da ordinamenti legali eterogenei spesso non trovano una risposta univoca. Di conseguenza, almeno un membro del collegio deve avere preve esperienze nella conduzione di arbitrati. Quando sono in gioco milioni di dollari pochi paesi o contribuenti sono disposti a "comprare ad occhi chiusi" e ad accettare l'incognita del dilettantismo procedurale. In particolare, se gli arbitri hanno la discrezionalità di adottare metodologie processuali flessibili che si adattino alle peculiarità del caso concreto, almeno un membro del collegio deve avere esperienza nell'individuare le questioni procedurali chiave in cui le pratiche nazionali differiscono.

Si immagini, ad esempio, che una delle parti presenti istanza per un procedimento abbreviato (*motion for summary judgment, n.d.t.*), richiedendo la decisione immediata su una particolare questione senza udienze istruttorie, sull'assunto che si tratta di una questione di diritto non controversa. Anche se tale mozione in ultima analisi venisse respinta, l'equità impone che il Tribunale conceda alle parti l'op-

³⁴ Per due casi relativamente recenti che hanno cercato di chiarire cosa si intenda per parzialità di un arbitro si vedano *AT&T Corp. & Lucent Technologies Inc. v. Saudi Cable Co.*, 2000 WL 571190 (May 15, 2000) (concernente i legami di un arbitro con un concorrente di una parte del procedimento) e *Laker Airways v. FLS Aerospace Ltd.* [1999] 2 *Lloyd's Rep.* 45 (in cui arbitro ed un avvocato erano iscritti nell'albo del medesimo distretto giudiziario).

portunità di esprimersi in merito alla questione. Ma in che modo? Si deve istituire una procedura abbreviata per il deposito di memorie sull'ammissibilità della mozione? Il Tribunale deve decidere con il lodo arbitrale (vincolante) oppure con una pronuncia meramente interlocutoria (rinviando ad un momento successivo la decisione finale della questione procedurale)? Se il presidente del Tribunale arbitrale esprimesse un parere sulla decisione finale con eccessivo anticipo, ciò "pregiudicherebbe" il caso al punto di consentire la ricusazione di tale arbitro per mancanza di imparzialità? Nell'arbitrato commerciale o in materia di investimenti, il mero fatto di menzionare che la decisione avverrà per mezzo di un "lodo arbitrale" (vincolante) ovvero con una "ordinanza interlocutoria", renderebbe impropriamente palesi le intenzioni del Tribunale arbitrale, dal momento che il primo metodo sarebbe appropriato se la mozione fosse ammessa, mentre il secondo metodo implicherebbe il rigetto della mozione stessa.

Molte altre problematiche richiedono una sensibilità specifica in materia procedurale. I legali di parte possono dare istruzioni ai testimoni prima delle udienze? Le testimonianze orali devono essere previamente dedotte in forma scritta? Entro quali limiti il Tribunale deve emettere ordini di comparizione e consentire deposizioni o richieste di produzione di documenti? Gli atti di parte devono essere prodotti successivamente o contestualmente? I testimoni debbono essere allontanati quando altri soggetti stanno rendendo la propria testimonianza? I periti di parte debbono testimoniare contestualmente dibattendo le rispettive conclusioni secondo il modello accusatorio? Quali sono le implicazioni derivanti dal fatto che un arbitro conosce un testimone professionalmente o socialmente? Può il Tribunale nominare consulenti tecnici d'ufficio oppure deve fare affidamento su quelli nominati dalle parti?

Problemi procedurali di tale complessità richiedono un collegio arbitrale equilibrato che includa un presidente dotato di rilevanti esperienze in materia di arbitrato internazionale. I due arbitri *a latere* possono provenire dalle file dei fiscalisti puri o degli economisti di rilievo.

Riservatezza

Sebbene, secondo l'ottica comunemente accettata, l'arbitrato abbia carattere confidenziale, non sempre le pronunce giurisdizionali nazionali si sono attenute a tale principio³⁵. Di conseguenza, gli Stati contraenti dovrebbero stabilire chiaramente che tutta la documentazione sottoposta ad arbitrato in materia di imposte sui redditi sia soggetta a vincoli di pubblicità tali da preservarne la riservatezza. Eccezione devono essere fatte ai fini della pubblicazione ai termini di legge o della richiesta di riconoscimento del lodo.

³⁵ V., in generale, *Esso Australian Resources v. Plowman* [1995] 128 A.L.R. 391. La *High Court of Australia* ritenne che non c'era obbligazione tacita di riservatezza che impedisse la trasmissione di documenti relativi ad un procedimento arbitrale (in questo caso da parte di servizi pubblici) al ministro australiano per l'energia. Si veda anche *U.S. v. Panhandle Eastern*, 118 F.R.D. 346 (D. Del. 1988), in cui si rilevava che mancava un obbligo generale di riservatezza nell'arbitrato ICC e pertanto si rifiutava di trovare una "ragione giuridica" che giustificasse un'ordinanza precauzionale volta a prevenire la produzione della documentazione riguardante un arbitrato in una successiva controversia. Si vedano in generale l'edizione speciale in materia di riservatezza pubblicata da 11 *Arb.Int'l* (no.3) (1995); DESSEMONTET, "Arbitration and Confidentiality" 7 *Am.Rev.Int'l Arb.* 299 (1996); NEILL "Confidentiality in Arbitration" 12 *Arb.Int'l* 287 (1996).

Onorari

In assenza di circostanze eccezionali, raramente gli arbitri considerano il loro lavoro come un'attività gratuita nell'interesse della collettività. Pertanto, un'adeguata remunerazione è cruciale ad assicurare che nel lungo periodo l'arbitrato fiscale nei trattati attragga arbitri altamente qualificati.

Nell'arbitrato commerciale sono usati due sistemi di remunerazione: il calcolo *ad valorem* che determina il compenso in relazione all'entità del valore della controversia ed il calcolo temporale che è basato su una remunerazione oraria prestabilita. In ogni caso il protocollo arbitrale può far riferimento ad uno schema tariffario redatto da un'istituzione rinomata nel settore. Per l'arbitrato con sistema di remunerazione *ad valorem*, il riferimento più ovvio è l'*International Chamber of Commerce* (ICC) di Parigi che determina le remunerazioni secondo un sistema proporzionale³⁶. Per contro, se si segue il sistema temporale, i tariffari potrebbero essere determinati in funzione dei massimali stabiliti da un ente arbitrale³⁷.

È necessario instaurare dei meccanismi idonei a garantire che nessuna parte possa rifiutarsi di pagare la propria quota di spese arbitrali. Prima di trasmettere il fascicolo agli arbitri, l'autorità incaricata della nomina degli arbitri dovrebbe esigere che ogni stato contraente depositi metà dell'ammontare preventivo di spese e compensi, salvi ulteriori ed appropriati conguagli. Qualora una delle parti non effettui il deposito, la controparte (Governo o contribuente) potrà avere la possibilità di sostituirsi nel pagamento dell'anticipo, come già accade normalmente negli arbitrati commerciali.

I lodi in materia di commercio internazionale spesso ingiungono alla parte perdente di sopportare le spese di giudizio, comprensive talvolta degli onorari degli avvocati della parte vittoriosa. Qualunque vantaggio possa presentare il sistema per cui "il perdente deve sopportare le spese del giudizio" in altri contesti, tale sistema non si presta nella maggioranza degli arbitrati fiscali, in particolare con riguardo ai casi di *transfer pricing*. In assenza di uno schema di arbitrato modellato sulla "baseball arbitration" adottato per determinare le remunerazioni dei giocatori di baseball, in cui l'arbitro non ha altra opzione che scegliere tra le ultime migliori offerte delle parti, potrebbe non risultare chiaro alla fine chi sia realmente il vincitore. Una parte potrebbe prevalere su alcuni punti della lite, ma non in altri. Una soluzione potrebbe essere quella di consentire la ripartizione delle spese soltanto nei casi di lite temeraria.

³⁶ La "Corte" ICC (denominazione in qualche misura impropria poichè non decide casi, ma si limita invece a nominare gli arbitri e a soprintendere al procedimento) applica una percentuale ad ogni incremento di valore della controversia. Ad ogni "fetta" della controversia si applica una percentuale minima e una massima, a secondo della stimata complessità del caso. Così, per valori compresi tra uno e due milioni di dollari, la percentuale varia dallo 0,5 al 2,5%, mentre per valori tra due e cinque milioni di dollari la percentuale è compresa tra lo 0,25% e l'1%. Il risultato sostanziale è che tanto maggiore è la somma in disputa tanto più è elevato il compenso degli arbitri. Per un arbitro una controversia da un milione di dollari dovrebbe fruttare compensi compresi fra \$ 11.250 e \$ 53.500, mentre una controversia da due milioni di dollari dovrebbe generare compensi fra \$16.250 e \$ 78.500.

³⁷ Ad esempio la LCIA attualmente fissa un limite al compenso di £ 250/ora. Se tale cifra (che molti considerano troppo bassa) sembra inadeguata, un trattato fiscale potrebbe fissare il compenso degli arbitri ad una percentuale della cifra citata, ad esempio a 150% del tasso LCIA. Anche l'*American Arbitration Association* utilizza un criterio temporale, ma permette agli arbitri una maggiore libertà nel fissare i propri compensi, purché siano previamente approvati dalle parti.

Decisioni a maggioranza

Nei casi di arbitrato commerciale un presidente esperto sarà usualmente in grado di indirizzare il Tribunale ad assumere una decisione consensuale. Sarebbe tuttavia un errore esigere l'unanimità, perché ciò consentirebbe ad un arbitro di impedire la risoluzione della disputa.

La regola più appropriata sarebbe quella di esigere che le decisioni siano assunte su base maggioritaria. Nei casi in cui l'accettazione da parte di due dei tre arbitri non è determinante, il presidente dovrebbe essere dotato del potere di decidere da solo³⁸.

Eventi che inficiano il funzionamento del Collegio (c.d. Tribunale interrotto)

A volte il collegio arbitrale può essere ridotto di numero a causa della morte, delle dimissioni o della rimozione di un arbitro per mancanza di indipendenza. Se un posto si libera ad uno stadio relativamente iniziale del procedimento o quantomeno prima delle udienze istruttorie, l'autorità competente può nominare un successore.

In alcuni casi, tuttavia, il posto potrebbe liberarsi dopo la chiusura del procedimento, ma prima che sia raggiunta una decisione o che il lodo venga firmato. In tali situazioni potrebbe essere più efficiente consentire all'autorità delegata di autorizzare i rimanenti arbitri a raggiungere una decisione, piuttosto che procedere nuovamente all'istruzione della causa³⁹.

Atti di parte, mezzi di prova ed udienze

Un argomento che deve essere necessariamente affrontato è quello relativo alla determinazione del tipo di procedura da adottare per l'accertamento dei fatti e del diritto applicabile al caso. Pur essendoci differenze da caso a caso, in linea di massima la maggior parte degli arbitrati internazionali si conforma ad uno stesso schema generale: produzione parziale dei documenti e di memorie *ante causam* (successive o contestuali) che espongano le domande delle parti insieme ai mezzi di prova e alle "dichiarazioni testimoniali" e consulenze tecniche. Successivamente si tengono le udienze per l'assunzione delle prove testimoniali e la *cross-examination* dei testimoni, seguite dalla precisazione delle conclusioni e dal deposito di comparse conclusionali. In taluni casi il procedimento può essere separato o stralciato per affrontare questioni diverse in fasi diverse.

Quanto questo schema si presti ad essere adottato nell'arbitrato fiscale rimane una questione aperta. In un mondo caratterizzato da procedure eterogenee, insorgono divergenze sia a livello di teoria generale del processo che al livello di prassi processuale. Malgrado l'esperienza dell'arbitrato commerciale internazionale possa costituire un valido riferimento, molte domande resteranno prive di risposta definitiva sino a che l'arbitrato fiscale non potrà valersi di una propria casistica. Gli avvocati, i commercialisti e gli economisti che dovranno arbitrare controversie in materia di imposte sui redditi dovranno valutare a fondo problematiche del tipo di quelle elencate qui sotto, a scopo esemplificativo:

³⁸ Ad esempio, un arbitro può ritenere che il tasso della *royalty* debba essere del 5%, un altro del 4% ed un terzo del 6,5%.

³⁹ Si veda l'Articolo 12 delle ICC *Arbitration Rules* del 1998.

- Il processo deve essere esclusivamente documentario oppure gli arbitri devono tenere udienze istruttorie per le deposizioni testimoniali come avviene comunemente negli arbitrati commerciali e in materia di investimenti?
- Il Tribunale deve seguire il modello “accusatorio” tipico del processo anglo-americano (in cui spetta principalmente agli avvocati di parte addossarsi la responsabilità di interrogare i testimoni) o deve conformarsi ad un sistema a carattere “inquisitorio” in cui spetta agli arbitri rivolgere le domande?
- Gli arbitri devono avere il diritto di nominare consulenti tecnici d’ufficio?
- Quale deve essere il termine ultimo per il deposito degli atti di parte?
- Gli avvocati di parte debbono essere autorizzati ad interrogare i testimoni prima del processo come avviene negli Stati Uniti, ma non nella maggioranza delle giurisdizioni europee?
- Le prove testimoniali devono essere previamente dedotte in forma scritta?
- In quali circostanze gli arbitri possono disporre ordini di comparizione e deposizioni d’ufficio?
- Le memorie di parte debbono essere successive o contestuali?
- È necessario redigere un verbale di causa?
- Se si rendono necessarie delle traduzioni, il relativo costo deve essere ripartito tra le parti o sopportato dalla parte che si avvale della testimonianza o produce il documento? Il servizio di interprete per le testimonianze orali deve avere carattere simultaneo o successivo?
- Quale normativa si deve applicare in materia di istruzione probatoria? Ad esempio, quale disciplina deve applicarsi quando in uno Stato le norme relative alla testimonianza *de relato* nonché all’immunità sono sostanzialmente diverse dalle norme vigenti nell’altro Stato?
- All’apertura del procedimento, quali materie le parti possono aspettarsi essere oggetto della prima ordinanza che indica come sarà strutturata la trattazione della causa?
- Quali materie possono essere decise con un lodo parziale o con un’ordinanza interlocutoria?
- Gli avvocati delle parti possono presenziare alle udienze?
- Entro quali limiti gli arbitri possono escludere l’assunzione di documentazione superflua o l’escussione di testi inutili senza con ciò rendere il lodo suscettibile di impugnazione?
- Quando (se mai) è opportuno disporre l’esibizione di documenti prima dell’inizio del procedimento? L’esibizione deve limitarsi ai documenti sui cui è fondata la domanda di una delle parti (secondo quanto avviene nei sistemi di *civil law*) o può concernere tutta la documentazione rilevante ai fini della causa (secondo l’impostazione dei sistemi di *common law*)?
- In base a quali criteri il Tribunale deve ripartire il tempo dedicato alla audizione delle parti? Secondo un’impostazione che assegna lo stesso numero di ore a ciascuna parte (come si usa assegnare il tempo in una partita di scacchi) o secondo un’impostazione più flessibile che assegna maggiore tempo alla parte su cui grava l’onere probatorio più gravoso?
- Su quali basi può essere concesso un rinvio?

- In base a quali criteri dev'essere determinata la ragionevolezza di un potenziale calendario procedurale?
- Fino a che punto il rapporto di conoscenza tra un arbitro ed un testimone chiave può comportare la ricusazione dell'arbitro o lo stralcio della testimonianza?
- I testi devono essere tutti contestualmente presenti in aula o devono essere interrogati separatamente?
- Quali distinzioni debbono essere operate fra testimoni ordinari e consulenti tecnici?

In complesso sembra preferibile attribuire agli arbitri una notevole flessibilità procedurale, in particolare durante gli stadi iniziali di sviluppo dell'arbitrato fiscale. Direttive più specifiche si profileranno progressivamente allorché i diversi casi concreti andranno ad alimentare il "capitale procedurale" dell'arbitrato fiscale.

Con riguardo a molte problemi si può far riferimento alle norme IBA in materia di istruzione probatoria nell'arbitrato commerciale internazionale, mentre per la prassi arbitrale si può far riferimento alla normativa emanata da istituzioni quali l'ICC, la LCIA, l'UNCITRAL e l'AAA.

Con riguardo alle controversie in materia di *transfer pricing*, in cui gli economisti sono chiamati ad esprimere il proprio parere su mercati e prezzi, i testimoni dovrebbero essere escussi contestualmente. Tra le tecniche processuali affermatesi negli ultimi anni nell'ambito degli arbitrati commerciali una delle più accreditate è quella del cosiddetto "esame incrociato dei periti di parte" o "duello degli esperti", in cui i periti di entrambe le parti sono contestualmente presenti in aula per dibattere le rispettive relazioni.

La motivazione nei lodi

Senza eccezione, tutte le normative istituzionali più importanti relative in materia di arbitrato commerciale internazionale (ICC, LCIA, AAA *International*, UNCITRAL, ICSID e la *Chamber of Commerce* di Ginevra) esigono che gli arbitri esplicitino le motivazioni delle proprie decisioni, salvo che le parti non abbiano espressamente rinunciato ad un lodo motivato. Se questa sia una prassi corretta in materia di arbitrato fiscale, resta una questione aperta.

La motivazione scritta conferisce rigore al processo. Gli arbitri, se richiesti di giustificare la propria decisione, sono costretti a valutare con cura i presupposti delle proprie decisioni. Al contrario, arbitri superficiali ed indolenti saranno avvantaggiati dal non dover render conto delle ragioni delle proprie decisioni.

I lodi motivati non costituiscono tuttavia una soluzione ottimale, priva di remore. Offrendo al perdente un pretesto per contestare il lodo, possono comprometterne il carattere definitivo. Per questo motivo l'*American Arbitration Association* (AAA) ha a lungo scoraggiato il ricorso a lodi motivati nelle controversie a carattere domestico⁴⁰.

⁴⁰ V. COULSON, *Business Arbitration* (4th ed., 1991) a pag. 30: "Mettere per iscritto le motivazioni può essere pericoloso poiché si consente alla parte soccombente di individuare i possibili capi d'impugnazione". Si veda anche Q&A in *48 Dispute Resolution J.* (Dec. 1993), a pag. 63: "Uno dei motivi per cui non si forniscono le motivazioni dei lodi arbitrali è quello di evitare di aprire comode strade per attaccare la decisione".

Il mercato ha spinto l'arbitrato internazionale verso la motivazione obbligatoria dei lodi. Anche per le controversie che vengono decise nell'ambito dell'AAA, un apposito complesso di norme richiede la motivazione dei lodi nelle controversie a carattere internazionale. Quando sono in gioco milioni di dollari, né gli uomini d'affari né i Governi possono ritenersi appagati di una metodologia decisionale che prescindere dall'esposizione delle ragioni sottostanti alle decisioni, come si trattasse di scegliere le risposte in un questionario a risposta multipla. La maggioranza dei sistemi giudiziari dell'Europa Occidentale impone l'obbligo di motivare le sentenze⁴¹, sull'assunto che tale obbligo costituisca un deterrente per gli arbitri dal decidere in modo pregiudizievole o irrazionale.

In definitiva, l'arbitrato fiscale probabilmente dovrebbe prevedere l'obbligo per gli arbitri di rendere palesi le ragioni del proprio giudizio. Se ciò renderà più complesso il compito degli arbitri esponendoli in sostanza ad una più approfondita revisione in sede giudiziale, il risultato finale garantirà una decisione migliore.

Imporre la motivazione obbligatoria non implica tuttavia che i lodi possano avere valore di precedente in altre controversie. La ICC ha pubblicato per lungo tempo versioni "riviste" dei propri lodi (omettendo i nomi dei contendenti ed altri elementi di identificazione della causa)⁴² nell'intento di svolgere una funzione di indirizzo piuttosto che di controllo basato sul precedente. Una politica basata sull'assenza del precedente giudiziario sembrerebbe la più appropriata in materia di arbitrato fiscale poiché, al pari di quello commerciale, mancherebbe di un organismo d'appello per dirimere decisioni contrastanti⁴³.

Arbitrati basati sull'"ultima miglior offerta"

A volte le due parti in lite offrono agli arbitri somme di denaro di modo che gli stessi possano scegliere l'una o l'altra offerta. Questo tipo di arbitrato, sovente chiamato "baseball arbitration" (dal momento che viene utilizzato per stabilire la remunerazione dei giocatori delle più importanti squadre di baseball) costringe gli arbitri a scegliere una tra "l'ultima migliore offerta" di composizione della lite. Tali procedure inducono le parti in lite ad avvicinarsi su un valore intermedio⁴⁴. La parte che propone una cifra troppo alta o troppo bassa rischia di vedere respinta la propria proposta come irragionevole, lasciando quale unica alternativa plausibile la proposta della parte avversa.

⁴¹ V. l'articolo 1471 del codice di procedura civile francese (*NCPC Article 1471*).

⁴² V. *Collection of Arbitral Awards*, Vol. I: 1974-85 (Jarvin & Derains, eds. 1990); Vol. II: 1986-90 (Jarvin & Derains, eds., 1994); Vol. III: 1991-95 Arnales, Derains & Hascher, eds., 1994).

⁴³ Secondo il NAFTA Annex 1137.4, i lodi ai danni del Canada o degli USA devono essere resi pubblici. Tuttavia la pubblicazione dei lodi ai danni del Messico richiede l'accordo di ambo le parti, perché si fa riferimento alle "regolamentazioni applicabili all'arbitrato" (che esige riservatezza, ad eccezione del caso in cui le parti concordino diversamente), senza il consenso a "rendere pubblico il lodo" come richiesto da linguaggio analogo per gli altri due paesi.

⁴⁴ Ogni anno negli Stati Uniti, a fine febbraio o all'inizio di marzo, i giornali americani pubblicano elenchi di giocatori di baseball che chiedono che i propri salari siano decisi attraverso la procedura arbitrale, insieme ad offerte da parte delle squadre e richieste da parte dei giocatori. Nella grande maggioranza dei casi giocatori e squadre si accordano per una cifra intermedia tra quelle originariamente proposte.

La “baseball arbitration” ha già trovato applicazione nei casi di *transfer pricing*, in un contesto non disciplinato da trattati internazionali, all’interno degli Stati Uniti⁴⁵. Tuttavia con riguardo ad altri casi, un procedimento più tradizionale dovrebbe risultare più appropriato. Ad esempio, si può richiedere agli arbitri di stabilire che cosa si intenda per *royalty* (in contrapposizione ai servizi), per interessi (in contrapposizione al canone di un *leasing* finanziario) ovvero di decidere se il contribuente abbia instaurato o meno un “centro di vitale interesse” o una stabile organizzazione.

Non è chiaro se lo schema della “baseball arbitration” sia efficiente nell’ambito dell’arbitrato fiscale internazionale nel cui contesto il contribuente ha un ruolo specifico. Sarà ammissibile l’offerta del contribuente e, in caso affermativo, in quale misura tale offerta sarà destinata ad influenzare le offerte dei due Governi? Sebbene esistano argomenti a favore di entrambe le soluzioni, in definitiva, sembrerebbe sensato consentire al contribuente di fare un’offerta⁴⁶.

La missione degli arbitri

Tipi di controversie

Se è altamente probabile che i casi di *transfer pricing* finiranno col rappresentare l’oggetto principale dell’arbitrato fiscale, molte altre sono le questioni compromettibili che potrebbero utilmente divenire materia di arbitrato fiscale. Ad esempio, gli Stati firmatari del trattato possono avere opinioni difformi sull’esistenza o meno di una stabile organizzazione, sulla determinazione della nazione di residenza del contribuente o sulla qualificazione giuridica dei pagamenti per diritti di licenza⁴⁷. Una soluzione efficiente di tali questioni dovrebbe favorire un’allocazione razionale delle competenze fiscali, nonché ridurre imposizioni fiscali gravose o discriminatorie che possano compromettere una (altrimenti desiderabile) attività commerciale con l’estero⁴⁸.

Quattro tipi di controversie sembrano particolarmente atte ad essere oggetto di arbitrato: (1) l’allocazione dei profitti tra imprese collegate; (2) l’esistenza di una stabile organizzazione e la relativa attribuzione di utili; (3) la determinazione della nazione di residenza del contribuente; (4) una “realistica” caratterizzazione delle voci reddituali, quali dividendi, interessi, *royalty* e servizi personali.

Tuttavia nell’individuare le materie assoggettabili ad arbitrato sembrerebbe preferibile adottare un’interpretazione estensiva. Anziché elencare le singole disposizio-

⁴⁵ Un caso molto pubblicizzato concerneva i profitti relativi agli anni dal 1984 al 1986 derivanti da circuiti stampati prodotti da una collegata della *Apple Computer* a Singapore, in cui l’IRS cercò di riallocare le entrate derivanti da transazioni comprendenti vendite, servizi e sfruttamento di beni immateriali. *Apple Computer Inc. and Consolidated Subsidiaries v. IRS*, Docket No. 21781-90, Stipulation for Resolution Through Voluntary Binding Arbitration Under Tax Rule 124. Gli arbitri decisero unanimemente di aumentare di \$76 milioni le entrate della Apple, pari alla cifra proposta dall’IRS. Si veda il lodo depositato presso la sezione tributaria il 22 settembre 1993, *BNA Daily Report for Executives*, Sept. 27, 1993, Section on Taxation, Section G, 185. La controversia era stata sottoposta al giudice Julian Jacobs.

⁴⁶ Una preoccupazione plausibile potrebbe essere quella secondo cui la posizione del contribuente potrebbe influenzare il Tribunale arbitrale. Dal punto di vista di politica legislativa non è chiaro se ciò sia un argomento a favore o contro tale partecipazione.

⁴⁷ V., TILLINGHAST “Choice of Issues to be Submitted to Arbitration Under Income Tax Conventions” in *Essays on International Taxation* 349 (Alpert & van Rand, eds., 1993).

⁴⁸ V., American Law Institute, *International Aspects of U.S. Income Taxation*, Part II (Ault, Tillinghast & Shay, 1992), pp. 1 - 11.

ni del trattato che potrebbero determinarne il ricorso, una convenzione sulla doppia imposizione dovrebbe disporre che tutte le materie siano compromettibili ad eccezione di quelle che attengono direttamente ai rapporti tra gli Stati contraenti (quale lo scambio di informazioni e la stessa procedura di mutuo accordo), attualmente disciplinati dagli artt. 25-30 del Modello di Convenzione OECD.

Espedienti ed ambiguità

La lezione principale che i tributaristi possono trarre dall'arbitrato commerciale è che una formulazione ambigua della clausola compromissoria costituisce l'errore più grave. Uomini d'affari mal consigliati (che comprensibilmente vogliono arbitrare solo se sicuri di vincere) spesso aggiungono ambiguità alla clausola compromissoria, nel tentativo di tenersi aperto il ricorso al contenzioso ordinario, a volte con risultati comicamente patologici⁴⁹.

I Governi sono altrettanto inclini ad attribuire questa doppia valenza alle clausole compromissorie. Sono disposti a dar esecuzione al lodo se vincono ma, se si ritengono insoddisfatti del risultato del giudizio arbitrale, si avvalgono di riserve in materia di politica fiscale nella speranza di trovare qualche espediente per escludere l'esecuzione del lodo.

La distinzione "sostanza/tecnicismo" è stata suggerita dai componenti della U.S. *Joint Committee on Taxation*. Nel fornire commenti esplicativi sulle clausole della convenzione sulle imposte sui redditi stipulata tra gli USA e la Germania nel 1990, la commissione ha proposto la non compromettibilità delle "questioni di sostanza", ha ammesso quella sulle "questioni tecniche non controverse"⁵⁰.

Raramente la distinzione tra "questioni di sostanza" e "questioni tecniche non controverse" è evidente di per sé. Se una questione è veramente non controversa e nessuna delle due parti se ne interessa veramente fra i due Stati firmatari non sorgerà nessuna divergenza. Che cosa rende "tecnica" o "sostanziale" una questione di *royalty*?⁵¹

È necessario resistere a distinzioni di questo tipo. Clausole ambigue che prevedono "distinzioni" equivoche serviranno solo a togliere efficacia al trattato e a rendere più facile per uno Stato rinnegare il proprio impegno ad arbitrare, aggiungendo inutile incertezza a rapporti già di per sé controversi. Una chiara formulazione della clausola compromissoria nel testo del trattato dovrebbe concernere tutte le dispute incluse nelle categorie concordate. Pur essendo inevitabile che l'ambito della compromettibilità abbia confini labili, simulare l'impegno ad arbitrare non può che peggiorare le cose.

⁴⁹ Un contratto prevedeva che "In caso di controversia, le parti si impegnano a ricorrere all'arbitrato, ma in caso di controversia il Tribunale della Senna avrà giurisdizione esclusiva". V. nota 3, pagina 128, §§ 9.02-04 in CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration* (Third Edition, 2000), §§ 9.02-04, p. 128, fn. 3.

⁵⁰ V., *Staff of the Joint Committee on Taxation*, *Explanation of Proposed Income Tax Treaty Between the United States and Germany*, June 14, 1990, p. 24, fn. 6, che afferma "lo scopo di questa delega di autorità [agli arbitri] deve limitarsi ... a includere solo materie tecniche non controverse, e non riferirsi a questioni di sostanza". V. anche "Letter of Understanding of Aug. 29, 1989" di VERNON WALTERS, Ambasciatore americano, con riguardo all'art. 25 (5) del U.S. *German Income Tax Treaty* del 1990, che afferma nella Sezione I che "Le autorità competenti generalmente non ricorreranno all'arbitrato con riguardo a materie che concernono la politica fiscale o la legislazione fiscale interna di uno degli Stati contraenti."

⁵¹ Se si osserva la differenza tra le posizioni americane ed europee sugli *standard* "commisurati alle utili" per la determinazione dei prezzi di trasferimento si può avere un'idea di cosa ci si possa aspettare se un trattato in materia di arbitrato contenga un'eccezione per le "questioni di sostanza".

Termini di riferimento

Oltre alla generica attribuzione di giurisdizione disposta dal trattato fiscale, gli arbitri devono ricevere un mandato che ne circoscriva i poteri agli aspetti specifici della controversia. Se la controversia riguarda componenti prodotti della filiale sita a Singapore di una controllante americana, gli arbitri non sono autorizzati ad indagare sull'attività di una filiale irlandese, anche qualora ritenessero che un'indagine comparativa potrebbe risultare utile sotto il profilo probatorio. Essendo l'arbitrato consensuale per definizione, è di cruciale importanza precisare l'ambito del mandato giurisdizionale con riguardo ad ogni specifica questione. Le decisioni di quegli arbitri che eccedano lo scopo del mandato loro attribuito non sono più legittime di quelle che potrebbero prendere le migliaia di persone che viaggiano quotidianamente sulla metropolitana di New York, Parigi o Londra.

Nell'arbitrato fiscale la determinazione delle domande e delle materie che costituiscono l'oggetto del mandato ad arbitrare dovrebbe normalmente emergere dalle richieste dei contribuenti quando si appellano all'autorità competente del proprio Governo. Il Governo sollecitato invierà una richiesta di consultazione all'altro Stato contraente enunciando i termini della controversia.

Sotto molti aspetti la sostanza di tali richieste sarà simile a quelli che le ICC *Arbitration Rules* chiamano "*Terms of Reference*", che dovrebbero fungere da guida per le autorità competenti o per il contribuente nel predisporre la richiesta di arbitrato al momento appropriato. Predisposti in forma scritta di comune accordo dalle parti e dagli arbitri all'inizio del procedimento⁵², tali termini di riferimento sintetizzano la natura della causa e le rispettive domande delle parti.

I termini di riferimento devono anche determinare aspetti di carattere amministrativo, quali la sede dell'arbitrato, la lingua del procedimento e la legge sostanziale da applicare. Tali aspetti dovranno essere concordati da entrambi i sottoscrittori del trattato. In mancanza di una soluzione accettabile, le decisioni sugli aspetti procedurali controversi dovrebbero essere riservate agli arbitri stessi. Il Governo o il contribuente che ha richiesto l'arbitrato dovrebbero fare presente agli arbitri i limiti imposti alla loro autorità di comminare sanzioni ed interessi⁵³.

Definizione di eccesso di potere degli arbitri

Molti osservatori concordano sul fatto che, quando gli arbitri eccedono i limiti dell'autorità loro conferita, il lodo dovrebbe esser considerato nullo. Esiste meno consenso con riguardo alla definizione di eccesso di giurisdizione. Ad un estremo esiste l'impostazione eccessivamente estensiva secondo la quale ogniqualvolta gli arbitri non applicano correttamente la legge eccedono i poteri loro conferiti, sull'assunto che

⁵² V. l'articolo 18 (già articolo 13) delle ICC *Rules of Arbitration* del 1998. In pratica arbitri esperti sovente stabiliranno l'equivalente *de facto* nelle prime ordinanze procedurali.

⁵³ I contendenti debbono firmare i termini di riferimento ICC, e la stessa ICC si riserva la facoltà di approvare i termini di riferimento nel caso che una delle parti si rifiuti di controfirmare. Nell'arbitrato fiscale una condotta più nel risolvere le controversie riguardanti l'ambito delle questioni procedurali e dell'autorità arbitrale sarebbe nella mani degli stessi arbitri. La parte che ritenga di aver subito un abuso di potere ha l'opportunità di sottoporre la sua tesi al momento della richiesta di riconoscimento del lodo.

all'arbitro non è mai stato dato il mandato a commettere errori. All'estremo opposto c'è la concezione secondo cui ogniqualvolta esiste un accordo compromissorio, l'arbitro ha piena libertà nel determinare l'oggetto del lodo⁵⁴.

Tra i due estremi si colloca una concezione più ragionevole secondo cui gli organi giurisdizionali ordinari cui si richiede il riconoscimento del lodo dovrebbero porsi il seguente interrogativo: "Le parti si aspettavano che la questione venisse decisa da una Corte oppure dagli arbitri?" Talvolta la risposta corretta risulterà chiara, mentre con riguardo ad altre questioni persone ragionevoli potrebbero avere opinioni divergenti, in particolare quando le intenzioni delle parti devono essere dedotte da elementi esterni alla clausola compromissoria.

Nel delineare l'ambito dei poteri degli arbitri, quasi tutti i sistemi giuridici sono ricorsi alla teoria della "*compétence-compétence*" (detta anche "Kompetenz-Kompetenz", letteralmente "giurisdizione sulla giurisdizione"), che in realtà è costituita da in un insieme di principi piuttosto che da una singola dottrina⁵⁵. A seconda del contesto giuridico, il riferimento alla giurisdizione degli arbitri sulla giurisdizione assume almeno tre distinti, benché parzialmente coincidenti, significati: (1) non è necessario sospendere il procedimento arbitrale qualora una delle parti avanzi obiezioni sulla giurisdizione degli arbitri, salvo che e fin tanto che le Corti ordinarie non decidano diversamente; (2) le Corti ordinarie possono occuparsi della giurisdizione arbitrale solo dopo che il lodo è stato emesso; (3) gli arbitri determinano l'ambito della propria giurisdizione indipendentemente da ogni scrutinio giudiziale⁵⁶.

Nell'arbitrato fiscale, la nozione di "*compétence-compétence*" dovrebbe normalmente assumere il secondo significato: gli arbitri si devono occupare delle eventuali obiezioni alla propria giurisdizione, soggette a scrutinio giudiziale, dopo che è stato emesso il lodo. Rivolgersi alle Corti ordinarie all'inizio del procedimento arbitrale potrebbe evitare delle spese in un momento successivo. Tuttavia potrebbe anche interrompere la continuità del procedimento. Di più, gli ulteriori rimedi giurisdizionali potrebbero essere conservati ritardando la revisione fino alla fine del giudizio arbitrale, quando le parti potrebbero accettare il lodo oppure

⁵⁴ V., SMIT, "Arbitration Clause: Who Determines Its Validity and Its Personal and Subject Matter Reach", 6 *Am. Rev. Int'l Arb.* 395 (1995), che afferma che "una volta stabilito che le persone cui si chiede di essere vincolate alla clausola compromissoria sono effettivamente vincolate, la questione dell'effettiva portata della clausola compromissoria è chiaramente demandata agli arbitri". Per una critica di questa posizione si veda PARK, "The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?" 12 *Arb. Int'l* 137 (1996); PARK, "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators", 8 *Am. Rev. Int'l Arb.* 133 (1997).

⁵⁵ Cfr. L'articolo 1458 del *Nouveau code de procédure civile* francese; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit* 556 (1989); 1996 English Arbitration Act §§67, 72 e 73; Swiss LDIP, Article 186; *Westland Helicopters v. Emirates Arabs Unis et al.*, Swiss Tribunal Fédéral, April 19, 1994, 120 II 155 ATF (1994), 12 *ASA Bulletin* 404 (1994); UNCITRAL Model Arbitration Law, Article 16; *First Options v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995). Si veda PARK, "The Arbitrability Dicta in *First Options v. Kaplan*: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?" 12 *Arb. Int'l* 137 (1996) ristampato in 11 *Int'l Arb. Rep.* 28 (Oct. 1996); PARK, "Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators" 8 *Am. Rev. Int'l Arb.* 133 (1997); ristampato [2000] *ADR Law J.* (Mar. 19, 2000).

⁵⁶ La ripartizione di funzioni tra gli arbitri e la Corte presso cui il lodo è stato impugnato non deve essere confusa con il ruolo di un'istituzione arbitrale di supervisione. Ad esempio, secondo le regole ICC, se l'ICC è "soddisfatta *prima facie*" che sussista un impegno ad arbitrare, ogni obiezione alla giurisdizione di natura più profonda è demandata agli arbitri. Ciò non significa peraltro che i Tribunali nazionali saranno successivamente privati della facoltà di impegnarsi nella revisione giurisdizionale.

l'arbitro (*mirabile dictu*) potrebbe aver deciso in modo corretto. Nell'arbitrato fiscale, il rischio che in giudizio venga convocata per errore una parte estranea sembra trascurabile.

La dottrina della *compétence-compétence* deve essere tenuta distinta dal principio di "separabilità" (qualche volta chiamata "autonomia"), con cui la prima viene sovente confusa. Secondo il principio di separabilità la validità di una clausola compromissoria è indipendente dalla validità del contratto commerciale in cui è inclusa⁵⁷. I principi di "separabilità" e di *compétence-compétence* sono correlati solo nella misura in cui gli arbitri, decidendo sulla propria giurisdizione, terranno conto soltanto della clausola compromissoria e non del contratto nella sua interezza⁵⁸. Dato che l'accordo compromissorio sarà sempre incluso in un trattato bilaterale, è estremamente improbabile che nell'arbitrato fiscale la separabilità assurga ad autonoma questione di rilievo.

La sede del giudizio arbitrale

Nelle cause di natura commerciale, la sede in cui l'arbitrato ha luogo può avere implicazioni significative. Quasi tutti i procedimenti arbitrali hanno una sede ufficiale (che normalmente è considerata il luogo di emissione del lodo) scelta direttamente dalle parti ovvero da un'istituzione arbitrale all'uopo delegata. Secondo la *United Nations Arbitration Convention*, un lodo invalidato nel luogo in cui è stato emesso perde ogni presunzione di validità⁵⁹. Di conseguenza *managers* e istituzioni arbitrali spesso scelgono quale sede dell'arbitrato "paesi terzi" neutrali (diversi da quelli in cui le parti hanno la residenza o la nazionalità) i quali tradizionalmente non consentono una revisione giudiziale intrusiva che finirebbe col compromettere la legittimità del lodo.

Nell'arbitrato fiscale convenzionale tuttavia la situazione può essere diversa. Le parti in controversia sono quegli stessi paesi che hanno creato il contesto del giudizio arbitrale. Pertanto normalmente l'esecuzione del lodo non sarà richiesta in un paese che non è parte dell'arbitrato. Come si suggerisce in seguito, si può concordare che ogni arbitrato abbia luogo in uno dei due paesi contraenti e che nessuno dei due possa ricorrere alla revisione giudiziale del lodo se non nel contesto di una richiesta di riconoscimento del lodo stesso⁶⁰. La scelta della sede arbitrale potrebbe quindi essere

⁵⁷ Il principio di "separabilità" consente in determinati casi agli arbitri di esercitare le proprie funzioni dichiarando l'invalidità di un contratto (ad esempio per illegalità o frode *in contraendo*) senza il rischio che la loro decisione infici la clausola compromissoria da cui deriva il loro potere. Tuttavia il principio di separabilità non dice nulla riguardo alla validità dell'arbitrato stesso. Il fatto che una clausola compromissoria possa essere valida nonostante altri elementi del contratto siano viziati non significa che la clausola sarà necessariamente valida né che una decisione errata dell'arbitro sulla validità della clausola potrà sottrarsi al controllo giudiziario.

⁵⁸ Così una multinazionale può rifiutarsi di pagare il consulente in base al fatto che la persona che ha firmato l'accordo non era autorizzata a farlo e i pagamenti contrattuali erano predisposti per corrompere gli ufficiali governativi. Il principio di separabilità permetterebbe agli arbitri di considerare non valido il contratto base (per l'illiceità dell'oggetto) senza compromettere la loro facoltà di emettere un lodo. La dottrina della *compétence-compétence* permetterebbe agli arbitri di valutare la validità della delega della persona che ha firmato il contratto, ma non darebbe agli arbitri la facoltà di dichiarare il contratto principale nullo per illiceità senza far venir meno la loro competenza giurisdizionale.

⁵⁹ V. la *United Nations Arbitration Convention Article V(1) (e)*.

⁶⁰ Per esempio, un lodo emesso negli Stati Uniti non sarebbe soggetto ad una richiesta di annullamento secondo il § 10 del *Federal Arbitration Act*, ma sarebbe sottoposto a revisione da parte dei Tribunali americani solo se e quando un contribuente statunitense o l'IRS si opponesse al suo riconoscimento e in questi casi solo in base delle ragioni esposte nel trattato. Si veda il modello di trattato in appendice, Articolo 2.

lasciata in ampia misura alla discrezione dei due stati contraenti oppure, in caso di disaccordo, alla discrezione del collegio arbitrale⁶¹.

Dichiarazione di condono o sgravi

Le questioni risolte in un giudizio arbitrale possono ripresentarsi nei successivi anni fiscali. Pertanto sussiste sempre il rischio che il paese che ritiene di aver “perso” l'arbitrato si ostini a perseguire anche in futuro la medesima posizione giuridica, già disattesa. Per ridimensionare la prospettiva di comportamenti volti a compromettere l'efficacia del procedimento arbitrale, in determinate circostanze gli arbitri dovrebbero poter emettere provvedimenti dichiarativi di condoni o sgravi. Ad esempio, un Tribunale arbitrale nel decidere un caso concernente il tasso di *royalty* di una licenza relativa agli anni 1997-2002 potrebbe statuire nel lodo che, in assenza di un sostanziale mutamento delle circostanze, allo scadere del quinquennio in questione si dovrà continuare ad applicare il medesimo tasso per il quinquennio successivo.

La posizione del contribuente

La parte con i maggiori interessi in gioco

In genere il contribuente è interessato a giungere ad una conclusione della controversia così come entrambi i governi (e spesso molto più di questi ultimi). Talvolta il contribuente può essere un azionista disposto a pagare ad uno ma non ad entrambi gli Stati e che tenta di compensare una voce reddituale in una giurisdizione con una corrispondente deduzione in un'altra. Occasionalmente il contribuente può anche assurgere al ruolo del protagonista che persegue un risultato specifico (ad esempio l'attribuzione di residenza in Germania invece che negli Stati Uniti), piuttosto che la realizzazione di una mera operazione di simmetria fiscale.

Di conseguenza, i contribuenti al pari dei paesi firmatari dovrebbero avere il potere di instaurare il giudizio arbitrale e di parteciparvi⁶², nonché il diritto di sottoporre documenti, produrre mezzi di prova ed interrogare i testi. Il ruolo del contribuente dovrebbe essere delineato espressamente nel trattato, anziché essere lasciato alle deduzioni⁶³ o alle regole generali in materia di “intervento del terzo”⁶⁴.

Accordare al contribuente il diritto di partecipare all'arbitrato non significa che gli si debba attribuire il diritto di nominare un arbitro. Per i motivi illustrati in preceden-

⁶¹ Per motivi di convenienza, si potrebbero tenere riunioni e udienze in sedi diverse da quella legale, a condizione che gli Stati contraenti chiariscano che ciò non mette in discussione la sede ufficiale dell'arbitrato. Per una discussione dell'effetto attuale della “sede” ufficiale dell'arbitrato secondo la convenzione sull'arbitrato delle NU, v. CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3d Ed.2000), § 28.03, 497-99.

⁶² Sia la Convenzione dell'Unione Europea sui prezzi di trasferimento che l'articolo della bozza di trattato ICC consentono ai contribuenti di dare inizio al procedimento.

⁶³ Ad esempio, l'Articolo III della Convenzione sull'arbitrato delle Nazioni Unite asserisce che “ciascun Stato contraente riconoscerà i lodi arbitrali come vincolanti...” senza limitazioni alle parti, e l'Articolo VII parla del diritto di “ogni parte interessata...ad ottenere un lodo arbitrale”.

⁶⁴ Polizze di assicurazione sulla vita e casi di scelta del foro offrono utili analogie. V., ad esempio, *Frietsch v. Refco*, 56 F.3d 825, 827-28 (7th Cir.1995) che consente ad un terzo di fare affidamento sulla scelta contrattuale del foro tedesco. V. in generale *Farnsworth on Contracts*, §10.3; *Restatement (Second) Contracts*, §§ 303 & 315; U.K. *Contracts (Rights of Third Parties) Act* del 1999, §8 (un terzo può far rispettare disposizioni contrattuali che gli conferiscono un diritto e può essere “considerato come una parte della clausola arbitrale per quel che riguarda... l'esecuzione dei [rilevanti] termini sostanziali”). Principi analoghi sono vigenti nel diritto civile, come in materia di “*stipulation pour autrui*” e di “*Vertrag zugunsten Dritter*”.

za, l'efficienza dell'arbitrato fiscale è maggiormente garantita quando l'arbitro che presiede il Tribunale è completamente indipendente dai due Governi e dal contribuente.

Il prerequisite della doppia imposizione?

Quando entrambe le autorità fiscali concordano su una soluzione in una questione, è legittimo chiedersi se si debba egualmente consentire al contribuente di ricorrere all'arbitrato. L'intervenuto accordo tra i due Governi potrebbe avere evitato alla doppia imposizione. In quest'ottica, la formulazione del modello di trattato sull'arbitrato fiscale internazionale redatto dall'ICC sembra assumere la posizione che l'arbitrato debba essere consentito soltanto nel caso di persistenza di un fenomeno di doppia imposizione⁶⁵.

Tutto considerato, richiedere la doppia imposizione quale presupposto necessario dell'arbitrato fiscale non sembra essere la soluzione migliore. Un'imposta nazionale potrebbe violare una convenzione fiscale internazionale anche senza dar luogo a doppia imposizione. Quando ciò si verifica, i contribuenti hanno un interesse legittimo ad esigere che il trattato sia rispettato, indipendentemente da qualsiasi accordo tra gli Stati contraenti. Esistono innumerevoli esempi di situazioni di questo tipo. Un individuo può richiedere una corretta attribuzione della residenza. Oppure un cittadino americano che viva all'estero potrebbe aver diritto ad un'esenzione d'imposta sul salario percepito nel paese di residenza, anche se beneficia dell'esenzione sul "reddito prodotto all'estero"⁶⁶. In determinate circostanze, un paese può essere costretto a riconoscere un'esenzione ai residenti il cui reddito "possa essere tassato" nell'altro paese contraente, anche se il paese della fonte di fatto non tassa tale reddito⁶⁷. Un trattato può disporre che non si operino ritenute sulle *royalties* anche se la legislazione interna del paese di residenza del contribuente riconosca un credito d'imposta per la ritenuta effettuata dal paese della fonte.

Applicazione dell'arbitrato a contribuenti poco collaborativi?

Il problema opposto nasce quando i due Governi vogliono ricorrere all'arbitrato per determinare correttamente le rispettive sovranità fiscali, mentre per qualche altro motivo il contribuente esita ad accettarlo. In pratica il problema si dovrebbe presentare raramente, in quanto l'arbitrato potrebbe essere instaurato solo dalla richiesta di intervento delle autorità competenti da parte del contribuente.

Per ragioni di correttezza, i contribuenti che richiedono alle autorità competenti di intervenire dovrebbero normalmente essere obbligati a procedere con l'arbitrato, senza riservarsi di ricorrere in seguito alla giurisdizione nazionale nel caso tale strategia procurasse loro un vantaggio tattico. La legislazione interna di ciascun paese (sia di diritto sostanziale sull'arbitrato sia di diritto processuale tributario) dovrebbe statuire chiaramente che il contribuente che sottopone una deter-

⁶⁵ V. la stesura preliminare dell'articolo 25A nella bozza predisposta dall'ICC, che impone il ricorso all'arbitrato qualora le competenti autorità non abbiano raggiunto una soluzione che sia "conforme alla convenzione e che elimini la doppia tassazione ..." *Int'l Chamber of Commerce Commission on Tax'n, Arbitration in International Tax Matters, Draft Bilateral Convention Article*, Doc. No. 180/455 Rev. (Sept. 10, 2001).

⁶⁶ V. International Revenue Code §911.

⁶⁷ V. l'Articolo 23A dell'OECD *Model Treaty*.

minata questione alla procedura di mutuo accordo deve essere automaticamente considerato quale avente prestato il proprio consenso ad arbitrare la vicenda⁶⁸. Nell'ambito di materie quali il *transfer pricing*, che coinvolgono entità collegate in entrambi gli Stati contraenti, tale consenso dovrebbe essere richiesto a tutti i contribuenti.

La legge sostanziale applicabile

Impostazione del problema nel campo dell'arbitrato commerciale e degli investimenti

Non esiste una soluzione scontata alla controversa questione della legge applicabile nell'arbitrato fiscale. Nell'arbitrato commerciale in genere le parti pattuiscono che il contratto debba essere disciplinato dalla legge di un determinato paese⁶⁹, salva l'applicazione di norme di ordine pubblico del luogo in cui il contratto deve essere eseguito in materie quali concorrenza, dogane e controllo sul mercato della borsa⁷⁰. In alcuni arbitrati in materia di investimenti, gli arbitri possono essere tenuti a seguire direttive specifiche nel determinare l'ammontare degli indennizzi per le proprietà espropriate⁷¹. I contratti in cui è parte contraente uno Stato (come i contratti relativi a concessioni petrolifere) occasionalmente fanno riferimento ai "principi generali di diritto"⁷². Talvolta gli arbitri applicano la cosiddetta *lex mercatoria*, una "normativa mercantile" che comprende consuetudini e norme commerciali⁷³ che in qualche misura sono state codificate nei principi UNIDROIT⁷⁴.

⁶⁸ Si possono trovare esempi di parti private costrette ad arbitrare nel caso di trasferimento al Tribunale dell'Aia di rivendicazioni nei confronti dell'Iran. V. *Dames&Moore v. Reagan*, 453 U.S. 654 (1981) che sostiene che gli Stati Uniti avrebbero potuto, anche mediante un "executive agreement" non ratificato dal Senato, costringere i cittadini americani ad arbitrare le domande aventi causa nella rivoluzione iraniana del 1979.

⁶⁹ Ad esempio, in un noto caso di arbitrato riguardante un contratto sul gas naturale stipulato tra un venditore algerino e un acquirente del Massachusetts, il contratto prevedeva l'applicazione della legge inglese all'arbitrato nelle materie regolate dal contratto. V. *Sonatrach v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606 (Bankr. D. Mass. 1987).

⁷⁰ Spesso chiamate *lois de police* (leggi di polizia) (dai primi scritti francesi in materia), il ruolo di queste norme è ora fermamente stabilito nei trattati, nella normativa e nella casistica. V., MAYER, "Les Lois de Police Etrangères" 1981 J. Dr. Int'l 277; DERAIS "Les Normes d'Application Immediate dans la Jurisprudence Arbitrale Internationale" in *Droit des relations économiques internationales* (Fouchard, Kahn & Lyon-Caen eds., 1982) a pag. 29; Article 7, European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome 1980); SWISS *Loi fédérale sur le droit international privé*, Article 19 (*une disposition impérative or die zwingende Bestimmung*); *Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler*, 473 U.S. 614 (1985), fn, 19; Restatement (2d) Conflict of Law, § 187.

⁷¹ V. il Chapter 11 del NAFTA.

⁷² V., ad esempio, *Petroleum Development Ltd v. Abu Dhabi* (1952), 1 C.L.Q. 247. L'articolo 38 (1) dello statuto ICJ fa riferimento ai "principi generali di legge riconosciuti dalle nazioni civili" quali facenti parte della legislazione internazionale". V., in generale, NOTE, "General Principles of Law in International Commercial Arbitration", 101 Harv. L. Rev. 1816 (1988). Cfr. *American Independent Oil Co. (AMINOIL) v. Kuwait*, Mar. 24, 1982, IX Yearbook 71 (1984); 21 ILM 976 (1982), 1982 JDI 869, che condannava il Kuwait a pagare un indennizzo per la proprietà espropriata, ma riconosceva la legittimità della legge del Kuwait. Talvolta il contratto fa riferimento alla legge di uno stato contraente in quanto compatibile con tali principi generali. Tale è stato l'approccio adottato nei casi di nazionalizzazione da parte della Libia negli ultimi anni 1970. V., ad esempio, *Taxaco-Calasiatic v. Libya*, 1977 JDI 350, Traduzione Inglese in 17 ILM 3 (1978).

⁷³ V. MUSTILL, "The new Lex Mercatoria: The First Twenty Five Years' 4 *Arb. Int'l* 86, 110, ristampato da *Liber Amicorum for Lord Wilberforce* (Oxford Univ. Press 1987). L'ormai famosa indagine di Lord Mustill includeva venti principi definiti da varie fonti come "regole" della *lex mercatoria*. V. in generale CRAIG, PARK & PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3rd ed. 2000), 332-338 e capitolo 35, 623 e ss.

⁷⁴ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* (1994), pubblicato dall'International Institute for the Unification of Private Law di Roma.

L'interpretazione del trattato

L'impostazione seguita nell'arbitrato in materia commerciale e di investimenti potrebbe risultare insoddisfacente per le controversie in materia di convenzioni internazionali sulle imposte sui redditi. È assai improbabile che gli Stati contraenti convengano che la legge di un paese prevalga su quella dell'altro o che la normativa fiscale di un terzo paese debba essere applicata a materie quali il *transfer pricing*. Il trattato Tedesco-Americano sull'arbitrato fa riferimento ai "principi di diritto internazionale"⁷⁵.

Il compito degli arbitri sarà quello di interpretare il trattato. In alcuni casi il trattato disporrà espressamente l'applicazione della legge nazionale, come accade per la definizione di dividendi nel modello OECD. In altri casi le definizioni accolte dal trattato saranno indipendenti dalla legge di entrambi gli Stati contraenti, in modo più o meno chiaro. In tali casi gli arbitri dovrebbero cercare di interpretare la volontà delle due parti firmatarie facendo riferimento a strumenti interpretativi quali i commenti giuridici (escludendo le "interpretazioni unilaterali") e la Convenzione di Vienna⁷⁶. In molti casi si tratterà di un problema complesso. Ad esempio, l'art. 3 (2) del modello OECD di convenzione sulle imposte sui redditi stabilisce che "ogni termine non definito [nella convenzione] assumerà il significato che gli viene correntemente attribuito dalla legge dello Stato per le finalità impositive ai fini dell'applicazione della convenzione ...".

Si possono verificare alcuni casi in cui le leggi dei due Stati contraenti dispongono qualificazioni giuridiche conflittuali, che in alcuni casi possono prevalere (producendo inevitabilmente risultati contraddittori) e in altri casi dovrebbero almeno essere prese in esame quali possibili fonti interpretative. Ad esempio uno Stato può qualificare i pagamenti ad un operatore di satellite come compensi per servizi (esenti, in quanto tali, da tassazione in assenza di una sede permanente d'affari) mentre un altro Stato li può considerare come canoni per il diritto di utilizzare l'apparecchiatura e pertanto soggetti a prelievo fiscale. Nella causa *Boulez v. Comr.*, un direttore d'orchestra effettuò delle registrazioni i cui introiti furono caratterizzati negli Stati Uniti come redditi per servizi prestati (pertanto tassabili negli Stati Uniti, il paese dove erano state effettuate le registrazioni) mentre la Germania ritenne tali pagamenti alla stregua di *royalty* (canoni per la concessione relativa all'utilizzazione di un'opera dell'ingegno) come tali tassabili in Germania, ossia il paese di residenza del contribuente⁷⁷.

Forse il miglior esempio della difficoltà di trovare una legge applicabile è dato dall'orientamento seguito dagli Stati Uniti nello stabilire il valore corrente in transazioni fra entità non collegate (il c.d. *arm's length price*). La maggior parte dei trattati contengono disposizioni che consentono la ripartizione degli utili e le relative deduzioni tra entità collegate in termini analoghi a quelli utilizzati "tra parti indipendenti"⁷⁸. La

⁷⁵ Protocollo d'Intesa Stati Uniti – Germania, §5.

⁷⁶ V., Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, *UN Doc. A/Conf. 39/27*, che all'Articolo 33 (4) dispone l'adozione del "significato che meglio si riconcilia con i testi che riguardano l'oggetto e le finalità del trattato".

⁷⁷ V., ad esempio, *Boulez v. Comr.*, 83 TC 584 (1984). V. in generale SMITH, "Tax Treaty Interpretation by the Judiciary", 49 *Tax Law*, 845, 885 (1996).

⁷⁸ V., ad esempio, l'Articolo 9 (1) dell' U.S. Model Income Tax Treaty.

normativa statunitense richiede che le *royalties* per il trasferimento all'estero di diritti sui beni immateriali come i brevetti, corrispondano a pagamenti "commisurati al reddito presunto derivante dal bene immateriale"⁷⁹ ed applica criteri simili anche in altri ambiti. Pertanto le autorità fiscali statunitensi beneficiano di una "visione retrospettiva perfetta" per rettificare l'imposizione fiscale nel caso di un imprevedibile successo del prodotto o del servizio in questione.

Pochi altri stati accettano questo metodo "commisurato al reddito". Di conseguenza un Tribunale arbitrale si troverebbe ad affrontare un dilemma nel decidere quale tasso di *royalty* applicare in una controversia che coinvolge gli Stati Uniti. Il punto di partenza per analizzare questa problematica richiederebbe di prendere posizione sui controversi principi americani relativi alla determinazione di quello che sarebbe un equo valore da attribuire ad un prezzo (*arm's length*) in una transazione tra entità non collegate.

Una possibile soluzione consisterebbe nel proporre l'adozione di una scala gerarchica di fonti. Gli arbitri potrebbero essere istruiti ad applicare le seguenti fonti in ordine gerarchico: (i) i commenti e le interpretazioni accettate dagli Stati contraenti; (ii) i principi normativi comuni alle legislazioni degli Stati contraenti; (iii) il Commentario OECD sulle sezioni analoghe del modello di convenzione OECD; (iv) le prassi comunemente accettate in materia di tasse e contabilità.

Nell'arbitrato commerciale, gli estensori oculati di contratti generalmente evitano l'ultima di queste fonti (le prassi comunemente accettate), salvo che non esista nessun'altra soluzione. Gli arbitri dovrebbero essere esortati ad assumere decisioni giuridicamente corrette basate sul merito del caso piuttosto che a ricorrere a compromessi. Nell'arbitrato commerciale formule polivalenti e generali di questo tipo sovente servono da schermo per occultare la sostituzione delle preferenze personali di un arbitro alle aspettative legali originariamente condivise dalle parti⁸⁰.

Tuttavia nell'arbitrato fiscale possono prevalere preoccupazioni diverse. Nonostante i loro svantaggi, le "prassi comunemente accettate" possono servire come ultima risorsa da utilizzarsi soltanto *faute de mieux*, in mancanza di meglio. Gli arbitri non sarebbero esonerati dal compito di ricercare criteri giuridici autorevoli ma dovrebbero ricorrere alla prassi comunemente accettata (una sorta di *lex mercatoria* fiscale) soltanto come ultima risorsa. Anche se l'inclusione della "prassi comunemente accettata" non è l'ideale, nell'arbitrato fiscale rappresenta una scelta migliore della realistica alternativa di non proporre assolutamente nessun criterio di riserva.

La prassi comunemente accettata non deve essere confusa con l'*aimable composition*, un metodo adottato in alcuni procedimenti internazionali per consentire agli arbitri di decidere non sulla base di un determinato sistema di diritto sostanziale, ma sulla base di ciò che essi considerano equo ed appropriato nel caso specifico. Viceversa, la definizione di cause basate sulla prassi comunemente accettata comporta la ricerca da parte degli arbitri di soluzioni giuridicamente fondate che vanno al di là della propria particolare visione della giustizia.

⁷⁹ V. l'ultima sentenza dell'Internal Revenue Code § 482. V. anche Regs. § 1.482-4.

⁸⁰ V., PARK, "Control Mechanisms in the Development of a Modern Lex Mercatoria", in *Lex Mercatoria and Arbitration* (Carboneau ed., 1990; edizione aggiornata, 1998).

Alcune questioni potrebbero essere incluse nelle convenzioni per mezzo di una disciplina distinta. Ad esempio, in materia di *transfer pricing*, gli Stati contraenti potrebbero stabilire di applicare le OECD *Transfer Pricing Guidelines* per determinare la ripartizione fra le imprese collegate delle rispettive competenze fiscali⁸¹. Attualmente i paesi OECD sono soltanto “invitati” a seguire tali direttive senza valore giuridicamente vincolante⁸². L'adozione di tali criteri, ovviamente, presupporrebbe il ricorso a compromessi e concessioni in questioni rispetto alle quali le varie leggi fiscali nazionali possono differire sostanzialmente⁸³.

Ricorso al giudizio degli “esperti”

Per quanto possa apparire sorprendente, nelle controversie fiscali il ricorso al giudizio degli “esperti” (piuttosto che a quello degli “arbitri”) potrebbe compromettere la natura vincolante della decisione. I lodi emessi da arbitri beneficiano delle disposizioni di esecuzione previste dalla legislazione nazionale e dal trattato, mentre le opinioni degli esperti sono usualmente riconosciute soltanto a seguito di azioni contrattuali, e sono pertanto soggette a tutte le eccezioni previste dalla legislazione nazionale in materia di contratti⁸⁴.

In teoria, si potrebbe attribuire valore vincolante a quella che il testo della convenzione chiama “perizia tecnica”. Tuttavia è difficile immaginare per quale motivo i redattori del trattato abbiano assunto il rischio che una parte possa successivamente appigliarsi alla natura giuridica per porre in dubbio la natura vincolante del procedimento.

Occorre far sì che la soluzione della disputa si caratterizzi come un arbitrato nella sostanza così come nella forma. Sebbene una definizione del trattato possa far presumere che si tratti di arbitrato, tale definizione non avrà necessariamente natura conclusiva⁸⁵. La maggior parte delle qualificazioni giuridiche comporta il riferimento alla sostanza piuttosto che alla mera forma. Definire quale arbitro qualcuno privo delle attribuzioni sostanziali richieste per arbitrare non comporta il conferimento di autorità vincolante, così come chiamare gamba una coda non aggiunge un arto al proverbiale cane di Abramo Lincoln⁸⁶.

⁸¹ V., *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Organization for Economic Cooperation and Development (Rev. July 1995).

⁸² V., *Guidelines Preface*, §16 (July 1995).

⁸³ Ad esempio, malgrado le direttive dell'OECD adottino un metodo di “profitti comparabili” per la determinazione dei prezzi di trasferimento, esse non consentono un aggiustamento periodico basato su un approccio “retrospettivo”, come quello adottato dagli Stati Uniti nella propria regolamentazione “commisurata al reddito”. Pertanto le direttive rappresentano un tentativo di trovare una soluzione intermedia tra quella statunitense e quella delle suoi partner commerciali.

⁸⁴ Inoltre, in diversi paesi gli arbitri godono dell'immunità da azioni legali per errori od omissioni, mentre gli esperti ne sono esclusi.

⁸⁵ V., ad esempio, *Frydman v. Cosmair*, 1995 WL 404841 (S.D.N.Y. 1995), che rifiutò di applicare la Convenzione sull'arbitrato delle Nazioni Unite per stabilire il prezzo delle azioni al momento dello scioglimento di una *joint-venture*. Come conseguenza non fu possibile trasferire l'esecuzione della decisione francese alla corte federale ai sensi del 9 USC §§ 203& 205. La decisione fu adottata sulla base all'Articolo 1592 del *Code Civil* francese (*arbitrage d'un tiers*).

⁸⁶ Si dice che Abraham Lincoln abbia chiesto “Se chiamo coda una gamba, quante gambe ha un cane?” “Cinque?” provò a rispondere, prima di concludere. “No, solo quattro. Chiamare coda una gamba non la rende tale”.

Gli arbitri sono considerati sostituti dei giudici, atti a trattare complesse questioni legali. Al contrario, gli esperti tendono ad affrontare questioni di fatto piuttosto circoscritte. In ambito procedurale è più probabile che siano gli arbitri piuttosto che gli esperti ad adottare un sistema decisionale con gli attributi sostanziali di un procedimento giudiziario. L'arbitrato implica udienze istruttorie e l'escusione di mezzi di prova finalizzati alla determinazione delle responsabilità. Gli esperti d'altro canto sovente basano il proprio lavoro soltanto sull'analisi di documenti e giungono a circoscritte conclusioni di fatto anziché trarre conclusioni giuridiche⁸⁷.

Sebbene possano esserci valide ragioni per ricorrere ad un semplice "esperto" per alcune controversie internazionali, ben poche appaiono convincenti con riferimento ai trattati sulle imposte sui redditi. Affidare cause fiscali ad esperti piuttosto che ad arbitri sarebbe una scelta erranea, che dimostra poca comprensione di cosa sia in gioco. Senza le caratteristiche di un arbitrato legalmente vincolante, le parti sarebbero affidate ad un qualsiasi meccanismo di riconoscimento esistente secondo una legge locale, cedendo al più genuino provincialismo che le stesse parti avevano, invece, sperato di evitare.

Lis alibi pendens

Frequentemente più azioni giudiziarie vengono incardinate simultaneamente davanti arbitri e corti oppure avanti corti ordinarie in differenti giurisdizioni. Non c'è ragione di sospettare che tali problemi di *lis alibi pendens* (talvolta chiamata *litispendenza*) non possano sorgere negli arbitrati previsti dalle convenzioni fiscali internazionali, come succede nelle altre forme di risoluzione stragiudiziale delle dispute⁸⁸.

Per prevenire un gioco tattico in cui i contribuenti o le Amministrazioni fiscali incardinino processi concorrenti al fine di ottenere vantaggi tattici o di sabotare l'arbitrato stesso, il trattato dovrebbe stabilire che tutte le azioni giudiziarie ed amministrative in entrambi gli Stati contraenti rimangano sospese per tutta la durata dell'arbitrato. Altrimenti, il provvedimento giudiziale potrebbe diventare vincolante mentre il procedimento arbitrale è ancora in fase di svolgimento.

⁸⁷ V. la casistica esaminata in PARK, "Documentary Credit Dispute Resolution; The role of Arbitrators and Experts" 12 (No. 11) *Int'l Arb. Rep.* 15 (1997), che commenta le "Documentary Credit Dispute Expertise Rules" della International Chamber of Commerce (DOCDEX), ICC Pub. No. 577. Nella procedura ICC il ricorso agli esperti è l'estremo rimedio per risolvere le controversie riguardanti crediti documentari ai sensi dell'*Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*. Gestite dal Centre for Expertise dell'ICC, le controversie DOCDEX di norma riguardano discrepanze nelle lettere di credito e sovente sono risolvibili senza udienze. Vengono scelti tre esperti in una lista gestita dalla Banking Commission dell'ICC. È espressamente previsto che la decisione degli esperti "non è destinata a conformarsi a nessuno dei requisiti giuridici di un lodo arbitrale".

⁸⁸ Per il dibattito sul problema della *lis pendens* nell'arbitrato si veda: LEVY & GEISINGER, "Applying the principles of *lis pendens*" [2000] *Int. A.L.R.* (Issue 4) fn.-28. Commentando su *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colon Container Terminal S.A.*, Tribunal federal, 14 mai 2001, le cour civile. 4p. 37/2001; tradotto da PONCET, 12 *World Arb. & Med. Rep.* 242 (2001). La Corte Suprema svizzera ha affermato che gli arbitri a Ginevra dovevano rimettersi a quanto deciso nella precedente causa a Panama. Sulla *lis pendens* in generale si veda, TREVIÑO DE COALE, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain? A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of the United States," 17 *B.U. L. Rev.* 79 (1999).

QUADRO GIURIDICO

La inevitabilità dei meccanismi di controllo

Per parlare di arbitrato vincolante, è necessario considerare qualche procedimento di riconoscimento che assicuri che l'impegno a rinunciare al ricorso alle Corti nazionali sia più di un semplice pezzo di carta. Un arbitrato meramente pubblico (come una disputa territoriale tra nazioni confinanti) potrebbe essere soggetto solamente ad un qualunque tipo di restrizione imposta dal diritto pubblico internazionale. Nell'arbitrato fiscale, invece, ove i soggetti direttamente coinvolti sono privati, si richiede un quadro giuridico di riferimento che permetta di fare affidamento sul lodo in azioni giudiziali o amministrative parallele.

Dovrebbe sussistere un qualche processo sia per dare effetto alla decisione degli arbitri quando qualcuno abbia un dubbio circa l'ottemperanza al lodo, sia per identificare quelle decisioni viziate proceduralmente che non devono essere eseguite. È una questione ancora aperta se siano i trattati fiscali a dover soddisfare gli obiettivi di cui sopra attraverso la creazione di nuovi meccanismi di controllo o attraverso l'adattamento di strutture già esistenti. Ciò che è certo è che qualche regola deve essere stabilita.

Forse nessun aspetto dell'arbitrato solleva inizialmente tanto scetticismo nella comunità dei tributaristi quanto il controllo giudiziale, che a prima vista sembra contrario alla definitività che ci si aspetta dalla risoluzione stragiudiziale delle dispute. Riflettendovi, comunque, i meccanismi di controllo si rivelano inevitabili.

Realisticamente, la questione non è se i lodi debbano essere soggetti a controllo, ma come e da chi il controllo debba essere effettuato. Si immagini, per esempio, che un arbitro abbia abusivamente negato ad una parte l'opportunità di presentare il proprio caso e trascurato di rivelare significativi collegamenti finanziari attribuibili al contribuente. È credibile che una Corte possa dare effetto al lodo? In tali circostanze, sono richiesti criteri di principio per una revisione limitata che mantenga l'intervento giudiziale entro propri limiti. Sarebbe inopportuno che un giudice incauto giustificasse il mancato riconoscimento di una decisione aberrante sulla base di un "errore arbitrale" (creando un pericoloso precedente), piuttosto che sul limitato vizio procedurale quale il "pregiudizio" o "diniego del giusto processo", che sono stati provati durante decenni di esperienza nel diritto arbitrale, nei trattati e nella pratica.

Come sopra discusso, la migliore funzione del controllo giudiziale è quella in cui le Corti controllino l'integrità procedurale di base dell'arbitrato (verificando questioni come il pregiudizio, l'eccesso di potere e il giusto processo), ma non procedano al riesame del merito della causa.⁸⁹ Se gli arbitri avessero l'ultima parola nel merito della causa fiscale, non meriterebbero alcun rispetto se ad una parte fosse stata negata l'opportunità di presentare il proprio caso o il lodo eccedesse i limiti del mandato arbitrale.

Il riconoscimento di un lodo si verificherebbe qualora ci fosse un tentativo di pignorare i beni del contribuente o qualora il contribuente abbia richiesto un rimborso. Presumibilmente, il riconoscimento potrebbe essere concesso nell'ambito di una

⁸⁹ V., PARK, "Duty and Discretion in International arbitration," 93 *Am. J. Int'l L.* 805, 808-19 (1999).

qualsiasi procedura nazionale che riconosca tale tipologia di mozioni, senza gravare il trattato di norme speciali ed eccezioni riguardanti l'immunità sovrana dall'esecuzione. Sia il contribuente che l'Amministrazione fiscale potrebbero richiedere gli effetti della cosa giudicata per il lodo. Un paese che rifiutasse un rimborso imposto da un lodo, violerebbe le sue stesse obbligazioni convenzionali.

La United Nations Arbitration Convention

La Convenzione sull'Arbitrato delle Nazioni Unite⁹⁰ (spesso chiamata Convenzione di New York, in ragione della città in cui è stata adottata) costituisce il punto di partenza per la ricerca di una struttura legale idonea a promuovere un arbitrato efficiente in materia fiscale. Nel promuovere il riconoscimento delle clausole compromissorie e dei lodi arbitrali in centoventisette paesi, la Convenzione beneficia di quaranta anni di interpretazione giurisprudenziale e non richiede uno specifico apparato amministrativo, dal momento che le funzioni di revisione giudiziale sono espletate dalle Corti nazionali le quali applicano criteri strettamente circoscritti. La maggior parte degli arbitrati commerciali e di investimento regolati da leggi internazionali (come l'ICC, l'LCIA e l'UNCITRAL) operano nell'ambito dello schema della Convenzione delle Nazioni Unite. Per contro, l'arbitrato condotto dall'ICSID della *World Bank* implica un sistema autonomo con propri uffici e ruoli di arbitri.

Applicazione della Convenzione ai lodi fiscali

Resta dubbio se normalmente la Convenzione delle Nazioni Unite (NU) possa essere applicata all'arbitrato in materia di trattati sulle imposte sui redditi. Possono sorgere interrogativi legittimi poiché originariamente la convenzione delle NU era intesa come strumento disciplinare per le controversie fra Stati⁹¹. I lodi concernenti le controversie in materia di diritto pubblico come le liti sui confini normalmente non vengono mai sottoposti alle Corti nazionali per il riconoscimento e l'esecuzione.

L'arbitrato in materia di trattati sulle imposte sui redditi tuttavia differisce dagli altri arbitrati di diritto pubblico. Nella maggior parte dei paesi il trattato attribuisce ai contribuenti potenziali rimedi nelle corti nazionali ordinarie. Ad esempio, un giudice può decretare che una regolamentazione amministrativa si caratterizza dall'essere incompatibile con il trattato, attribuendo al contribuente il diritto ad un rimborso⁹². Ancora più significativo è il fatto che la Convenzione delle NU ha per lungo tempo fornito uno schema analitico all'arbitrato in materia di investimenti tra investitore privato e Stato ospite – una analogia molto più simile all'arbitrato fiscale che non le dispute di confine⁹³.

⁹⁰ *United Nation Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York, June 10, 1958).

⁹¹ V., VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958* (1981), pag. 282 alla nota 145, che menziona le "indicazioni che impedirebbero l'applicazione della convenzione" a lodi emessi in controversie tra stati ed istituzioni pubbliche.

⁹² V., ad esempio, *National Westminster Bank v. U.S.*, 44 Fed. Cl. 120 (1999), concernente la deduzioni di interessi di una filiale americana di una banca inglese. Si ritenne che l'applicazione della pertinente regolamentazione del Tesoro fosse in conflitto con la clausola sulla "entità separata" di cui all'art. 7 della Convenzione fiscale internazionale sui redditi esistente tra Stati Uniti e Gran Bretagna.

⁹³ V., ad esempio, *LIAMCO v. Libya*, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), riguardante l'esecuzione di un lodo contro la Libia in favore di una società petrolifera americana.

In ogni caso, tali sottigliezze teoriche assumono minor rilevanza se il trattato fiscale affronta espressamente il problema del rapporto tra l'esecuzione del lodo fiscale e la Convenzione delle NU. Quest'ultima è proprio la soluzione adottata dagli estensori del NAFTA che consente espressamente agli investitori di procedere all'esecuzione dei lodi sulla base della Convenzione delle NU⁹⁴.

L'ambito di applicazione della Convenzione delle NU è estremamente ampio. I lodi ricadono nell'ambito della convenzione se (i) emessi all'estero⁹⁵ o (ii) "non considerati come nazionali". Il trattato sulle imposte sui redditi dovrebbe statuire chiaramente che, indipendentemente dal luogo di emissione, il lodo deve essere considerato in entrambi gli Stati quale "non nazionale" e che gli Stati contraenti devono essere considerati "persone" ai fini della Convenzione delle NU⁹⁶. Il trattato fiscale dovrebbe inoltre prevedere che la controversia che ha dato origine all'arbitrato deve essere considerata "commerciale" ai fini della Convenzione delle NU⁹⁷.

L'ultima di queste limitazioni (quando una controversia debba ritenersi originata da una transazione commerciale) è particolarmente significativa. In assenza di tale disposizione, le Corti nazionali potrebbero intavolare annosi dibattiti sulla qualificazione giuridica (commerciale o non-commerciale) da assegnare alle controversie fiscali. Ciò è esattamente quanto è accaduto nel caso *Metalclad*⁹⁸ in cui il Messico aveva richiesto l'annullamento di un lodo che imponeva un obbligo di risarcimento per l'espropriazione dei beni di una società americana⁹⁹. Il Tribunale nazionale infine stabilì che l'arbitrato doveva ritenersi commerciale in quanto "aveva avuto origine da un'operazione di investimento", ponendo così l'accento sulla transazione sottostante, un investimento internazionale, piuttosto che sulla natura regolamentare dell'azione dello Stato¹⁰⁰.

⁹⁴ V. l'art. 1136 (6) - (7) dell'accordo NAFTA.

⁹⁵ Il testo dell'art. I(1) parla di lodi "emessi in uno Stato diverso dallo Stato in cui si richiede il riconoscimento e l'applicazione di tali lodi".

⁹⁶ L'art. I della Convenzione limita la sua applicazione all'arbitrato che concerne "dispute tra persone, sia fisiche che giuridiche".

⁹⁷ La Convenzione contiene un'opzione che consente ai membri di circoscrivere la sua applicazione a questioni commerciali. Inoltre la Convenzione contiene un'opzione di reciprocità concernente i lodi emessi nel territorio di "un altro Stato contraente", locuzione che i Tribunali statunitensi hanno interpretato semplicemente quale facente riferimento ad ogni stato firmatario della convenzione. V. *Lander v. MMP Investments*, 107 F.3d 476 (7th Cir.) cert. den. 118 S.Ct 55 (1997); *Smith/Enron Cogeneration v. Smith Cogeneration Int.*, 198 F.3d 88 (2d Cir.1999).

⁹⁸ *United Mexican States v. Metalclad*, Vancouver Court Registry Case No. L002904, Mr. Justice Tysoe, decisione del 2 maggio 2001, ristampata in 16 *Int'l Arb. Rep.* A-1 (Maggio 2001). Il lodo stesso, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Aug. 30,2000, è ristampato in 16 *Int'l Arb. Rep.* 62 (Jan.2001). V., in generale, PEARCE & COE "Arbitration under NAFTA Chapter 11 – Some pragmatic Reflections upon the first case filed against Mexico", 23 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 311 (2001).

⁹⁹ Una municipalità messicana proibì ad una filiale di una società americana di operare un impianto per rifiuti pericolosi. Benché le udienze fossero state tenute a Washington D.C., la sede ufficiale dell'arbitrato era a Vancouver, Canada.

¹⁰⁰ V. *Slip Opinion* pag. 16, § 44. La Corte ebbe a decidere quale tra due differenti statuti arbitrali provinciali dovesse essere applicato. L'*International Arbitration Act* dispone consente un riesame piuttosto limitato, mentre il *Commercial Arbitration Act* (che regola gli arbitrati escluso dall'altra normativa) consente l'appello per ragioni di diritto. Sorprendentemente, la scelta si basò sul significato da attribuire al termine "commerciale" piuttosto che al termine "internazionale", perché l'*International Arbitration Act* presuppone che l'arbitrato sia nel contempo commerciale ed internazionale. Il Messico eccepì contro l'applicazione dell'*International Arbitration Act* sostenendo che l'arbitrato si riferiva ad un rapporto di natura regolamentare piuttosto che commerciale. La Corte non accolse l'argomento e pertanto statuí che la controversia rientrava nell'ambito di applicazione dell'*International Arbitration Act* limitando il riesame soltanto alla verifica che il lodo non avesse ecceduto i poteri degli arbitri o non avesse violato l'ordine pubblico. Alla fine la Corte ritenne che alcune, ma non tutte le statuizioni degli arbitri avessero ecceduto i poteri loro conferiti e dispose il rinvio per il ricalcolo degli interessi.

L'obbligo di arbitrare

La convenzione delle NU esige che le Corti degli Stati contraenti rinviino le parti all'arbitrato, se la controversia è soggetta ad un clausola compromissoria scritta¹⁰¹. Pertanto le Corti nazionali devono sospendere il procedimento se, con riguardo a tale controversia, le parti hanno stipulato una clausola compromissoria. Tale fondamento consensuale del potere arbitrale non esiste solo nell'ambito della Convenzione delle NU, ma in tutti i sistemi volti ad attribuire effetti legali all'arbitrato¹⁰².

Di norma il requisito dell'accordo scritto potrebbe presentare dei problemi sotto il profilo dell'efficacia vincolante nei confronti del contribuente, dal momento che l'impegno ad arbitrare intercorre tra i due Governi. A tal riguardo la soluzione migliore consiste nel presumere che il contribuente abbia implicitamente accettato di arbitrare la causa nel momento in cui dà inizio alla "procedura di mutuo accordo". Il testo del trattato potrebbe stabilire che, nel momento in cui il contribuente sottoponga il proprio caso all'autorità competente, accetta anche di sottoporre ad arbitrato la controversia qualora la questione non possa essere risolta in altro modo.

In alcuni paesi, la Convenzione delle NU non si applica alle controversie sottoposte alla giurisdizione amministrativa¹⁰³. Tale limitazione non dovrebbe costituire un problema per l'arbitrato fiscale poiché nella maggior parte dei paesi le controversie in materia fiscale finiscono nelle Corti ordinarie quando sussistono forti pressioni da una parte o dall'altra. Inoltre il trattato fiscale potrebbe stabilire espressamente che le disposizioni fondamentali della Convenzione delle NU trovino applicazione anche con riguardo alla azioni amministrative.

Il riconoscimento del lodo

La Convenzione delle NU dispone che gli Stati firmatari riconoscano i lodi arbitrali come vincolanti e diano esecuzione agli stessi come farebbero per le sentenze delle Corti nazionali¹⁰⁴. Pertanto al lodo arbitrale è attribuito effetto di "res judicata" in ogni successivo procedimento giudiziale nazionale.

Garanzie dell'integrità del giudizio arbitrale

Nell'ambito dello schema sia della Convenzione delle NU che delle legislazioni nazionali in materia di arbitrato, la revisione ad opera degli organi giurisdizionali nazionali dei lodi arbitrali rappresenta una forma di gestione dei rischi, intesa quale garanzia contro arbitri incompetenti o disonesti¹⁰⁵. Lo scrutinio pubblico di un arbitrato si verifica quando i vincitori chiedono alle Corti di riconoscere lodi arbitrali pre-

¹⁰¹ *United Nations Arbitration Convention, Article II (3)*. La Convenzione stabilisce che la clausola compromissoria non debba essere "nulla o annullabile, inapplicabile o impossibile ad essere eseguita".

¹⁰² Ad esempio, l'articolo 1122 del NAFTA prevede che ogni Stato contraente acconsenta a sottoporre le dispute ad arbitrato e rende esplicitamente sufficiente tale consenso agli scopi dell'ICSID, Convenzioni sull'arbitrato di New York e Panama.

¹⁰³ *V. Farrel Corp. v. U.S. ITC*, 949 F.2d 1147 (Fed. Cir.1991), concernente una controversia tra un produttore statunitense ed un concessionario italiano, in cui il contratto prevedeva l'arbitrato ICC a Ginevra. Si consentì all'attore di presentare una rivendicazione all'International Trade Commission (ITC), per appropriazione indebita di segreti commerciali.

¹⁰⁴ *United Nations Arbitration Convention, Article III*.

¹⁰⁵ V. PARK, "Why Courts Review Arbitral Awards" in *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böstiegel* 595 (2001).

sumibilmente erronei, negando al perdente il diritto di sottoporre la questione agli organi giurisdizionali altrimenti competenti. Inevitabilmente esiste un potenziale conflitto fra l'obiettivo di garantire il carattere definitivo del lodo e le necessità di tutela contro decisioni effettivamente aberranti.

La Convenzione delle NU cerca di bilanciare queste due esigenze contrastanti. Secondo la convenzione, le Corti nazionali possono rifiutare il riconoscimento di un lodo sulla base di un elenco tassativo di obiezioni procedurali che per comodità si possono ricondurre a tre ordini di motivi: (i) ingiustizia sostanziale del procedimento ed eccesso di giurisdizione, (ii) ordine pubblico interno; e (iii) annullamento del lodo.

Nell'arbitrato fiscale, sarebbe preferibile limitare il non-riconoscimento del lodo al primo gruppo di obiezioni procedurali e a tal scopo il modello di trattato proposto nel presente contributo limita i motivi di non-riconoscimento a quelli enunciati dall'articolo V(1)(a)-(d) della Convenzione delle NU. Come discusso in seguito, nell'arbitrato fiscale ricorrere a motivi di ordine pubblico per eludere l'applicazione dei lodi è estremamente pericoloso; far riferimento all'annullamento dei lodi è inappropriato se, come avviene nell'arbitrato fiscale, gli Stati che annullano i lodi sono le stesse parti che hanno sottoscritto la clausola compromissoria.

Il primo ordine di motivi serve a garantire le parti in causa contro ingiustizie di sorta ed è il più pertinente all'arbitrato fiscale. Affinché il riconoscimento di un lodo possa essere rifiutato, la parte che si oppone al riconoscimento deve provare l'esistenza di un difetto procedurale nella forma (i) di una clausola compromissoria invalida, (ii) della mancata possibilità di presentare il proprio caso, (iii) di eccesso di giurisdizione dell'arbitro, (iv) di composizione irregolare del collegio arbitrale.

È difficile immaginare come le Amministrazioni fiscali o i contribuenti possano obiettare a questi mezzi di difesa. Se arbitri fuorviati o corrotti negano ad una parte l'opportunità di presentare il proprio caso o abusano del loro potere, nessuno dovrebbe plaudire al riconoscimento di tali lodi. Nella legislazione fiscale nazionale, garanzie analoghe si ritrovano ad esempio nella disposizione del diritto statunitense secondo cui un "accordo definitivo" per la composizione di una causa può essere contestato "qualora si provi la frode o una condotta illecita"¹⁰⁶.

Analogamente si dovrebbe negare il riconoscimento a lodi che non abbiano rispettato i limiti del mandato assegnato agli arbitri, che abbiano trattato tematiche che non siano state sottoposte alla cognizione degli arbitri o che siano stati decisi in modo palesemente incompatibile con il mandato arbitrale¹⁰⁷. Ad esempio, un arbitro a cui è stato chiesto di determinare il canone per l'utilizzazione di un brevetto che la società controllata francese deve pagare alla capogruppo americana potrebbe andar oltre i limiti del proprio mandato nell'azzardare un'opinione su una licenza correlata. Ovvero un arbitro potrebbe comminare penalità e interessi quando il trattato riserva tale potere alle corti nazionali. Questi eccessi di entusiasmo inopportuno o *excès de zèle* dovrebbero condurre al mancato riconoscimento di quella parte del lodo che ecceda i limiti del mandato. In pratica, ovviamente, l'assumere decisioni giurisdiziona-

¹⁰⁶ Int. Rev. Code § 7121(b).

¹⁰⁷ L'Articolo V della Convenzione sull'arbitrato delle Nazioni Unite fa riferimento ad un lodo che "riguarda una divergenza non contemplata o non ricadente nell'ambito del mandato arbitrale oppure ... decisioni su questioni che vanno al di là delle materie deferite all'arbitrato" e ad un lodo emesso quando "il procedimento di arbitrato non era in accordo con quanto concordato dalle parti".

li richiederà il ricorso a distinzioni e a strumenti analitici analoghi a quelli utilizzati negli arbitrati commerciali e di investimento.

Si può osservare che parzialità e corruzione non sono riconosciute espressamente quali elementi di difesa contro il riconoscimento del lodo ai sensi dell'articolo V. Se è possibile asserire che arbitri corrotti o parziali violano il dovere di indipendenza che sta alla base del loro incarico (ed hanno pertanto violato il mandato loro conferito), sarebbe più prudente fare espresso riferimento a questi due vizi procedurali nella clausola compromissoria contenuta nel trattato fiscale.

È noto come qualche volta l'ingenuità degli avvocati troverà modo di abusare di queste garanzie. Nell'arbitrato, come altrove, uno dei doveri del Tribunale è quello di impegnarsi in un processo di selezione giudiziale, distinguendo obiezioni pretestuose da quelle dotate di fondamento. I rischi connessi all'assenza di garanzie sono notevolmente più elevati del pericolo che giuristi di pochi scrupoli intentino azioni infondate per opporsi all'esecuzione del lodo. Se le garanzie di cui all'art. V della Convenzione delle NU non esistessero, le Corti dovrebbero inventarle.

Materie compromettibili e ordine pubblico

Con riguardo al secondo ordine di difese disciplinate dalla Convenzione delle NU, un Tribunale può rifiutarsi di riconoscere un lodo che statuisca su materie non assoggettabili ad arbitrato ovvero che violi l'ordine pubblico interno (*ordre public*) dello stato ospite¹⁰⁸. Tali difese possono essere sollevate dal Tribunale d'ufficio, senza oneri probatori per la parte che si oppone al riconoscimento.

Poiché un'applicazione indiscriminata di tali difese potrebbe compromettere la finalità della convenzione di favorire un processo neutrale di soluzione delle controversie internazionali, le Corti tradizionalmente hanno accolto un'interpretazione restrittiva delle nozioni di compromettibilità e ordine pubblico di cui all'art. V¹⁰⁹. L'ordine pubblico di norma viene considerato violato solo quando si è verificata una violazione delle "più basilari nozioni di moralità e giustizia" dello Stato ospite¹¹⁰.

In alcuni sistemi giuridici le materie fiscali sono considerate per loro natura non compromettibili. Ad esempio gli atti, recentemente pubblicati, di una conferenza sull'argomento esordiscono con un articolo che assume come dottrina assodata il fatto che "un Tribunale [arbitrale] non può ovviamente dirimere una controversia fiscale tra il contribuente e la competente Amministrazione"¹¹¹. Un rinomato esperto fran-

¹⁰⁸ *United Nations Arbitration Convention, Article V (2)*.

¹⁰⁹ Per uno studio della difesa dell'ordine pubblico, si veda SHEPPARD (Rapporteur). "Public Policy as a Ground for Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards." International Law Association, Committee on International Commercial Arbitration, Taipei Conference (1998).

¹¹⁰ *V. Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 974 (2d Cir.1974), (in cui si respinse l'argomento dell'ordine pubblico in relazione ad una rottura di relazioni diplomatiche tra Egitto e Stati Uniti). Per un caso aberrante in cui si rifiutò l'esecuzione di un lodo in base a motivi di ordine pubblico (caso in cui la legge francese richiedeva un tasso di interesse particolarmente elevato per un pagamento tardivo), si veda *Laminoirs-Trefileries Cableries de Lens, S.A. v. Southwire Co.*, 484 F.Supp.1063 (N.D. Ga.1980).

¹¹¹ V. ANCEL, "Arbitrage et Ordre Public Fiscal" 2001 *Rev.Arb.* 269 ("Dès lors, si un tribunal arbitral ne peut évidemment pas trancher un litige fiscal entre le contribuable et l'administration, il n'est pas à prior incompétent pour connaître de l'incidence des règles fiscales sur la solution d'un litige civil ou commercial."). Quest'articolo era parte di un seminario intitolato "Arbitrage et fiscalité", tenuto a Digione il 6 ottobre 2000 e pubblicato nel numero 2 del 2001 della *Revue de l'arbitrage*.

cese in materia di arbitrato ha affermato che “gli arbitri non possono rendere decisioni che riguardino norme cogenti attinentia materie fiscali”¹¹².

Tuttavia nessuna delle due difese in esame dovrebbe assumere rilevanza in materia di arbitrato fiscale. Il trattato dovrebbe statuire chiaramente che le materie fiscali sono compromettibili e che l'ordine pubblico non può essere utilizzato quale espediente per rifiutare il riconoscimento di un lodo, semplicemente perché il relativo dispositivo diverge sostanzialmente da quella che uno Stato contraente considera la soluzione “corretta”. Se gli Stati contraenti vogliono in buona fede ricorrere all'arbitrato per risolvere le controversie sul trattato, c'è poco margine per invocare difese in materia di compromettibilità.

Lodi annullati nella sede arbitrale

Un ultimo ordine di difese “a tutela della parte” autorizza le Corti a rifiutare il riconoscimento di lodi annullati nel luogo in cui sono stati emessi. Pertanto, se una Corte inglese annulla un lodo pronunciato a Londra, tale lodo, secondo la convenzione, può perdere la propria efficacia di *res judicata* se viene presentato per il riconoscimento a New York. L'annullamento di un lodo nella sede dove ha avuto luogo l'arbitrato offre perciò alla parte perdente un potente strumento per opporsi al riconoscimento del lodo stesso.

Sebbene l'annullamento nella sede arbitrale può, secondo la convenzione, compromettere la valenza internazionale del lodo, tale annullamento non preclude necessariamente la sua esecuzione in tutte le giurisdizioni. L'articolo V (1)(e) della Convenzione delle NU stabilisce che “si può” (non “si deve”) rifiutare il riconoscimento del lodo qualora sia stato annullato nel luogo in cui è stato emesso¹¹³. Tuttavia sia le Corti francesi sia le Corti statunitensi hanno occasionalmente dato esecuzione a lodi annullati sulla scorta della propria legislazione interna¹¹⁴.

Come menzionato precedentemente, nell'arbitrato fiscale ci sono fondati motivi per escludere l'operatività di disposizioni quale l'art. V (1)(e) della convenzione delle NU. Dato che le parti sono costituite dai soli due paesi in cui verrà richiesto il riconoscimento del lodo, le rispettive giurisdizioni dovrebbero concordare che l'arbitrato abbia luogo in uno dei due paesi contraenti e che le Corti del paese in cui ha avuto

¹¹² DE BOISSÉSON, “Le Droit Français de l'arbitrage (1990), § 33 (a pag:37) che afferma “*Les arbitres ne peuvent se faire juges de la violation des dispositions impératives relatives à la réglementation des changes, à la fiscalité ou au prix*”. Per una critica di quest'assunto, si veda LEGALL, “Fiscalité et arbitrage,” 1994 *Rev.Arb.* 3 e 252, che menziona, a pagg. 24-25, diversi arbitrati fiscali internazionali.

¹¹³ La versione francese, egualmente autorevole, si presta ad una interpretazione più stringente in quanto stabilisce che “il riconoscimento e l'esecuzione del lodo saranno rifiutati soltanto se il lodo stesso ... è stata sospeso o annullato”. Comunque, una qualsiasi parte interessata può ancora far rispettare un lodo annullato ai sensi della normativa interna del foro ove si chiede il riconoscimento del lodo stesso. L'articolo VII della Convenzione stabilisce che la convenzione non “priverà nessuna parte interessata di un qualsiasi diritto di avvalersi di un lodo arbitrale nella misura e nei modi consentiti dalla legge ... del paese in cui ci si intende avvalere del lodo stesso”.

¹¹⁴ *V. Hilmarton v. OTV* (Corte di cassazione Francese, 1997), *Chromalloy v. Egypt* (U.S. District Court for D.C., 1996), e *Baker Marine v. Chevron* (U.S. 2d Cir.1999). Per una recente decisione tedesca su tale questione, si veda *Bundesgerichtshof Beschluss*, Feb.22,2001, III ZB 71/99. Dopo che il *Rostok Oberlandsgericht* rifiutò l'esecuzione di un lodo annullato in Russia, una corte russa di grado più alto confermò il lodo che quindi ebbe titolo per il riconoscimento in Germania. L'articolo 1061(3) dello ZPO consente che il riconoscimento di un lodo possa essere revocato qualora il lodo venga successivamente annullato.

luogo l'arbitrato non possano accogliere richieste di riesame dei lodi in materie regolate dal trattato, se non nell'ambito di domande di riconoscimento dei lodi stessi.

Altri schemi legali

Se la Convenzione sull'arbitrato delle NU fornisce lo schema più efficiente per rendere l'arbitrato vincolante continuando nel medesimo tempo ad assicurare le essenziali garanzie procedurali, è possibile adottare altri approcci. Gli Stati firmatari del trattato possono, ad esempio, ideare un proprio sistema di riesame ed una propria organizzazione sulla falsariga di quanto ha fatto la World Bank (IBRD) con l'ICSID¹¹⁵. Altri schemi sono rappresentati dal *World Trade Organization Dispute Settlement Body* e dall'*International Court of Justice*.

La World Bank e l'ICSID

Fondata nel 1965 dalla Convenzione di Washington¹¹⁶, l'ICSID è un'organizzazione internazionale autonoma, affiliata alla *World Bank*, nata con l'intento di sollevare il presidente della banca dal coinvolgimento diretto nella definizione di controversie tra investitori privati e governi membri della banca. L'ICSID normalmente ha giurisdizione sulle controversie in materia di investimenti tra uno Stato membro e un investitore appartenente ad un altro stato membro della convenzione. Per paesi quali il Messico e il Canada che non fanno ancora parte della convenzione di Washington, l'ICSID supervisiona le procedure arbitrali secondo la propria regolamentazione in materia di "Servizi Addizionali".

Una conseguenza della regolamentazione sui "Servizi Addizionali" consiste nel fatto che il diritto arbitrale dello stato in cui ha luogo l'arbitrato stesso può giocare un ruolo significativo se la parte perdente insoddisfatta dovesse richiedere l'annullamento del lodo. Nell'arbitrato regolato esclusivamente secondo il modello ICSID, la Convenzione di Washington esclude l'impugnazione giudiziale, precludendo così la riconsiderazione del lodo per ragioni ordinariamente riconosciute in sede legislativa, quali la frode o l'abuso di potere¹¹⁷. Come discusso in seguito, si presuppone che sia lo stesso ICSID a provvedere al controllo sulla qualità dell'arbitrato sulla base di un'apposita procedura di riesame¹¹⁸.

Nell'ambito della regolamentazione dell'ICSID relativa ai "Servizi Addizionali" tuttavia le norme ICSID operano al di fuori dello schema della Convenzione di Washington. Di conseguenza la definitività del lodo finisce col dipendere dai meccanismi

¹¹⁵ Inoltre, le ragioni che costrinsero la Banca Mondiale a creare un proprio sistema di esecuzione nel 1965 possono non valere per l'arbitrato fiscale. La potenziale pressione finanziaria che la Banca Mondiale può esercitare sui suoi membri crea un potente meccanismo di esecuzione delle sentenze anche in assenza di una struttura legale.

¹¹⁶ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 18 Mar., 1965 entrata in vigore il 15 Ottobre 1966.

¹¹⁷ Come è stato discusso altrove, in paesi quali gli Stati Uniti, in cui le leggi ordinarie possono prevalere sulle convenzioni internazionali, resta dubbio il modo in cui una corte dovrebbe risolvere un conflitto tra il *Federal Arbitration Act* e la convenzione.

¹¹⁸ V., in generale, REISMAN, *System of Control in International Adjudication and Arbitration* 46-50 (1992).

di riesame giudiziario in atto nella sede arbitrale, che in alcuni paesi impone che i lodi siano sottoposti a controllo giudiziario obbligatorio¹¹⁹. Ad esempio, in una controversia fra Messico e Stati Uniti, arbitrata in Canada, il riesame del lodo da parte delle Corti verrebbe a dipendere dai criteri di controllo che le Corti canadesi ritengono più appropriati¹²⁰.

La procedura di impugnazione autogestita dell'ICSID riconosce sia allo Stato ospite sia all'investitore il diritto di richiedere l'annullamento del lodo sulla base ad uno dei seguenti motivi: (1) impropria costituzione del collegio arbitrale; (2) abuso di potere del collegio; (3) corruzione di un membro del collegio; (4) violazione sostanziale di una norma procedurale fondamentale; ovvero (5) insufficientemente motivazione del lodo¹²¹. La richiesta di annullamento non è sottoposta alle Corti nazionali, ma dev'essere sottoposta in forma scritta al Segretario Generale dell'ICSID. Il riesame è effettuato da un apposita commissione di tre persone, autorizzata ad annullare il lodo in tutto in parte. Se il lodo viene annullato, una delle parti può chiedere che sia rinviato ad un'altra Corte per il riesame.

È improbabile che il modello ICSID possa risultare appropriato per l'arbitrato fiscale. L'ICSID è stato concepito per operare indipendentemente dagli schemi di arbitrato nazionali, nell'ambito dell'organizzazione della *World Bank*, la quale fornisce le risorse e la protezione politica necessari ad amministrare il procedimento e promuovere il rispetto dei lodi. Affinché lo schema dell'ICSID possa essere applicato all'arbitrato fiscale, sarebbe necessario istituire un organismo che esamini le impugnazioni dei lodi, un'impresa ardua sul piano amministrativo che gli Stati contraenti potrebbero non esser disposti ad intraprendere quando l'adozione dell'arbitrato fiscale sia ancora agli stadi iniziali¹²².

¹¹⁹ Si veda NAFTA Article 1136. La terminologia che dispone il "carattere definitivo" di un lodo dovrebbe normalmente significare "definitivo" ai sensi delle norme più significative in materia di arbitrato. Ad esempio, si veda *M&C Corp. v. Erwin Behr GmbH*, 87 F.3d 844, 847 (6th Cir.1996) (le disposizioni sul carattere definitivo delle clausole compromissorie "riflettono meramente l'intento contrattuale che le questioni confluite e risolte nell'arbitrato non debbono essere sottoposti *de novo* in nessuna Corte" e non impediscono alle parti soccombenti di sollevare le rilevanti obiezioni nei confronti dell'esecuzione del lodo); *Iran Aircraft Industries v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 145 (2d Cir 1992) (una clausola compromissoria che prevedeva il carattere "definitivo" e "vincolante" dell'arbitrato non aveva impedito di sollevare eccezioni contro l'esecuzione del lodo) *Cfr. Noble China Inc. v. Lei*, 42 Ont. Rep. (3d) 69, 87 (1998), in cui l'esclusione del riesame giudiziale ad opera delle parti preclude la richiesta di annullamento del lodo ai sensi dell'articolo 34 del Modello UNCITRAL. La Corte comunque sottolineò che, se ci fosse stata la prova di parzialità o di disonestà, il risultato avrebbe potuto essere diverso.

¹²⁰ Si veda la discussione relativa al caso *Metalclad*, *supra*. L'art.1136(3)(b) del NAFTA contempla espressamente il riesame giudiziale, prevedendo che per l'arbitrato disciplinato dalle clausole dei Servizi Aggiuntivi o dalle clausole UNCITRAL, l'esecuzione di un lodo non possa essere richiesta fino a quando una Corte accolga o rigetti una istanza di riesame o di annullamento del lodo e non ci sia nessun ulteriore appello, oppure siano trascorsi tre mesi senza che tale istanza sia stata presentata.

¹²¹ Si veda l'art.52 della Convenzione di Washington. Altre disposizioni ICSID per l'esecuzione dei lodi includono l'art. 53 (il lodo è vincolante e non è soggetto ad appello se non nei limiti previsti dalla Convenzione), l'art. 54 (ogni Stato contraente accetta di riconoscere i lodi e di dar esecuzione alle relative obbligazioni pecuniarie) e l'art. 55 (la Convenzione ICSID non deroga alle leggi nazionali in materia più importanti in materia di immunità sovrana, il che significa che gli estensori del contratto devono affrontare espressamente tale problema).

¹²² In un proprio studio del 1995, l'OECD ha adottato un approccio differente con riguardo a tale materia, proponendo che il proprio Comitato per gli Affari Fiscali dovesse agire quale equivalente funzionale della Banca Mondiale nell'occuparsi dei riesami simili a quelli presi in considerazione dal Comitato per le Impugnazioni Straordinarie dell'ICSID. Ci si chiede tuttavia quanto tale prospettiva sia realistica. L'OECD ha intenzione di diventare un'istituzione arbitrale? I partner non-OECD del trattato gradiranno la prospettiva di un simile ruolo? Ogni Stato contraente sarà pronto a riconoscere un lodo che i propri giudici ritengono sia stato procurato con la frode soltanto perchè l'OECD indica di farlo? In materia fiscale, l'OECD potrà pensare di esercitare lo stesso potere che ha la Banca Mondiale in materia di investimenti?

La World Trade Organization

Un modello non appropriato per l'arbitrato fiscale è il *Dispute Settlement Understanding* promulgato dal *Dispute Settlement Body* (DSB) istituito presso la *World Trade Organization* (WTO)¹²³. Al pari dello statuto dell'ICJ, il documento del DSB non riconosce alle parti private il diritto di instaurare il procedimento né di far definitivo assegnamento sulla decisione¹²⁴. Se una delibera adottata dal DSB non viene eseguita entro un periodo di tempo ragionevole, il *partner* commerciale offeso può rivalersi¹²⁵. Tuttavia l'importatore danneggiato sarebbe ancora soggetto alla tariffa "illegale"¹²⁶ se non esistesse un'azione di qualche tipo nell'ambito dei sistemi legali nazionali volta a rendere operante la decisione del DSB. Tale impostazione contrasta nettamente con quella adottata dalla *United Nations Arbitration Convention* (discussa in precedenza), che impone direttamente obblighi giuridici alle Corti dei paesi membri ed impone loro di sospendere i procedimenti giurisdizionali ordinari concorrenti e di dare esecuzione ai lodi come se si trattasse di sentenze delle corti nazionali.

La Internazionale Court of Justice

Un altro organismo che non merita un esame approfondito è quello della *International Court of Justice* (ICJ). Ai sensi dell'art. 36 dello statuto dell'ICJ uno Stato può disporre una cosiddetta "giurisdizione obbligatoria" attraverso l'esecuzione di un accordo o di una dichiarazione che le conferisce competenza. La giurisdizione dell'ICJ tuttavia concerne soltanto le dispute intentate dagli Stati¹²⁷, negando pertanto agli investitori il potere di avviare la procedura di soluzione stragiudiziale della controversia. Tale soluzione sarebbe alquanto insoddisfacente, perché il contribuente sarebbe "ostaggio" della politica adottata del proprio paese di residenza. È difficile comprendere il significato della giurisdizione arbitrale quando un'impresa danneggiata non abbia alcun diritto ad intraprendere rimedi giudiziari di sorta.

La necessità che debba essere uno Stato a "patrocinare" l'azione davanti alla ICJ potrebbe inoltre dar luogo a potenziali controversie sotto il profilo dell'"interesse ad agire". La Corte deve ascoltare le diverse tesi su quale stato abbia un'effettiva connessione con l'investitore, il che determina controversie del tipo di quella che sfociò nel rigetto da parte dell'ICJ della richiesta del Belgio di vedersi

¹²³ Si veda l'allegato 2 (Protocollo d'intesa sulle regole e le procedure per la composizione delle controversie, spesso citato come *Dispute Settlement Understanding* o DSU) dell'accordo di Marrakesh (del 15 aprile 1994) che istituiva la *World Trade Organization* nell'ambito dell'Uruguay Round del GATT quale entità distinta dalla WTO del 1947. I paesi membri emanarono le relative leggi di attuazione. Si veda, ad esempio, P.L.103-465, Dec.8, 1994. Elementi fondamentali del DSU includono l'Articolo 6 (istituzione di gruppi di discussione) e l'Articolo 16 (adozione dei verbali dei gruppi di discussione da parte del DSU).

¹²⁴ L'accordo di Marrakesh attribuisce diritti soltanto ai "Membri" dell'accordo (Stati o entità analoghe come Hong Kong). V., in generale, CAMERON & GRAY, "Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body," 59 *Int'l & Comp. L.Q.* 248 (2001); Swacker, Redden & Wenger, *World Trade Without Barriers* (1995); PETERSMANN, "Alternative Dispute Resolution: What Lessons for the WTO? *Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* 615 (Briner, Fortier, Berger & Bredow, eds., 2001).

¹²⁵ Le sanzioni previste dall'articolo 22 dell'allegato 2 del DSB includono sia la negoziazione fra Stati di indennizzi sia la rappsaglia da parte di uno Stato membro sotto forma di sospensione di concessioni.

¹²⁶ Cfr. il meccanismo di composizione di controversie anti-dumping previsto nel NAFTA (NAFTA Capitolo 19), che analogamente non prevede l'effetto di *res judicata* per le parti private.

¹²⁷ Articoli 34 e 35 dello Statuto ICJ.

riassegnare la proprietà di beni apparentemente espropriati dalla Spagna durante il regime di Franco, nel caso *Barcelona Traction*¹²⁸. Di conseguenza capita raramente che la ICJ assuma giurisdizione con riguardo a controversie originate da contratti commerciali e di investimento¹²⁹.

Le dottrine dell'Atto di Stato e dell'Immunità Sovrana

Sebbene le dottrine dell'Atto di Stato e dell'Immunità Sovrana non fanno esplicitamente parte della Convenzione Arbitrale delle NU, in molti paesi ci si può appellare ad entrambe le dottrine in relazione a lodi arbitrali che coinvolgono governi o atti governativi. Se interpretate correttamente, nessuna di queste dottrine dovrebbe essere di ostacolo all'arbitrato in materie fiscali. Inoltre, il trattato sulle imposte sui redditi può prendere espressamente in considerazione entrambe le dottrine (ed escludere che esse possano costituire eccezioni sollevabili nell'arbitrato fiscale), nel contesto dei limiti costituzionali esistenti nelle legislazioni nazionali.

In alcuni paesi la dottrina dell'"Atto di Stato" impedisce ai giudici di porre in questione gli atti di Governi stranieri¹³⁰. Sarebbe tuttavia errato ritenere che questa dottrina possa aver ripercussioni in materia di arbitrato fiscale, poiché la Corte presso cui si richiede il riconoscimento del lodo arbitrale sarà certamente più orientata a verificare la compatibilità del lodo con la propria politica fiscale che non con quella dell'altro Stato contraente. È comunque possibile formulare il trattato fiscale in modo da fugare esplicitamente ogni preoccupazione che la dottrina dell'Atto di Stato abbia ad interferire con l'arbitrato fiscale. Nulla vieta agli Stati contraenti di rinunciare all'applicazione della dottrina, come hanno fatto gli Stati Uniti in materia di arbitrato commerciale¹³¹.

Neppure l'Immunità Sovrana (talvolta chiamata Immunità di Stato) dovrebbe ostacolare l'arbitrato di controversie ricadenti nell'ambito del trattato sulle imposte sui redditi. Sottoscrivendo la clausola compromissoria, gli Stati contraenti rinunciano all'immunità giurisdizionale nelle materie rimesse al Tribunale arbitrale. Quando si richiede il riconoscimento del lodo alle Corti nazionali, si potrebbe verificare una di queste tre circostanze: (i) potrebbero venire pignorati i beni del contribuente; (ii) potrebbe venire preclusa ogni altra concorrente azione in via giurisdizionale; (iii) al governo potrebbe esser richiesto di erogare un indennizzo in base alla normativa vigente in quel paese.

¹²⁸ V., ad esempio, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belgium v. Spain)* (2d Phase), 1970 I.C.J. 3, 9 I.L.M. 227 (1970) (al Belgio non fu permesso di esporre i reclami degli azionisti belgi proprietari di quote in una società canadese che era stata effettivamente espropriata di proficui beni spagnoli).

¹²⁹ Per un'eccezione degna di nota, v. la decisione della *International Court of Justice* nella causa *Elettronica Sicula S.p.A. v. Italy* (il "caso ELSI") in 1989 I.C.J. 15 e 28 I.L.M. 1109 (1989). V. il paragrafo 48 del parere della I.C.J. che riproduce i termini dell'Articolo 36 del Trattato FCN del 1948 tra Italia e Stati Uniti. Riguardo al caso ELSI, si veda in generale Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice" 86 *Am. J. Int' L.* 92 (1992).

¹³⁰ V., ad esempio, *Banco Nacional v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964); *LIAMCO v. Libya*, 482 F. Supp. 1175 (S.D.N.Y. 1980) (rigettato perchè privo di rilevanza pratica, May 6, 1981, D.C. Cir. No. 80-1207); *Restatement (Third) of Foreign Relations Law*, pagg. 443-44.

¹³¹ V. 9 USC §15.

Legislazione nazionale sull'arbitrato

Le ragioni del coinvolgimento delle Corti nazionali

Di primo acchito può risultare enigmatico considerare che le Corti e i diritti nazionali debbano occuparsi di arbitrato fiscale internazionale, dal momento che l'essenza dell'arbitrato consiste nell'impegno a sottoporre la controversia ad un arbitro piuttosto che ad un Tribunale. Tuttavia, dopo un esame ponderato si rileva che la legislazione nazionale e la prassi giudiziaria locale vengono inevitabilmente coinvolte ogniqualvolta un contendente (sia esso un contribuente o un Governo) si penta di aver sottoscritto una clausola compromissoria e la causa finisce davanti ad un giudice per l'esecuzione del lodo. Se è legittimo avere opinioni diverse sulle motivazioni che rendono ammissibile l'impugnazione di un lodo da parte di un contendente insoddisfatto, ben pochi osservatori, se non nessuno, potrebbero sostenere che non dovrebbero mai esistere motivi per impugnare. Come misura minima dovrebbe esistere una qualche procedura per l'esame delle istanze secondo le quali il lodo arbitrale sarebbe stato emesso con mezzi illeciti. Pertanto, ironicamente, le Corti nazionali e le idiosincrasie della procedura locale finiscono per avere un ruolo nell'arbitrato fiscale proprio in virtù del fatto che la rinuncia vincolante alla giurisdizione ordinaria funziona soltanto se esiste qualche seppur minima garanzia procedurale¹³².

I due tipi di riesame

I trattati sulle imposte sui redditi dovrebbero escludere la revisione dei lodi fiscali da parte delle Corti nazionali, salvo che nel contesto di una richiesta di riconoscimento del lodo stesso. Per comprendere il significato di questa limitazione, è necessario esaminare prima le modalità secondo cui le Corti esercitano il proprio controllo sugli arbitrati in materia commerciale e di investimento.

La revisione giudiziale di un procedimento arbitrale può aver luogo secondo due modalità distinte e in due tempi diversi: (i) immediatamente dopo il lodo, nella sede arbitrale, mediante una domanda di convalida o di annullamento, e (ii) quando il lodo è presentato per il riconoscimento nello Stato dove esistono beni da aggredire¹³³. Nelle transazioni interne la distinzione tra questi due tipi di revisione raramente assumerà importanza, poiché entrambe hanno luogo nell'ambito dello stesso sistema legale. Nelle controversie internazionali, tuttavia, accertamenti finalizzati all'esecuzione ed esecuzioni possono aver luogo in paesi diversi.

Il secondo tipo di revisione (mediante richiesta di annullamento nel luogo ove ha avuto sede l'arbitrato¹³⁴) si conforma generalmente ad uno dei seguenti tre modelli:

¹³² In realtà, chiamare "lodo" una decisione che eccede la giurisdizione arbitrale presume un verdetto infondato.

¹³³ La Convenzione sull'arbitrato delle NU non stabilisce criteri di riesame più o meno legittimi dei lodi nel sito arbitrale. La revisione giudiziale sarà sottoposta solo alla legge arbitrale vigente in quel luogo che può disporre l'annullamento del lodo per qualsiasi motivo appropriato o anche per nessuno. Si confronti la posizione della Convenzione europea sull'arbitrato (Ginevra 1961) che all'art. IX definisce i presupposti di annullamento del lodo che giustificano il mancato riconoscimento dello stesso.

¹³⁴ Il sito arbitrale (detto anche "sede" arbitrale o luogo dell'arbitrato) sarà normalmente designato nel protocollo arbitrale. Per motivi di convenienza le udienze e le delibere possono essere tenute in luogo diverso dalla sede giudiziaria dell'arbitrato. Nell'arbitrato commerciale la funzione del sito arbitrale ha attirato notevole attenzione da parte della dottrina, che ha discusso animatamente i limiti entro i quali un arbitrato internazionale è soggetto alle norme cogenti del luogo dove ha sede l'arbitrato. La legge arbitrale del sito è distinta dalla legge applicabile alla sostanza della controversia e/o dalle regole procedurali interne (su questioni quali l'ammissibilità di mezzi probatori e l'esame incrociato dei testi), nonché dai trattati e dalla normativa che disciplina il riconoscimento di lodi stranieri. Alcuni paesi hanno deliberatamente ridimensionato l'impatto della legge locale sull'arbitrato internazionale.

(1) riesame del merito sostanziale della decisione¹³⁵, (2) riesame limitato a violazioni basilari in materia di legalità ed equità procedurali¹³⁶, ovvero, in alcuni casi, (3) rinuncia totale al riesame giudiziale¹³⁷. Il secondo modello (legalità ed equità o integrità procedurale) viene ritenuto normalmente il più adatto all'arbitrato ordinario di affari¹³⁸. Alcuni sistemi legislativi prevedono modelli ibridi e/o consentono alle parti di scegliere tra opzioni diverse.

Un sistema più agile sembra tuttavia più adatto all'arbitrato fiscale convenzionale. Una peculiarità dell'arbitrato fiscale sta nel fatto che le parti della controversia includono i due soli Stati in cui verrà richiesta l'esecuzione della decisione. Non sussiste pertanto una ragione evidente per cui questi due paesi non possano accordarsi per escludere l'annullamento nello Stato in cui ha avuto luogo l'arbitrato nonché gli effetti di tale annullamento nell'altro Stato. La sede dell'arbitrato deve essere scelta in uno dei due Stati contraenti, piuttosto che in una "terza nazione", secondo il modello tipico dell'arbitrato commerciale. Ciò assume particolare importanza in considerazione del fatto che la Convenzione delle NU consente di non riconoscere un lodo annullato nel luogo in cui è stato emesso.

Gli Stati contraenti dovrebbero concordare che le sole Corti autorizzate ad esaminare la legalità ed equità procedurale di un arbitrato dovrebbero essere quelle dello Stato alle cui Corti è richiesto il riconoscimento del lodo. Tale procedura di riesame "ad una sola battuta d'arresto" avrebbe il vantaggio di rendere le parti più disponibili a consentire che l'arbitrato abbia luogo nell'ambito territoriale di uno dei due paesi contraenti. Fino a quando verrà riconosciuta vigenza e valore alla "revenue rule", regola secondo cui uno Stato non dà esecuzione alle sentenze fiscali di un altro Stato¹³⁹, non sussisterà la contro-preoccupazione concernente la potenziale molteplicità dei luoghi di esecuzione del lodo.

Un ovvio inconveniente connesso ad un sistema di questo tipo consiste nel fatto che potrebbero essere emesse decisioni giudiziarie contraddittorie in materia di legalità ed equità procedurale. Ad esempio, un contribuente che ritenga che gli arbitri non gli abbiano adeguatamente concesso una opportunità di presentare il caso, lo stesso potrebbe trovare in uno Stato Corti più favorevoli rispetto a quelle un di altro Stato, in ragione delle differenze nei rispettivi orientamenti in materia di garanzie procedurali. Non sembrano esserci molte soluzioni al problema delle differenze nazionali nei concetti di equità procedurale e di giurisdizione – salvo adottare un modello in cui un organismo "sovranaazionale" venga investito dell'esclusiva autorità di valutare eccezioni giurisdizionali e altre impugnazioni procedurali¹⁴⁰.

¹³⁵ V., ad esempio, il paragrafo 69 dell'English Arbitration Act del 1996, che si applica in caso d'appello su questioni di diritto inglese, salvo che le parti abbiano stabilito diversamente.

¹³⁶ V., ad esempio, U.S. *Federal Arbitration Act*, §10.

¹³⁷ V., ad esempio, LDIP, Art.192 (per la Svizzera) e Code Judiciaire, art.1717(4) (per il Belgio).

¹³⁸ Senza la possibilità di richiedere l'annullamento di un lodo invalido nel luogo in cui è stato emesso, la parte soccombente dovrebbe opporsi al riconoscimento in tutti i paesi in cui i beni possono essere attaccati. V. Park, "Duty and Discretion in International Arbitration" 93 *Am. J. Int'l L.* 805 (1999).

¹³⁹ V. la decisione di Lord Mansfield in *Holman v. Johnson*, 98 Engl. Rep. 1120 (K.B. 1775). Per successive enunciazioni del medesimo principio, si vedano *HM Queen v. Giltberson.*, F2d 1161 (9th Cir. 1979); U.S. v. *Boots*, 80 F.3d 580 (1st Cir. 1996). Nell'Europa Continentale l'equivalente di tale principio si riscontra nel modo in cui l'applicazione delle convenzioni di Lugano e di Bruxelles viene circoscritta ai giudizi commerciali e civili.

¹⁴⁰ V. HOLTZMANN, "A task for the 21st Century: Creating a New International Court for Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards", in *The Internationalization of International Arbitration* 109 (Hunter, Marriott & Veeder, 1995) che include gli Atti della conferenza per il centenario della LCIA (1993).

RAPPORTI TRA L'ARBITRATO CONVENZIONALE E QUELLO DISCIPLINATO DALLE LEGGI NAZIONALI

Prevalenza sul trattato

Nella misura in cui le disposizioni del trattato in materia di arbitrato sono in contrasto con il diritto arbitrale nazionale, sarà a volte complesso stabilire come tali conflitti dovranno essere risolti. Per esempio, poiché la Costituzione degli Stati Uniti non istituisce una gerarchia tra trattati e norme federali¹⁴¹, tali leggi possono prevalere sui trattati¹⁴², come dimostra il ben noto esempio della tassazione "FIRPTA" dei profitti provenienti da investimenti immobiliari posseduti all'estero¹⁴³. Se il Congresso non si pronuncia, le Corti di norma fanno riferimento ai principi di interpretazione normativa, ivi compreso il principio che stabilisce la prevalenza delle disposizioni "temporalmente più recenti"¹⁴⁴.

L'impatto della legislazione nazionale in materia di arbitrato

L'applicazione della regola della prevalenza della normativa "temporalmente più recente" può essere problematica non solo con riguardo alle leggi tributarie, ma anche con riguardo alle questioni arbitrali. Ad esempio, le disposizioni basilari della normativa federale statunitense in materia di arbitrato risalgono al 1925,¹⁴⁵ e necessitano pertanto

¹⁴¹ V. l'Articolo VI, cl. 2 della Costituzione Americana. Sul conflitto fra trattati e statuti negli Stati Uniti, si veda, in generale, VAGTS, "The United States and its Treaties: Observance and Breach," 95 *Am. J. Int'l L.* 313 (2001); SMITH, "Tax Treaty Interpretation by the Judiciary" 49 *Tax Law.* 845, 848-49 (1996); SACHS, "Is the 19th Century Doctrine of Treaty Override Good Law for Modern Day Tax Treaties?" 47 *Tax Law.* 867 (1994); DOERNBERG, "Legislative Overrides of Income Tax Treaties: The Branch Profits Tax and Congressional Arrogation of Authority" 42 *Tax Law.* 173 (1989).

¹⁴² V. l'Int. Rev. Code § 7852(d) (che fin dal 1988 stabilisce che "né il trattato né la legge avranno uno status preferenziale" in luogo del testo precedente che assegnava una preferenza alle obbligazioni nascenti dal trattato "in vigore al momento di promulgazione di questo titolo"). Il riferimento ai trattati fiscali di cui all'Int. Rev. Code § 894(a) sancisce soltanto che la legge sarà applicata "con il dovuto rispetto" per gli impegni assunti nel trattato. V. anche *Technical and Miscellaneous Revenue Act* del 1988, § 1012, che afferma che determinati emendamenti enumerati "si applicheranno malgrado qualsiasi obbligazione convenzionale assunta dagli Stati Uniti esistente al momento della emanazione del *Reform Act*". La relazione del senato allegata all'Atto del 1988 affermava che si intendeva codificare "la dottrina giudizialmente riconosciuta relativa alla prevalenza della più recente espressione della volontà sovrana." S.Rep. No.100-445, pag. 325. Per un caso in cui viene applicato tale principio nel contesto del trattato Stati Uniti - Svizzera, si veda *Lindsey v. Comr.*, 98 T.C. 672 (1992).

¹⁴³ Section 1125, P.L. 96-499 stabilisce che nulla nell'*Internal Revenue Code* "sarà considerato, in ragione delle obbligazioni assunte dagli Stati Uniti col trattato, suscettibile di esenzione da (o di riduzione di) di ogni imposizione" sui guadagni da atti di disposizione di interessi su beni immobili ai sensi dell'Int. Rev. Code § 879.

¹⁴⁴ Per le reazioni dei *partners* degli Stati Uniti nel trattato, si veda "Memorandum from the Group of Six on Certain Treaty Override Issues" (July 15, 1987), riedito in 36 *Tax Notes* 437 (1987) (dall'Unione Europea) che afferma che la violazione unilaterale di un trattato fiscale "compromette la certezza e la sicurezza volute dagli accordi internazionali" e pone in questione l'"utilità totale" del trattato stesso. Si veda anche la *OECD Resolution* del 2 ottobre 1989, riedita in 2 *Tax Notes Int'l* 30 (1990).

¹⁴⁵ Gli emendamenti apportati negli anni '70 implementano le Convenzioni sull'arbitrato di New York e Panama, mentre gli emendamenti degli anni '80 escludono che le dottrine dell'"Atto di Stato" e dell'immunità sovrana abbiano effetti sull'arbitrato. Si vedano gli articoli 9 USC, capitoli II e III, (Convenzioni di New York e Panama, rispettivamente); 9 USC § 15 (dottrina dell'Atto di Stato); 28 USC § 1605(a)(6) (immunità dalla giurisdizione); 28 USC § 1610(a)(6) (immunità dall'esecuzione).

di una revisione¹⁴⁶. Inoltre, l'*Uniform Arbitration Act*¹⁴⁷ (la normativa uniforme sull'arbitrato adottata a livello statale anziché federale), che è stato recentemente emendato, può, se ratificato dagli Stati, avere un impatto sull'arbitrato fiscale¹⁴⁸.

Per indirizzare l'attività interpretativa della giurisprudenza nel risolvere potenziali conflitti tra le disposizioni del trattato e le disposizioni nazionali in materia di arbitrato o di procedure fiscali, il testo del trattato dovrebbe sancire espressamente l'intento di far prevalere il trattato stesso su qualsiasi normativa successivamente promulgata che sia incompatibile con il trattato stesso. A salvaguardia dell'arbitrato fiscale, il trattato e la legislazione nazionale dovrebbero specificare che gli Stati contraenti intendono far prevalere il trattato sulla normativa e sulla giurisprudenza nazionale incompatibile.

POTENZIALI OBIEZIONI DI ORDINE PUBBLICO ALLA VINCOLATIVITÀ DELL'ARBITRATO FISCALE

La Sovranità

Tra le riserve che ostacolano l'affermazione dell'arbitrato fiscale internazionale, poche sono maggiormente condivise come quella secondo cui la risoluzione privata di materie fiscali costituisce un pericolo per la sovranità nazionale. Difficile da definire, il termine "sovranità" è utilizzato per richiamare concetti che gravitano attorno alla definizione dell'essenza delle funzioni governative, tra le cui esplicazioni rientra il diritto di escutere i tributi¹⁴⁹. L'opposizione al carattere vincolante dell'arbitrato fiscale ricorda l'ostilità giudiziaria, ormai da tempo superata, nei confronti dell'arbitrato in materia di concorrenza, mercato azionario e brevetti, quando gli arbitri erano accusati di parzialità a favore delle imprese rendendoli apparentemente simili a volpi poste a guardia di un pollaio¹⁵⁰.

¹⁴⁶ V., ad esempio, CARTER "Federal Arbitration Act Seen as Out of Step with Modern Laws," 5 *News and Notes From Institute for Transnational Law* 1 (1990); Report of the Committee on State International Arbitration Statutes (ABA Subcommittee, Section on International Law and Practice, Mar.1990).

¹⁴⁷ Approvato dalla National Conference of Commissioners of Uniform State Laws, Conferenza annuale, 28 Luglio - 4 Agosto 2000 (St. Augustine, Florida).

¹⁴⁸ Sebbene il *Federal Arbitration Act* prevalga generalmente sulle leggi statali incompatibili, la legislazione di uno Stato può tuttavia essere applicata a contratti tra Stati per colmare lacune della legislazione federale. In determinate questioni, i tribunali federali possono far riferimento alla legislazione di uno Stato, oppure possono effettuare un'analisi sulla scelta della legge da applicare che porta all'applicazione di leggi statali. Un ampio contenzioso è stato ingenerato dalla necessità di stabilire in quali circostanze la regolamentazione arbitrale statale promuova anziché restringa le politiche arbitrali federali. Alcuni Stati, ad esempio, consentono il sequestro preventivo nei casi che non rientrano nel diritto marittimo, permettono la riunione di procedure arbitrali connesse o limitano l'intervento nella procedura arbitrale di avvocati che non esercitano in quello stato. Tutte queste problematiche non sono disciplinate dalla legislazione federale.

¹⁴⁹ V., in generale, il simposio su *American Sovereignty: Issues for the New Administration and the New Decade*, 2 *Chicago J. Int'l Law* (Fall 2002). Il termine deriva dal latino *super* che significa "sopra". La dottrina dell'Europa continentale a volte si riferisce alla sovranità quale potere "sugli altri" ("*au dessus des autres*") e come "massima autorità" (*die höchste Staatsgewalt*). In questo senso si parla di sovranità "vestfaliana" con riferimento alla pace di Vestfalia del 1648 che pose termine alla guerra dei trent'anni, accentuando l'autonomia dei principi tedeschi. Altri usi del termine sovranità includono l'autonomia politica interna (il governo federale statunitense è sovrano in determinate materie) e il riconoscimento di uno Stato da parte di un altro.

¹⁵⁰ I pregiudizi contro l'arbitrato sono discussi nella sentenza basilare della Corte Suprema Statunitense in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

Non risulta tuttavia completamente chiaro perché le materie fiscali dovrebbero godere di un trattamento speciale in un mondo in cui l'arbitrato di controversie in materia di investimenti è alquanto comune. Le controversie relative alle nazionalizzazioni comportano pericoli per la sovranità simili, da un punto di vista funzionale, alla perdita del potere di raccogliere tributi ed attengono ad importanti prerogative sovrane, quali la regolamentazione del territorio, le risorse naturali e le infrastrutture economiche del paese. Per anni si è imposto ai paesi in via di sviluppo di sottoporre le controversie in materia di investimenti all'arbitrato, considerato dalle multinazionali come un tribunale più neutrale, da un punto di vista politico e procedurale, degli organi giurisdizionali dello Stato ospite¹⁵¹.

I Governi sottopongono ad arbitrato le controversie in materia di espropriazione anche quando sono questi coinvolgono interessi nazionali vitali quali le risorse naturali e le infrastrutture economiche. L'arbitrato su controversie relative a nazionalizzazioni comporta sempre il rischio di conseguenze finanziarie e pregiudizi alla sovranità, non diversi dalla perdita del potere di escutere tributi, essendo la regolamentazione del territorio una prerogativa della sovranità nazionale al pari della tassazione.

L'approccio corretto sarebbe di iniziare con proposte che rappresentino il miglior sistema che si possa concepire di risoluzione delle controversie e poi aspettare la reazione delle forze politiche. In un campo così tecnico come quello del diritto tributario internazionale, i politici spesso seguono il consiglio di specialisti e lobbisti. Tra gli esperti di diritto tributario, una certa resistenza all'arbitrato è spesso il risultato di una mancanza di conoscenza effettiva del settore, più che di un'analisi approfondita. Inoltre, se si tien conto di cosa c'è effettivamente in gioco, ci si può chiedere se, in pratica, vi sia motivo di tante preoccupazioni. È inverosimile che la decisione che statuisca che l'aliquota di una *royalty* debba essere del 7% anziché del 6% oppure che il prezzo di un prodotto debba essere di \$ 1.50 anziché \$ 1.75, possa pregiudicare la sicurezza nazionale.

Il problema della sovranità riflette molte delle preoccupazioni sollevate dal cosiddetto dibattito sulla globalizzazione, che tanto ha attratto l'attenzione dei mezzi di telecomunicazione di massa a causa degli atti di protesta ai raduni internazionali degli ultimi sette anni, da Seattle a Genova.

Non tutti accettano la teoria di Ricardo del vantaggio comparativo né condividono l'assunto secondo cui il commercio e gli investimenti internazionali determinano un beneficio complessivo netto a livello mondiale.

Le lezioni del NAFTA

L'Arbitrato in materia di investimenti ai sensi del capitolo 11

Anticipando le potenziali obiezioni all'arbitrato fiscale, studiosi e operatori politici possono entrambi fare riferimento alle recenti critiche mosse all'arbitrato in materia di investimenti, condotto secondo le norme del cap. 11 del *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), che attribuisce automaticamente agli investitori stranieri il diritto

¹⁵¹ V., ad esempio, PETER, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements* (Kluwer 2d ed. 1995). Esempi ben noti di arbitrati in materia di espropriazione sono *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Libya*, 482 F. Supp. 1175 (D.D.C. 1980), *vac'd without op.* 684 F.2d 1032 (D.C. Cir. 1981); *Texaco Overseas Petroleum Co (TOPCO)/California Asiatic Oil Co. (CALASIATIC) v. Libya*, 17 I.L.M. 1 (1978).

di ricorrere all'arbitrato per le cause relative a nazionalizzazioni irregolari¹⁵². Le domande possono essere inoltrate direttamente da un investitore oppure per conto di un'impresa controllata direttamente o indirettamente proprietà dall'investitore stesso¹⁵³. Il NAFTA consente ad un investitore danneggiato di scegliere l'arbitrato regolato dalla normativa dell'ICSID della *World Bank* (la regolamentazione sui cosiddetti "Servizi Addizionali") oppure l'arbitrato condotto secondo le regole adottate dall'*United Nations Commission on International Trade* ("UNCITRAL")¹⁵⁴.

Tradizionalmente le multinazionali americane hanno imposto l'arbitrato quale metodo di composizione delle controversie in materia di investimenti con i paesi dell'America Latina. L'arbitrato era giustificato come un modo per "livellare il campo di gioco" e ridimensionare la prospettiva della "giustizia casalinga" dello Stato ospite, salvaguardando così i beni da un'espropriazione senza indennizzo. Dal momento che non esiste nessuna Corte sovranazionale dotata di giurisdizione obbligatoria per determinare il giusto indennizzo per i beni nazionalizzati¹⁵⁵, in assenza di affermazioni di protezione diplomatica, agire in giudizio nello Stato che espropria continua ad essere l'estremo e l'unico rimedio per definire le controversie in materia di investimenti¹⁵⁶. Pertanto la parzialità reale o supposta dei giudici del paese ospite può ingenerare una ansia commerciale che inibisce le transazioni internazionali creatrici di benessere e che scoraggia la cooperazione economica internazionale¹⁵⁷.

Ad ogni modo, a seguito dell'entrata in vigore del NAFTA nel 1994, le polemiche sono state indirizzate nella direzione opposta. Si è richiesto agli Stati Uniti di arbitrare le cause intentate da investitori canadesi e messicani. Non sorprende che quando le cause per atteggiamento o condotta iniqua venivano intentate *contro* il Governo statunitense, l'arbitrato appariva in modo diverso, in qualche misura meno allettante, di quando invece le compagnie statunitensi erano gli investitori. L'apprezzamento della neutralità degli arbitri si era trasformato in un coro di proteste concernenti la pretesa violazione della sovranità nazionale e della democrazia. Un campo da gioco livellato non appariva più di assoluto beneficio. È stato detto che l'accordo NAFTA minava legittime regolamentazioni governative, sfidava le prerogative legi-

¹⁵² Questioni correlate sorgono con gli accordi finalizzati ad utilizzare l'arbitrato per comporre controversie in materia di investimento direttamente con l'investitore straniero nell'ambito ICSID della *World Bank*, con assenso sovente dato mediante sottoscrizione di un *Bilateral Investment Treaty* (BIT). V., DOLZER & STEVENS, *Bilateral Investment Treaties* (1995); COBB, "Development of Arbitration in Foreign Investment," 16 *Int'l Arb. Rep.* 48 (Apr. 2001).

¹⁵³ NAFTA Art. 1116.

¹⁵⁴ NAFTA Art. 1120.

¹⁵⁵ L'esperienza della *International Court of Justice* (ICJ) è limitata sia dalla tradizione che da limiti giurisdizionali. Per un caso commerciale che giunse fino all'ICJ, si veda *Elettronica Sicula SPA (ELSI) (U.S. v. Italy)*, 1989 ICJ 15 (1989) (in cui non si ritenne sussistere alcuna illecita appropriazione a proposito della requisizione da parte dell'Italia della fabbrica e degli impianti di proprietà di cittadini americani allo scopo di impedire la programmata liquidazione).

¹⁵⁶ Nella maggior parte dei casi ci si potrebbe aspettare che gli investitori preferiscano l'arbitrato rispetto al processo più gravoso di ottenere protezione diplomatica da parte della propria nazione. Potrebbero verificarsi delle eccezioni quando il presupposto del reclamo sia debole e lo Stato investitore avesse una certa influenza nel paese ospite.

¹⁵⁷ La percezione che una controversia non sia imparziale può essere altrettanto rilevante che la realtà del fatto. Da uno studio sulle azioni civili federali negli Stati Uniti dal 1986 al 1994 risultò che effettivamente le parti straniere ottennero risultati migliori di quelle nazionali. V. CLERMONT e EISENBERG, "Xenophilia in American Courts", 109 *Harv.L.Rev.* 1122, 1133-34 (1996). Una spiegazione di questo risultato insospettabile sta nel timore di parzialità giudiziale e della giuria che induce le parti straniere a comporre la vertenza piuttosto che a proseguire fino alla decisione definitiva, salvo che le loro cause abbiano una spiccata probabilità di successo.

slative e autorizzava Tribunali stranieri male informati ad assumere certe decisioni. La procedura fu criticata per la riservatezza (sovente detta “mancanza di trasparenza”), per l’incertezza e per la mancata assunzione di responsabilità da parte delle autorità nazionali ed etichettata come poco più di uno strumento per anteporre la logica affaristica avanti l’interesse pubblico e la democrazia. Si levarono voci secondo le quali l’arbitrato in materia di investimenti violava le prerogative nazionali¹⁵⁸. Procedure arbitrali contro gli Stati Uniti, ad esempio, furono intentate quando la California bandì gli additivi della benzina¹⁵⁹, quando un giuria del Mississippi ordinò un risarcimento danni a favore di un direttore di esequie del Manitoba¹⁶⁰ e quando una Corte del Massachusetts giudicò legittimo il rifiuto della città di Boston di vendere terreno ad un imprenditore immobiliare di Montreal¹⁶¹.

Una delle reazioni più singolari all’accordo NAFTA apparve, nel dicembre 2001, in un annuncio pubblicitario del *Washington Post* che sollecitava il ritiro di un progetto di legge in materia commerciale (approvato infine dalla *House of Representatives* con un solo voto di scarto), che attribuiva al presidente il potere di “rapido intervento” per negoziare accordi nell’area di libero scambio basati sul modello NAFTA. L’arbitrato in materia di investimenti venne criticato con il titolo “Rapido intervento di attacco ai valori americani” e con didascalie del tipo “Tribunali segreti per le imprese” e “i soldi dei contribuenti americani agli inquinatori stranieri”¹⁶².

Alcuni membri del Congresso inoltre si lamentarono che i Tribunali del NAFTA ignoravano la normativa in materia di salute e di diritto del lavoro ed esprimevano la preoccupazione di poter essere ritenuti responsabili delle idiosincrasie di autorità locali e Tribunali statali¹⁶³. Durante un dibattito su un disegno di legge per stanziamenti

¹⁵⁸ V. in generale, BROWER & STEVEN, “Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11”, 2 *Chi. J. Int’l L.* 193, 198 (2001); PRICE, “Some Observations on Chapter Eleven of NAFTA,” 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 421 (2000); ABBOTT, “The Political Economy of NAFTA Chapter Eleven; Equality Before the Law and the Boundaries of North America Integration,” 23 *Hastings Int’l & Comp. L. Rev.* 303,306 (2000).

¹⁵⁹ *Methanex Corp. v. USA*, richiesta emendata presentata il 12 febbraio 2001 da Jones, Day, Reavis & Pogue, Washington, D.C. Disponibile sul sito www.naftaclaims.com.

¹⁶⁰ *Loewen Group, Inc. v. U.S.A.*, ICSID Case No.ARB (AF)/98/3, Interim Award on Jurisdiction, Jan.5, 2001. La sentenza di 500 milioni di dollari includeva 400 milioni di dollari di risarcimento danni. La domanda era basata sugli articoli 1105 e 1110 del NAFTA. La ricca trama di questa controversia è esposta nell’articolo di Harr “The Burial” *The New Yorker*, Nov. 1, 1999, a pag. 70 dove si descrivono il *background* dell’attore del Mississippi, Jeremiah O’Keefe, il suo legale della Florida, Willy Gary, le presunte critiche xenofobe alla giuria, e le circostanze relative al pagamento di \$175 milioni di dollari per la composizione della controversia.

¹⁶¹ *Mondev International Ltd. v. USA*, Notice of Arbitration, Sept.1, 1999, pag.74. Caso ICSID No. ARB(AF)/99/2, derivante da *Lafayette Associates v. Boston Redevelopment Authority*, 427 Mass.509, 694 N.E. 2d 820 (1998).

¹⁶² L’annuncio era stato sponsorizzato da “Public Citizen’s Global Trade Watch” di Ralph Nader. Si veda il *Washington Post*, del Wednesday Dec. 5, 2001, A-5, messo dalla divisione *Global Trade Watch del Public Citizen* (www.citizen.org). In un servizio speciale della rete televisiva PBS condotto da Bill Moyers, il capitolo 11 del NAFTA fu definito uno “strumento di estorsione” e un “raggiro della Costituzione” in cui “Tribunali segreti possono costringere i contribuenti a spendere milioni di dollari in cause giudiziarie”. Si veda la copia di “Trading Democracy”, Feb.1, 2002, al sito www.pbs.org/now.

¹⁶³ V. il dibattito su HR 2670, un disegno di legge per stanziamenti in bilancio per i Dipartimenti del Commercio, di Giustizia e di Stato, su 145 Cong. Rec., HR, 106th Cong. 1st Session, Aug.5, 1999, H-7638. Lo statuto federale vieta l’impugnazione delle leggi di uno Stato incompatibili con il NAFTA, “eccetto che in una azione perpetrata dagli Stati Uniti [cioè dal governo federale] allo scopo di dichiarare tale legge nulla o impedirne l’applicazione.” 19 USC §3312(b)(2), che codifica il §102(b) del NAFTA *Implementation Act*. Simile protezione è accordata alle leggi di uno stato in conflitto con gli accordi commerciali dell’*Uruguay Round*. 19 USC §3512(b)(2). Un emendamento al disegno di legge proposto dal repubblicano Kucinich (Ohio) avrebbe impedito al Dipartimento di Giustizia di utilizzare i fondi assegnati per invalidare leggi di uno stato in contrasto col NAFTA, come ad esempio per il requisito azionario nel Mississippi nel caso *Loewen*. L’emendamento fu bocciato con 196 voti favorevoli e 226 contrari.

in bilancio, un membro del congresso ebbe a lamentarsi che il dipartimento di giustizia dovesse talvolta citare in giudizio i Governi locali per far rispettare le decisioni del NAFTA, e in uno slancio di entusiasmo dichiarò: “Tutto ciò è pazzesco!... Dobbiamo restare uniti per proteggere la sovranità delle leggi americane”¹⁶⁴.

Pur essendo comprensibili molte perplessità dello Stato ospite riguardo all'arbitrato NAFTA (in particolare l'ambiguità nel definire in cosa consista un trattamento “imparziale ed equo” e quali regolamentazioni amministrative diano luogo ad espropriazioni anomale governative che comportino l'obbligo di idennizzo), la sostanza del problema sta semplicemente nel fatto che una nazione industrializzata sta sperimentando una perdita di controllo nella soluzione delle controversie economiche. In larga misura il dibattito non verte tanto su *quali* metodi si debbano applicare, ma su *chi* debba avere il potere decisionale su questioni che hanno effetti diretti sugli interessi economici sia dell'investitore che dello stato ospite.

L'aspetto peculiare del NAFTA sta nella creazione di un diritto ad agire attribuito a singoli, in forza del quale gli investitori stranieri superano le procedure politiche finalizzate ad ottenere la protezione diplomatica. I Tribunali arbitrali sono divenuti Corti d'appello su questioni di vitale importanza con la prospettiva che gli arbitri possano assumere decisioni diverse da quelle che assumerebbero i giudici nazionali¹⁶⁵. È inevitabile che in determinati ambienti sorgano timori analoghi qualora gli Stati Uniti dovessero decidere di conferire agli arbitri il potere di prendere decisioni in materia fiscale.

Il “veto fiscale” del NAFTA

Nel contesto delle proposte per l'arbitrato nelle controversie relative ai trattati sulle imposte sui redditi c'è un aspetto del NAFTA che merita specifica menzione. Quando un presunto esproprio viene attuato attraverso “misure fiscali”, le competenti autorità fiscali degli Stati interessati possono porre il veto al diritto dell'investitore di ricorrere all'arbitrato¹⁶⁶. L'investitore, nel momento stesso in cui avverte lo Stato ospite della propria intenzione di dare avvio ad una procedura arbitrale, deve anche

¹⁶⁴ 145 Cong. Rec., HR, 106th Cong. 1st Sess., Aug.5, 1999, H-7368. Il deputato Tierney (Massachusetts) aveva espresso la preoccupazione che il progredire della globalizzazione potesse comportare il “sacrificio delle leggi locali e nazionali a favore di diritti mal definiti di investitori internazionali”. Il deputato Shows (Mississippi) si oppose al fatto che si acconsentisse a che “dollari dei contribuenti americani servissero a pagare avvocati americani intenti a sostenere un'impresa straniera la quale contestava le leggi di uno Stato americano in Tribunale”. *Id.*, il deputato Bonior (Michigan) aggiunse “il problema....è molto chiaro: i diritti dell'investitore dovrebbero aver la priorità sul diritto di promulgare una messa al bando di prodotti chimici cancerogeni?” *Id.*, si noterà ovviamente che il NAFTA proibisce la discriminazione, non il diritto di bandire prodotti cancerogeni. La sostanza della preoccupazione sembrerebbe essere che gli arbitri che giudicano cause relative ad atti di discriminazione possano rendere inefficaci regolamentazioni sanitarie altrimenti legittime.

¹⁶⁵ Le preoccupazioni espresse dagli oppositori del NAFTA si sovrappongono anche alle innumerevoli apprensioni sollevate dal cosiddetto dibattito sulla “globalizzazione” che ha attirato tanta attenzione a causa delle proteste alle conferenze internazionali da Seattle a Genova. Non tutti gli osservatori oggi accettano la teoria del vantaggio comparativo di Ricardo né condividono l'assunto che commerci e investimenti oltre confine portino al mondo un beneficio netto. In larga misura l'opposizione di questi gruppi è stata responsabile del fallimento dell'accordo *Multilateral Agreement on Investment* sponsorizzato dall'OECD. V. GRAHAM “National Treatment of Foreign Investment: Exceptions and Conditions” 31 *Cornell Int'l L. J.* 599 (1998).

¹⁶⁶ L'articolo 2103(6) del NAFTA afferma che le disposizioni dell'Articolo 1110 in materia di espropriazione “si applicheranno alle misure fiscali salvo che nessun investitore possa invocare quest'articolo come fondamento per una azione [per la composizione di una controversia di investimento], quando si è determinato che in base a questo paragrafo tale misura non costituisca un'espropriazione”.

sottoporre la misura fiscale all'esame delle competenti autorità tributarie. L'investitore può dare avvio all'arbitrato soltanto se le autorità competenti "non accettano di prendere in considerazione il problema o, avendo acconsentito a prenderlo in considerazione, non concordano sul fatto che tale misura non costituisca un'espropriazione"¹⁶⁷. Questa clausola, infelicemente formulata, come "empasse negativa" concede alle autorità competenti sei mesi per decidere la questione, trascorsi i quali l'investitore può dar avvio all'arbitrato¹⁶⁸.

Il NAFTA non suggerisce che le materie fiscali non siano compromettibili. Il trattato dice piuttosto che le autorità fiscali dello Stato ospite e dello Stato dell'investitore possono bloccare l'arbitrato. Il "veto fiscale" richiede l'unanimità: entrambe le autorità competenti devono "convenire che la misura in questione non costituisca un'esproprio"¹⁶⁹. Pertanto, se gli USA fossero accusati di espropriare beni di un investitore canadese, il ricorso all'arbitrato sarebbe precluso soltanto se il dipartimento del tesoro USA e il dipartimento delle entrate canadese concordassero che non si è trattato di un'espropriazione¹⁷⁰. È presumibile che le autorità canadesi esiterebbero ad accondiscendere all'espropriazione a danno di un proprio cittadino semplicemente perché a tale sottrazione è stata data un'apparente legittimità fiscale e rifiuterebbero quindi di associarsi al veto sull'arbitrato¹⁷¹.

Una possibile spiegazione del "veto fiscale" risiede nel fatto che il procedimento arbitrale del NAFTA non era stato concepito per essere utilizzato contro le misure fiscali a carattere ordinario. Il procedimento verrebbe stravolto ed utilizzato in modo erraneo se misure fiscali ordinarie dessero luogo ad accuse di espropriazione. Per distinguere la tassazione ordinaria da misure punitive volte a confiscare investimenti stranieri, il "veto fiscale" presuppone che le Amministrazioni tributarie del paese ospite e di quello dell'investitore operino una distinzione preliminare tra tassazione ordinaria ed abnorme.

In realtà il "veto fiscale" si attua attraverso prelievi fiscali effettuati in via indiretta¹⁷², mediante una tassazione volta a forzare l'abbandono di attività di investi-

¹⁶⁷ È dubbio (almeno per l'autore di questo articolo) se l'inadempienza di un investitore nei confronti delle autorità competenti di riferimento (in buona fede o per un'ingenua ed errata interpretazione dei propri doveri) consenta un intervento *sua sponte* da parte delle autorità fiscali dello Stato ospite.

¹⁶⁸ La versione in lingua inglese contiene una piccola ambiguità nel punto in cui consente che l'arbitrato vada avanti "se le autorità competenti non concordano nel prendere in esame la questione o avendo concordato di esaminarla, non giungano ad un accordo sul fatto che non si tratta di una misura di espropriazione, entro un periodo di sei mesi dalla data di questa comunicazione [da parte dell'investitore]". Interpretare il limite di sei mesi come applicabile solo alle autorità competenti che hanno accettato di ascoltare la questione (in contrapposizione ad ignorare o di rifiutare di prendere in considerazione l'istanza dell'investitore) avrebbe poco senso in questo contesto.

¹⁶⁹ Art.2103 del NAFTA.

¹⁷⁰ V. Annex 2103.6 del NAFTA. L'autorità competente per gli Stati Uniti sarebbe l'*Assistant Secretary of the Treasury* (politica fiscale), per il Canada sarebbe l'*Assistant Deputy Minister for Tax Policy* e per il Messico sarebbe il *Deputy Minister of Revenue* o la *Secretaria de Hacienda y Credito Publico* (Ministro delle finanze e del credito pubblico).

¹⁷¹ Il veto fiscale, ai sensi della sua definizione, si applica solo a rivendicazioni di espropriazione impropria ai sensi dell'art. 1110 del NAFTA. Per contro, rivendicazioni per violazioni di altri obblighi dello Stato ospite ai sensi del capitolo 11 del NAFTA (quali "trattamento corretto ed equo" econdo l'art. 1105) possono sottrarsi alla giurisdizione delle rispettive autorità fiscali nazionali.

¹⁷² Si veda, ad esempio, *Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd (Belgium v. Spain) (2nd Phase)*, 1970 I.C.J. 3, 9 I.L.M. 227 (1970) (le autorità spagnole presero possesso del patrimonio di una società canadese attraverso il rifiuto di permettere il trasferimento della valuta straniera necessaria). V. in generale WESTON, "Constructive taking under International Law: A Modest Foray into the Problem of Creeping Expropriation", 16 *Va. J. Int'l. L.* 103 (1975). V. anche VEEDER, "The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas", 47 *Int'l & Comp. L. Q.* 747 (1998) (discussione del caso *Goldfields v. USSR*, deciso il 3 Settembre 1930).

mento, semplicemente imponendo una tassa sul valore economico, oppure favorendo i concorrenti dell'investitore con un regime fiscale meno oneroso. Tali forme subdole di esproprio sottraggono arbitrariamente ricchezza ad un investitore attraverso una manipolazione del sistema legale¹⁷³.

Per loro espressa previsione, le disposizioni del NAFTA possono essere disattese dai trattati fiscali. L'articolo 2103 statuisce che "nel caso di incompatibilità fra questo Accordo e qualunque trattato [in materia di tassazione dei redditi], dovrà prevalere il trattato [sulla tassazione del reddito]"¹⁷⁴. Presumibilmente un arbitrato regolato da un trattato sulla tassazione dei redditi non sarebbe soggetto al veto previsto dal NAFTA.

Ci si può chiedere per quale motivo questo *triage* debba aver luogo a livello amministrativo. Se agli arbitri possono essere affidati importanti interessi nazionali, come quelli relativi all'espropriazione di risorse naturali di vitale importanza, non è chiaro perché debbano sussistere dei preconcetti contro un Tribunale arbitrale che esamini una causa di esproprio effettuato attraverso misure fiscali.

La tesi della "non necessità" del carattere vincolante

Si potrebbe sostenere che la risoluzione di controversie fiscali non debba necessariamente avere carattere vincolante e che non si vede l'esigenza di far riferimento ad uno schema legale quale la Convenzione sull'arbitrato delle NU, che stabilisce quando i Tribunali devono o non devono attribuire ai lodi efficacia di *res judicata*. Si potrebbe argomentare che le Amministrazioni fiscali dovrebbero rispettare le clausole compromissorie per ragioni di "correttezza formale" sì da rendere inutile l'adozione di procedure tediose per il riconoscimento dei lodi e di controllo delle garanzie procedurali.

Tuttavia né le autorità fiscali né i tributaristi hanno dato segno di comportarsi diversamente dal resto dell'umanità. Non c'è motivo di pensare che le Amministrazioni fiscali o i contribuenti esiteranno ad opporsi a decisioni che ritengono irragionevoli o arbitrarie, specialmente quando sono in gioco grossi capitali. La probabilità che una controversia del valore di diversi milioni di dollari determini una reazione non è minore soltanto perché la somma in questione concerne un'imposizione fiscale piuttosto che un risarcimento di danni in via contrattuale. Se i Governi si sforzassero di cooperare in modo ragionevole, non vi sarebbe motivo di tanta insoddisfazione nel sistema attualmente esistente. Inoltre, essendo uomini come tutti gli altri, gli arbitri fiscali non sono intrinsecamente meno inclini a *lapsus* occasionali di quanto non lo siano quelle persone eminenti prescelte per arbitrare controversie commerciali e in materia di investimenti.

¹⁷³ Nel tentativo di distinguere una tassazione ordinaria da una abnorme, è presumibile che le autorità fiscali si basino su nozioni fiscali culturalmente influenzate. Ad esempio, gli americani possono fare riferimento agli schemi del sistema fiscale USA più o meno come fanno ora per caratterizzare "l'imposta sul reddito" ai fini del credito d'imposta. V., ad esempio, Regs. § 901-2(a) che stabilisce che se una imposta estera è una "imposta sul reddito" deve essere deciso secondo criteri che permettano che questa misura sia equivalente in via sostanziale con una analogamente intesa negli Stati Uniti.

¹⁷⁴ Art. 2103 del NAFTA.

CONCLUSIONE: L'INTERNAZIONE TRA INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI

Il moralista francese le Marquis de Vauvenargue una volta ebbe ad osservare che: “neppure i nostri fallimenti possono sempre porre rimedio ai nostri errori”¹⁷⁵. A tutt’oggi tale osservazione sembra trovare conferma nella diffusa esitazione dei trattati fiscali ad adottare l’arbitrato vincolante, nonostante l’inadeguatezza del meccanismo esistente per la composizione delle controversie. Attualmente, né i contribuenti né i Governi dispongono di sistemi affidabili per risolvere controversie in materie regolate dai trattati fiscali. I procedimenti giudiziari nazionali mancano di neutralità politica e gli sforzi per raggiungere accordi reciproci tra autorità competenti sono inficiati da ritardi, incertezze e temporeggiamenti. Questa lacuna nell’istituire un meccanismo efficace di risoluzione delle controversie sovente sorprende negativamente i *managers* che si aspetterebbero che un trattato denominato “Convenzione per evitare la doppia tassazione” tenesse fede alle proprie promesse.

La questione fondamentale non è “L’arbitrato fiscale sarà in grado di funzionare?”, ma piuttosto “In che termini l’arbitrato potrà sostituirsi all’attuale sistema di composizione delle controversie?”. La migliore congettura è che l’arbitrato rappresenti un progresso considerevole. Se la procedura arbitrale è disegnata e regolata diligentemente, ci si può aspettare che arbitri ben selezionati assumano decisioni corrette in grado inoltre di realizzare gli obiettivi comuni dei paesi firmatari il trattato fiscale. E gli arbitri dovrebbero realizzare quanto detto in modo più efficiente rispetto ai Tribunali nazionali o alle negoziazioni amministrative.

Nella speranza che il buon senso trionfi sull’inerzia, il modello preliminare di trattato accluso nell’appendice suggerisce testualmente un modo di potenziare un efficiente arbitrato fiscale internazionale.

Nessuno dei suggerimenti contenuti in tale modello è tuttavia inciso nella pietra. Delineare un sistema per arbitrare le materie regolate dai trattati fiscali richiederà un processo di aggiustamento raffinato. Ad un certo punto, comunque, i Governi dovranno intraprendere un primo passo obbligatorio ed impegnarsi con un meccanismo di arbitrato che sia imperativo e vincolante.

Interessi pubblici e privati invocano un’interpretazione coerente e giuridicamente corretta dei trattati sulla tassazione dei redditi. Sovente la giurisdizione che applica un’imposta sarà direttamente interessata ad una corrispondente corretta applicazione del trattato, come accade quando l’imposizione fiscale in un determinato paese determina un credito d’imposta (e quindi una corrispondente perdita) nell’altro.

La conseguenza più rilevante causata da un’applicazione errata dei trattati deriva tuttavia dal congelamento della cooperazione economica internazionale. Spesso grandi società ed imprese collegate possono essere spazzate via da posizioni contraddittorie assunte dai diversi paesi. In particolare, la doppia tassazione economica può deri-

¹⁷⁵ L’originale recita “Nous sommes consternés de nos rechutes, et de voir que nos malheurs mêmes n’ont pu nous corriger de nos défauts”, LUC DE CLAPIER, Marquis de Vauvenargues, *Réflexions et Maximes* (1746), Maxim CCXLVII.

vare da orientamenti nazionali divergenti in materia di *transfer pricing*, con il risultato che i profitti vengono attribuiti ad un'entità di un gruppo senza che corrispondenti deduzioni siano accordate all'affiliata all'altro lato della transazione. Gli aggiustamenti corrispondenti rimarranno elusivi finché non sarà istituito un meccanismo idoneo a garantire che la tassazione di un reddito in un paese venga compensata da una deduzione nell'altro.

Le critiche all'arbitrato fiscale spesso si richiamano pretestuosamente a rigidi concetti di sovranità fiscale. Comunque, tale comprensibile preoccupazione per una rapida definizione di un'imposizione reddituale predefinita nel suo ammontare, sarà di regola ridimensionata a fronte della prospettiva di perdere l'opportunità di intrattenere relazioni commerciali internazionali che rappresentano altrettante opportunità di mutuo arricchimento.

Nel lungo termine i vantaggi dell'arbitrato saranno più convincenti degli svantaggi. Ci si può aspettare che modalità più razionali di composizione delle controversie generino un incremento negli scambi e negli investimenti internazionali. Al contrario, quando metodi di tassazione asimmetrici inibiscono scambi e investimenti, gli imprenditori non potranno avvalersi delle opportunità di favorire l'arricchimento economico dei propri paesi.

La preoccupazione di evitare distorsioni nel commercio internazionale determinate dalla imposizione si riflette nella concezione stessa del trattato sulla tassazione dei redditi che comporta qualche rinuncia alle proprie prerogative impositive da parte del paese della fonte. È giunto il momento per i sottoscrittori di un trattato di passare alla tappa successiva, prendendo atto del reciproco interesse a stabilire meccanismi ordinati ed efficienti per comporre quelle controversie che compromettono il transito di beni, servizi o capitali oltre frontiera. Una tassazione coerente con la lettera e lo spirito del trattato fiscale produrrà benefici aggregati per le economie di entrambi le parti del trattato.

Appendici

Appendice I - Progetto preliminare di un modello di trattato

A. Introduzione

Le proposte esposte qui di seguito per la regolamentazione dell'arbitrato nelle materie disciplinate dal trattato fiscale si suddividono in due gruppi: il primo gruppo contiene disposizioni da inserire nel corpo del trattato stesso, nel contesto della "Mutual Agreement Procedure" ora disciplinata ai sensi dell'art. 25 del modello OECD; il secondo gruppo concerne un "Protocollo di Intesa" che chiarisce molti dettagli per l'attuazione della procedura arbitrale. Tale suddivisione non ha valore assoluto ed ogni selezione di tematiche per l'uno o per l'altro gruppo risulta in una certa misura arbitraria. Lo scopo di questa classificazione è quello di promuovere una flessibilità ragionevole nel realizzare gli obiettivi delle clausole compromissorie. A tal fine il trattato potrebbe accordare alle autorità competenti un limitato potere di modifica del protocollo di intesa, qualora intendano valersi di meccanismi procedurali più appropriati e consoni alla propria esperienza.

La formulazione suggerita di seguito presenta numerose differenze rispetto a quella proposta dalla ICC *Commission on Taxation*¹⁷⁶. Benché il modello ICC e la proposta contenuta in questo articolo contengano delle parti simili, essi si differenziano sotto molti aspetti importanti. Elementi strutturali inclusi nella presente proposta, ma non nel modello dell'ICC, sono: (i) il riferimento ad un'autorità per le nomine; (ii) meccanismi di controllo per correggere lodi erronei; (iii) il coordinamento con la Convenzione sull'arbitrato delle NU; (vi) le clausole "*lis alibi pendens*" che sospendono la controversia fino alla conclusione della procedura arbitrale¹⁷⁷. Inoltre, la presente proposta prevede dei meccanismi procedurali che non si trovano nel modello ICC, quali disposizioni relative a (a) Termini di Riferimento; (b) limiti giurisdizionali; (c) linguaggio degli atti; (d) sede dell'arbitrato; (e) provvedimenti interlocutori; (f) penali; (g) qualificazioni professionali degli arbitri; (h) arbitrato sulla base della "ultima miglior offerta" (*baseball arbitration*).

B. Supplemento alla Convenzione sulla doppia tassazione. Articolo sul mutuo accordo

Formulazione del trattato

1. Arbitrato vincolante

- a. Qualora le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo in un caso che è soggetto a questo articolo, la questione sarà risolta ricorrendo all'arbitrato vincolante conformemente ad un Protocollo di Intesa che deve essere scambiato attraverso i canali diplomatici, che le autorità competenti possono modificare ed integrare periodicamente al fine di dar migliore attuazione alle disposizioni di questo articolo.
- b. Ogni Stato contraente rinuncia irrevocabilmente ad ogni diritto a sostenere che i casi e le questioni disciplinate da questo articolo non siano compromettibili e riconoscerà al lodo arbitrale lo stesso effetto di *res judicata* di una sentenza definitiva di una Corte nazionale, e sarà suscettibile di impugnazione soltanto sulla base dei motivi previsti dall'art.V(1)(a)-(d) della *United Nations Arbitration Convention* del 1958.
- c. La sede ufficiale di ogni udienza dovrà essere localizzata nel territorio di uno Stato contraente, benché gli arbitri possano per comodità assumere delibere interne in ogni luogo ritenuto opportuno.
- d. Tutti gli altri motivi di annullamento di un lodo arbitrale previsti dalle legislazioni nazionali in materia di arbitrato non saranno applicabili. Il riesame giudiziale dei lodi arbitrali sarà limitato al paese in cui viene chiesto il riconoscimento del lodo.
- e. A nessun lodo emesso in conformità a questo trattato potrà essere negato il riconoscimento in base alla dottrina dell'Atto di Stato.

¹⁷⁶ *Arbitration in International Tax Matters, Draft Bilateral Convention Article, Doc.No.180/455 Rev. (10 September 2001)*.

¹⁷⁷ La formulazione dell'ICC al paragrafo 2(b) stabilisce che il periodo in cui può iniziare l'arbitrato possa essere esteso "se il caso è stato sottoposto anche ad una Corte competente".

2. Convenzione sull'arbitrato delle NU

- a. Salvo quanto disposto più avanti, gli articoli I – V dell'*United Nations Arbitration Convention*¹⁷⁸ troveranno applicazione con riguardo all'esecuzione del lodo da parte degli Stati contraenti, all'impegno ad arbitrare manifestato dai contraenti e ad ogni lodo emesso ai sensi di questa sezione.
- b. Le Corti di uno Stato contraente possono negare il riconoscimento e/o l'esecuzione ad un lodo arbitrale emesso ai sensi della presente convenzione sulla doppia imposizione soltanto nel caso di pregiudizio o corruzione degli arbitri o in base ai motivi disciplinati dall'art.V(1)(a)-(d) della Convenzione Arbitrale delle NU.
- c. Per le finalità di cui all'art. I di detta convenzione, ogni Stato contraente accetta che ogni lodo sarà considerato quale "non nazionale", che una richiesta sottoposta ad arbitrato sarà considerata quale derivante da una relazione o transazione commerciale, e che gli Stati contraenti saranno considerate "persone" ai fini dell'applicazione della Convenzione¹⁷⁹.
- d. Le materie fiscali saranno considerate arbitrabili, e non si considererà violato l'ordine pubblico per il solo fatto che gli arbitri effettuino valutazioni sostanziali indipendenti con riguardo al merito legale e fattuale in un caso determinato.

3. Volontà compromissoria del contribuente

Sottoponendo un caso all'autorità competente ai sensi del presente articolo, il contribuente e le imprese ad esso associate nell'altro Stato contraente verranno considerati quali aventi acconsentito ad arbitrare la controversia ai sensi delle disposizioni seguenti ed i contribuenti saranno considerati vincolati da ogni lodo definitivo.

4. Avvio della procedura arbitrale

- a. L'arbitrato può essere instaurato da ciascuno degli Stati contraenti o da ogni contribuente o gruppo di contribuenti collegati coinvolti in una controversia sottoposta al procedimento per mutuo accordo.
- b. Una richiesta di arbitrato, indirizzata all'autorità incaricata della nomina degli arbitri indicata nel Protocollo di Intesa, dovrà essere presentata non prima di due (2) anni e non più tardi di quattro (4) anni dal momento in cui il caso era stato originariamente sottoposto dal contribuente all'autorità competente di uno dei due Stati contraenti.

5. *Lis alibi pendens*

I procedimenti arbitrali ai sensi della presente sezione sospenderanno ogni procedimento giudiziario o amministrativo in entrambi i paesi che riguardi le parti e la materia oggetto di arbitrato.

¹⁷⁸ Per trattati con i paesi dell'America Latina, si sarebbe potuto fare riferimento alla convenzione inter-americana (Panama 1975).

¹⁷⁹ Simili clausole si ritrovano nell'art. 1136(7) del NAFTA.

6. Materie compromettibili

Tutte le materie del trattato saranno oggetto di arbitrato, ad eccezione di quelle relative agli artt. 25-30 [del vigente modello OECD, in materia di procedura di mutuo accordo, scambio di informazioni, missioni diplomatiche e consolari, efficacia territoriale, entrata in vigore e cessazione].

7. Costituzione del Tribunale arbitrale

- a. La *Permanent Court of Arbitration* dell'Aia servirà quale Autorità preposta alle nomine per adempiere, in tale veste, a tutte le funzioni previste da questo Protocollo di Intesa e dal corrispondente trattato sulla tassazione del reddito.
- b. Salvo che entrambi gli Stati contraenti si accordino diversamente, il Tribunale arbitrale dovrà essere composto da tre membri. Entro sessanta giorni dalla presentazione della richiesta di instaurare l'arbitrato, ciascuno Stato contraente nominerà un arbitro. Salvo il caso in cui gli arbitri nominati dalle due parti riescano ad accordarsi sulla nomina del presidente entro trenta giorni da quando è stato nominato l'ultimo di tali due arbitri, il presidente sarà nominato dall'Autorità preposta alle nomine. Se uno degli Stati contraenti non dovesse essere in grado nominare un arbitro entro la scadenza sopra indicata, tale nomina sarà demandata all'Autorità preposta alle nomine¹⁸⁰. Se i due Stati contraenti si dovessero accordare per un tribunale arbitrale costituito da un solo membro, la selezione di tale persona avverrà di comune accordo, o, in mancanza di tale accordo entro sessanta giorni dalla data di presentazione della richiesta di arbitrare, la scelta sarà fatta dall'Autorità preposta alle nomine.
- c. Nessun dipendente o consulente di uno Stato contraente o di un contribuente può servire come arbitro. Ogni individuo nominato quale arbitro dovrà dichiarare se ha legami con uno degli Stati contraenti o con il contribuente che possano dar adito a ragionevoli dubbi sull'imparzialità delle proprie decisioni. Se uno degli Stati contraenti o il contribuente ritengono che un arbitro o un potenziale arbitro manchi della indipendenza richiesta, l'istanza di ricusazione dovrà essere inoltrata all'Autorità preposta alle nomine entro trenta (30) giorni dalla data di nomina o dalla data in cui sono stati scoperti i fatti che giustificano la ricusazione.
- d. L'arbitro che presiede il Tribunale dovrà essere un legale che parla correntemente [lingue appropriate per ambo le parti] e non dovrà appartenere alla nazionalità di nessuno dei due Stati contraenti.

Protocollo di intesa

1. Regole procedurali per stabilire i fatti e legge applicabile

- a. Il Collegio Arbitrale stabilirà i fatti e la legge applicabile a ciascun caso con tutti i mezzi consoni.
- b. Ciascun Stato contraente e il/i contribuente/i interessato/i avranno il diritto di produrre documenti e, a discrezione del Tribunale arbitrale, di presentare delle testimonianze orali.

¹⁸⁰ In alternativa il trattato potrebbe prevedere che l'Autorità delegata alle nomine nomini tutti e tre i membri del Tribunale arbitrale.

- c. Il Tribunale arbitrale dovrà avvalersi delle regole di arbitrato della *International Chamber of Commerce* e delle regole IBA sull'assunzione delle prove nell'arbitrato commerciale internazionale¹⁸¹.
- d. All'avvio del procedimento, il Tribunale arbitrale dovrà consultarsi con gli Stati contraenti e il contribuente per stabilire i termini di riferimento che espongono l'oggetto dell'arbitrato e le materie del contendere.
- e. In ogni caso ogni Stato contraente e il/i contribuente/i interessato/i avranno diritto di sottoporre almeno una memoria e un atto di risposta (ciascuno relativo alle rilevanti questioni di diritto e di fatto) con allegate le dichiarazioni dei testimoni e le relazioni degli esperti.

2. Sede dell'arbitrato

La sede dell'arbitrato sarà stabilita dal Tribunale arbitrale, ma in ogni caso dovrà essere localizzata nel territorio di uno dei due Stati contraenti.

3. La lingua degli atti e del procedimento

Il linguaggio del procedimento arbitrale sarà _____ .

4. La legge applicabile

Il Tribunale arbitrale applicherà la convenzione fiscale internazionale. Nel determinare le intenzioni degli Stati contraenti, il Tribunale arbitrale applicherà i principi della convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 1996, nonché i seguenti strumenti interpretativi:

- (i) commentari ed interpretazioni approvati consensualmente dagli stati contraenti;
- (ii) principi comuni alle legislazioni degli Stati contraenti;
- (iii) commentario OECD su disposizioni analoghe del *Model Tax Convention* dell'OECD; e
- (iv) principi fiscali e contabili riconosciuti sul piano internazionale.

5. Arbitrato sulla base dell'“ultima miglior offerta”

Su scelta di entrambi gli Stati Contraenti e del contribuente, il Tribunale arbitrale sarà tenuto a scegliere l'ultima miglior offerta di ciascuno degli Stati sul proposto aggiustamento fiscale.

6. Misure cautelari provvisorie

Nulla di ciò che è contenuto in questo Protocollo di Intesa o nelle clausole della convenzione sulla doppia imposizione può impedire a ciascun Stato contraente di adottare misure cautelari provvisorie quali il sequestro preventivo dei beni.

7. Controversie fra una pluralità di Stati

Se la controversia coinvolge più di due paesi che hanno sottoposto ad arbitrato le relative controversie in materia di *transfer pricing*, l'Autorità deputata alle nomine si do-

¹⁸¹ Emendato nel 1999, il regolamento IBA sulla testimonianza rappresenta la posizione più accreditata sugli standard testimoniali appropriati per le controversie internazionali. Il regolamento dell'ICC fu proposto perchè è stato oggetto di ampi commentari che analizzano ottanta anni di esperienza nell'applicazione di tale regolamento.

vrà adoperare affinché tutte le parti interessate si accordino per far confluire tutti i procedimenti in un'unica procedura arbitrale davanti ad un medesimo Tribunale arbitrale i cui membri saranno interamente nominati dall'Autorità deputata alle nomine.

8. Decisioni a maggioranza

Le decisioni del Tribunale arbitrale saranno adottate a maggioranza. Nel caso in cui non si formi la maggioranza su di una decisione comune, la decisione assunta dal presidente del Collegio arbitrale avrà efficacia vincolante.

9. Tribunale interrotto

Nel caso di morte, dimissioni, accusa provata di parzialità o di altri impedimenti a svolgere le proprie funzioni da parte di uno o più arbitri, l'Autorità deputata alle nomine provvederà a nominare un sostituto idoneo. Ad ogni modo, qualora si verifichi una carenza nel Collegio successivamente alla conclusione della fase istruttoria dell'arbitrato, l'Autorità deputata alle nomine potrà autorizzare i rimanenti arbitri ad assumere la decisione finale senza provvedere a nominare un successore.

10. Onorari degli arbitri

- a. L'Autorità deputata alle nomine stabilirà l'ammontare delle remunerazioni degli arbitri e determinerà i compensi dovuti per la propria attività amministrativa secondo la tabella di onorari attualmente in uso presso la *International Chamber of Commerce* di Parigi.
- b. Prima di trasmettere i fascicoli agli arbitri, ciascun Stato contraente dovrà depositare un anticipo pari alla metà delle spese legali che saranno determinate dall'Autorità preposta alle nomine, salvi gli aggiustamenti che successivamente si renderanno necessari. Nessun lodo sarà emanato senza il totale versamento di ogni acconto sulle spese richiesto dall'Autorità preposta alle nomine.
- c. Se uno Stato contraente dovesse rifiutarsi di pagare la propria quota di acconti sulle spese legali, l'altro Stato contraente o il contribuente potrà effettuare il pagamento per conto dello Stato inadempiente.
- d. Nel momento in cui emette un lodo, il Tribunale arbitrale potrà, se lo ritiene necessario, condannare uno Stato contraente al pagamento delle spese processuali (inclusi gli onorari degli avvocati).

11. Sanzioni

Il Tribunale arbitrale non avrà nessuna autorità a comminare penalità.

12. Riservatezza

Gli atti procedurali ed ogni decisione o lodo saranno considerati riservati fra gli Stati contraenti, i contribuenti e i membri del Tribunale arbitrale. Gli atti, le decisioni e i lodi non verranno divulgati se non:

- (i) nella misura necessaria al riconoscimento del lodo;
- (ii) con il consenso unanime delle parti;
- (iii) in ottemperanza a disposizioni di legge.

Appendice II - IRS Competent Authority Statistics

U.S. International Revenue Service Director International Competent Authority Statistics

Statistiche tratte da un'intervista con Carol Dunahoo, *BNA Transfer Pricing Report* 12 Dicembre 2001

Sezione 1

COMPENDIO DELL'INVENTARIO DI FINE ANNO

Include casi di: Ripartizione degli utili (A), Utili non ripartiti (N), Limitazioni sulle agevolazioni (L) e Accordi anticipati sui prezzi (P).

Anno Fiscale	Casi sottoposti	Casi risolti	Inventario di fine anno
1997	218	190	484
1998	178	214	448
1999	205	228	425
2000	228	175	478
2001	210	189	499

Sezione 2

DURATA DEL PROCESSO PER I CASI RISOLTI (DURATA MEDIA IN GIORNI)

Include soltanto casi del tipo A, N e L. Si faccia riferimento alla Sezione 9 per i casi relativi ad accordi anticipati sui prezzi

Anno Fiscale	Intentati dagli USA	Intentati da stranieri	Totale
997	933	670	807
998	726	806	761
999	801	635	715
2000	648	684	668
2001	685	612	642

Sezione 3

SGRAVIO DELL'AUTORITÀ COMPETENTE

Include i casi soltanto del tipo A e N. I valori rappresentano l'aggiustamento totale in dollari in un dato periodo

SGRAVIO	1997	1998	1999	2000	2001
Aggiustamento corrispondente	52.87%	41.09%	28.40%	26.55%	25.48%
Aggiustamento dedotto	46.17%	45.96%	39.47%	71.87%	48.23%
Sgravio parziale	0.19%	8.20%	3.12%	0.38%	2.52%
Nessuno sgravio*	0.78%	4.45%	29.01%	1.20%	23.77%

* Nota: nel 2001, l'81% di questa categoria è dovuta al ritiro di un piccolo numero di contribuenti dal processo dell'autorità competente. Nel 1999, il 95% di questa categoria fu dovuto ad un singolo grosso caso che diede luogo a un caso di doppia imposizione.

Sezione 4
INVENTARIO – SOLO CASI DI RIPARTIZIONE DEGLI UTILI

Anno fiscale	Intentati dagli USA		Intentati da Stranieri		Inventario di fine anno
	Casi sottoposti	Casi risolti	Casi sottoposti	Casi risolti	
1997	89	65	35	39	254
1998	47	89	36	36	212
1999	61	71	32	39	195
2000	48	49	44	35	203
2001	35	44	78	39	233

Sezione 5
DURATA DEL PROCESSO PER I CASI CONCLUSI DI RIPARTIZIONE DEGLI UTILI
(DURATA MEDIA IN GIORNI)

Anno Fiscale	Intentati dagli USA	Intentati da stranieri	Totale
1997	1012	649	876
1998	731	897	779
1999	836	795	821
2000	690	663	679
2001	796	693	747

Sezione 6
INVENTARIO: CASI DI UTILI NON RIPARTITI (N)
e LIMITAZIONI SULLE AGEVOLAZIONI (L)

Anno fiscale	Intentati dagli USA		Intentati da Stranieri		Inventario di fine anno
	Casi sottoposti	Casi risolti	Casi sottoposti	Casi risolti	
1997	14	16	41	35	109
1998	10	14	52	44	113
1999	22	18	45	55	107
2000	29	9	49	35	141
2001	14	19	42	53	125

Sezione 7
DURATA DEL PROCESSO PER CASI CONCLUSI DI UTILI NON RIPARTITI (N)
e LIMITAZIONI SULLE AGEVOLAZIONI (L) (DURATA MEDIA IN GIORNI)

Anno Fiscale	Intentati dagli USA	Intentati da stranieri	Totale
1997	612	693	667
1998	696	732	723
1999	663	521	556
2000	420	705	647
2001	429	553	521

Sezione 8
INVENTARIO – ACCORDI ANTICIPATI SUI PREZZI

Anno Fiscale	Casi ricevuti	Casi risolti	Inventario di fine anno
1997	39	35	121
1998	33	31	123
1999	45	45	123
2000	58	47	134
2001	41	34	141

Sezione 9
DURATA DEL PROCESSO PER IL CASO DI ACCORDI SUGLI ANTICIPI SUI PREZZI*

Anno fiscale	Giorni
1997	240
1998	323
1999	439
2000	381
2001	645

* Il termine procedimentale dell'Autorità Competente non include il tempo speso dallo staff APA prima delle/ o dopo le negoziazioni dell'autorità competente.

Towards a uniform notion of “group” and “control” of enterprise for European tax purposes

Jörg Manfred Mössner *

1. Introduction

Before discussing the taxation of multinational groups of companies it seems to be appropriate – if not indispensable - start with an inquiry on the notion of “group”. What are the criteria that makes several companies to become a group? Is this a certain degree of participation of one or more companies in other companies¹? Or a treaty which give a company the right to manage another company²? Or is economic integration necessary³? What is the influence of the legal form of the company? Are only corporations eligible for a group⁴? Or is duration a decisive element? Or a combination of two or more of these criteria?

Using phrases like “group” one must be aware of the purposes these phrases are used for. If one wishes to repair a watch he needs a precision tool, but to knock a nail into a wall a hammer is needed. To take the hammer for repairing the watch or the precision tool to knock the nail would not lead to acceptable results.

Therefore, my first task will be to examine the relevance of the notion of group and control within the field of taxation of multinational enterprises in Europe. The question to be answered is: why to deal with the notion of group and control within the context of taxation in Europe? (below 2.)

Having ended this first job it seems appropriate to look at the existing rules of group taxation and how control is defined within these regimes. The result will be that the national rules will give a patchwork picture without any clear common structure. (below 3.)

This naturally leads us to the level of the European Union and to the question whether a uniform notion seems to be useful or even necessary to be developed. (below 4.) According to the findings of the Ruding Committee⁵ the non-existence of group taxation within the European Community and Union has the effect of an obstacle to the freedom of establishment as guaranteed in art. 43 of the Treaty. I shall allude only very short to these topics as they will be dealt with by others in detail during this conference. My concern will be what we can find in the various

* Professor of tax law, University of Osnabrueck, Off Counsel to Ernst & Young, Germany.

¹ Like in most European states between 51% and 100%.

² Cf. Germany, Austria, Luxembourg.

³ Cf. Finland.

⁴ Like in Portugal.

⁵ Commission of the European Communities: Report of the committee of independent experts on company taxation, 1992.

documents of the Union concerning the definition of a group of enterprises. This will end up with an attempt to describe where we stand now and what must be accomplished in the future. (below 5.)

2. Relevance of the notion of group in taxation of enterprises in Europe

It was the message of the European Council of March 2000 in Lisbon that the European Union should become “the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world”. In its communication of October 2001 the Commission stated that building up a supportive general framework for economic activity in the EU also includes the taxation of companies⁶. Creating a level-playing field for the business in Europe must also mean to adopt company taxation to the new economic framework and to achieve a more efficient internal Market without internal tax obstacles. When tackling the existing obstacles to cross-border economic activity the Commission identifies inter alia that neither the cross-border flow of income nor the cross-border loss relief are in line with the internal market idea.

In his speech opening the Brussels conference on company taxation in the European Union commissioner Fritz Bolkestein stated⁷ on the 29th April 2002 that “companies with cross-border and international activities within the EU should in future be allowed to:

- compute the income of the entire group according to one set of rules and
- establish consolidated accounts for fiscal purposes – thus eliminating the potential effects of purely internal transactions within the group.

Neither in the speech of Fritz Bolkestein nor in the communication of Commission of 23rd October 2001 it is indicated what are the criteria of a group in a legal sense for tax purposes.

So called multinational companies are to the largest extent the player at the European level playing-field. They are facing 15 different tax systems of company taxation. As the Commission stated: “Only providing these companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities will really, through a single framework of company taxation, systematically tackle the majority of the tax obstacles to cross-border economic activities within the Single Market.” That is the frame given to my topic and more explicitly dealt with by the following speakers. So I have to concentrate on the question what is a group of companies qualifying for a single taxation, a consolidated tax base, for cross-border loss relief or a unitary taxation.

3. National notions of group of companies in Europe

It is obvious that the power to tax forms an integral part of the sovereignty of states. Therefore, all tax systems are national ones. At the beginning of a discussion of a uniform notion there must be a stocktaking of the existing different notions of a

⁶ Towards an Internal Market without tax obstacles, 23.10.2001, COM (2001) 582f.

⁷ http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/speeches/29apr2002_en.htm; also Communication 23.10.2001 (FN 6).

group of companies in national tax laws. Multinationally acting companies are facing these different national rules and the necessity to think on a uniform notion is caused by the obstacles to international cross border economic activity as a result of the divergence of the various systems.

The topic of taxation of a group of companies is of high actuality.

Subject II of the Vienna Congress of IFA will be group taxation. The General Reporter starts his guidelines for the national reports in explaining:

"It is often claimed that each corporate group forms an economic unit and therefore should be treated as if it were a single corporation".

This statement exactly reflects the underlying contradiction: on one side the legal construction of the group consisting of various independent and clearly separated legal bodies and the economic unit of the whole group on the other side: One economic purpose is achieved by a plurality of corporations, but behind all this there is – as we call it in Germany – one economic common intention coordinating the whole group.

If a national tax system follows the legal structure instead of the economic reality in taxing such a group than the activities of the group of companies could be more heavily taxed than if the same activities had been pursued within one single company. Bertil Wiman⁸ showed that if there is no – what he called – tax equalization in the sense of levelling of the tax burden with respect to the operating profits and losses of two or more companies than the group will be taxed at a basis that is not the real economic result of the group.

Within the national tax law systems we can find several ways and means to react to this fact by different types of group taxation regimes which can be defined as a set of rules that enables corporate taxpayers to compute the tax liability of related corporations on a consolidated or combined basis. Such regimes may take different forms from full to only partial consolidation or even simple transfer of tax attributes. Even in the case a country does not provide for a group regime the same or nearly similar effects can be achieved in applying tax planning techniques.

It goes without saying that it could be assumed that there exists a relationship between the conditions to forming a group for tax purposes and the effects that can be achieved by such a group. The thesis would be: the less favourable the results are the less harsh are the conditions.

Neglecting the details of each set of rules one can differentiate three types of group taxation:

- Fiscal Unity
- Group contribution
- Group relief.

a) Fiscal unity

A fiscal unity is defined by a joint taxation of the whole or a part of a group of companies. As far as known no country considers the whole group as one single

⁸ WIMAN, Intertax 2000, 352 el. seq.

taxpayer, but one company of the group is liable to the tax of the group. This one company must not necessarily be the parent company at the top though usually this is the case.

The system of the fiscal unity can be found in Austria and Germany called as “Organschaft”, in Luxemburg as “consolidation fiscale”, in the Netherlands as “fiscale eenheid”, in France as “intégration fiscale” and it is also known in Portugal, Denmark and Spain. The system of affiliated companies in the USA could also be mentioned in this connection.

The common feature of the fiscal unity in all mentioned cases is that the profits and losses statement from one member of the group is transferred to another member and by this equalized with the own profits and losses of the transferee. The mechanisms by which this result of a common tax basis of the unity is achieved might be different, but the result of a joint taxation of the consolidated net income of the members of the group is the core ingredient of this system⁹.

Despite this comparable effect the requirements of each of the countries are quite different, even if the systems seem to be very close together as for example in Austria and Germany.

In Germany two main conditions must be fulfilled¹⁰:

1. the one company – called the organ carrier (“Organträger”) - must hold directly or indirectly more than 50% of the shares in the other company – called the organ - and
2. organ and carrier have concluded a contract by which the organ is obliged to transfer all its profits or losses to the carrier.

Austria requires¹¹

1. a participation in the shares of at least 75%
2. also the already mentioned profit-transferring-contract, and additionally
3. an integration of the management of the subsidiary into the management of the parent and
4. an organisational integration, that means the subsidiary must be in economic term acting as a dependent part of the parent.

Luxemburg and France grant fiscal unity only if the participation in the subsidiary is at least 95%, the Netherlands requires 99%, Denmark 100%. The new Portuguese system from 1 January 2001 requires a participation of 90% in the subsidiary, more than 50% of the voting rights and a minimum holding period. Spain finally combines a minimum participation of 90% with a minimum holding period¹². Germany on the other hand demands that the profit transfer contract is concluded at least for 5 years.

⁹ WIMAN, *Intertax* 2000, 352 (353).

¹⁰ BROWNE, *TPIR* 1997, 7 (8); sec. 14 et seq. Corporation Tax Act (KStG).

¹¹ BROWNE, *TPIR* 1997, 7 (9); sec. 12 Austria Corporation Tax Act (KöStG).

¹² Cf. IBFD, *European Tax Handbook* 2003.

Comparable differences are to be found if looking at the legal structure of the entities eligible for the fiscal union. Some countries apply group consolidation only to non-transparent companies, others like Germany accept as top of the group a transparent company with the result that tax law created a biological monster: the "multiple mother" organ (Mehrmütterorganshaft). But newly enacted legislation¹³ reduced this construction.

b) Group contribution

The system of the group contribution is represented by the Nordic countries of Norway, Finland and Sweden. It's main features are:

- the companies making profits may pay a contribution to the companies incurring losses
- this contribution is a deductible item at the side of the payer and constitutes taxable income of the receiving company
- each company is liable for its own corporation tax and files its own tax return.

These contributions are open group contributions and not attached to payments for goods or services delivered within the group.

The conditions for such group contributions are:

- in Finland: participation of a parent during the whole financial year of at least 90% in the capital of the subsidiary and all companies concerned carry on a business activity
- in Norway: participation of at least 90% of the shares of the affiliated companies and a corresponding number of votes and open reporting during the same year
- in Sweden: also a participation of 90% during the whole financial year, open reporting by both companies and actively doing business of both.

I do not mention the slightly different periods of the minimum holding periods.

These contributions are a kind of a gift deductible at one side and taxable at the other. But also tax attributes like tax credits, tax motivated reserves and other positions representing tax advantages may be transferable instead or in addition¹⁴. In a wider sense also transferable tax attributes like for example losses in connection with reorganisations, mergers and splitt offs might be classified as group contributions as tax equalization can be achieved by such means, too.

c) Group loss relief

The British concept of group loss relief must not be understood as a type of consolidation. Each company of a group is separately assessed to corporation tax. It is more or less a special type of the transfer of tax attributes.

Depending on the type of group treatment being claimed a group is formed of either 51% or 75% subsidiaries. But for equalizing losses there exists another tool, the

¹³ Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 16.05.2003, BGBl. I, p. 660.

¹⁴ WIMAN, Intertax 2000, 352 (353).

consortium. A consortium consists of 20 or fewer UK resident companies which each owns 5% or more and together own at least 75% of the capital of a company. Within a 75% group structure losses incurred by one member of the group can be surrendered upwards, downwards or sideways, whereas within a consortium the loss can only be surrendered upwards or downwards. These surrenders are tax neutral that means no tax-deductible expenses or taxable income. It is the loss itself which is transferred for tax purposes. The differences to the system of contributions are obvious.

d) No group taxation rules

Even if countries do not provide for special rules like Belgium, Italy, Greece, but also Canada, Switzerland and Japan, equalizing of the income tax burden of the group of companies can be achieved by certain tax planning techniques which by the way might also be used to improve existing group tax regimes if they contain structural defects in the views of the taxpayers. I just want to mention the most familiar means like reorganisation including transfer of losses, leasing agreements – sale and lease back for example -, the shifting of profits or loss producing parts within the group, issuing hybrid financial instruments or making use of transparent entities within the group structure. All these tax planning techniques tend to include in a tax base the results of more than one member of a group.

e) Cross-border cases

The picture just painted may be very many-coloured, but there is one common feature to be ascertained: irrespective the type of group taxation the rules do not apply to cross-border cases as recently demonstrated by the Marks & Spencer case¹⁵. This is true even in these cases where the national rules permit to form a group between a domestic corporation and a domestic permanent establishment of a non-resident taxpayer¹⁶. The consolidation only includes the results of the entities within the same tax jurisdiction.

But even in cases in which losses are not crossing borders in the sense that foreign losses could be set off against domestic profits, but a consolidation of the economic results only concerns entities within the same jurisdiction we find a lot of restriction if any consolidation is permitted.

Three situations can be distinguished:

- the foreign company disposes of a domestic permanent establishment and a domestic subsidiary: with the exception of Austria and the United States all countries apply their rules of fiscal unity or contribution or loss relief to this situation so the profits and losses of the p.e. and the subsidiary can be equalized
- a foreign parent company has two or more domestic subsidiaries: though the difference to case one is a very little one only UK and the Nordic countries permit a side-way consolidation. The argument is that only in vertical directions a group can be constructed.

¹⁵ Marks and Spencer PLC v. David Halsey, Decision of Special Commissioners (J. Avery Jones, M. Gammie) 25./26.11.2002.

¹⁶ e. G. sec. 18 KStG.

The same argument is put forward in the situation that the parent and the p.e. of the subsidiary are located in the same country: the parent and the p.e. may not form a group.

The result is that in most countries the notion of a group is restricted to vertical relations and a equalization between "sisters" is not permitted. This seems not to be convincing as in all three situations it is not – as already stated – a cross-border equalization, but a question of determining the correct economic result of companies belonging to the same group realized in one country.

Only Denmark permits groups across the border¹⁷. Often one can read that also France knows a cross-border group. This is theoretically correct, but it depends on the consent of the tax administration, a consent that was only given to 12 companies¹⁸. Therefore, this possibility has more the character of an export subsidy than of tax equalization.

f) Result

As promised at the beginning an inquiry of the rules and concepts of group taxation results in a patch work: To different are the notions of a group of companies within the national tax systems to serve as a basis for the development of a uniform notion. Only one aspect do have all systems of Group taxation in common: the neglect the legal form and they tend to tax the real economic profit of the group. But the criteria to be eligible for group taxation are to different in terms of the types of legal entities to which these regimes are applicable, of minimum shareholding requirements, of minimum holding periods or of the conditions (economic integration, option etc.).

4. Notion of a group of companies for European tax purposes

If the comparison of national tax systems does not lead to a uniform notion neither concerning the requirements nor the effects of group taxation another approach could be to look whether in European law a uniform notion of a group of companies has developed.

The wording of parent and subsidiary was repeatedly used. This could suggest to have a look at the Parent-Subsidiary-Directive of 23 July 1990¹⁹ for finding a European definition of a group of companies. Art. 3 of this directive in defining the conditions of application contains two conditions:

- both, parent and subsidiary, must be one of the corporations listed in art. 2
- the parent must have a minimum holding of 25% in the capital of the subsidiary. (minimum participation)

The preamble declares the directive to be necessary to promote the "grouping together of companies of different Member States" in order to create within the

¹⁷ Cf. IBFD, European Tax Handbook 2003.

¹⁸ Cf. ENDRES, WPg-Sonderheft 2003, 35 (38).

¹⁹ Abl. 1990, L 225/6-9 of 23 July 1990, p. 6ff., corrected by Abl. 1990, L 266/20.

Community conditions analogous to those of an internal market and explains what is meant by “grouping together” as the formation of parents companies and subsidiaries.

When considering whether this could serve as a general definition of a group of companies for European tax purposes one must take into account the limited field of application of this directive. It is obvious that this directive is influenced by the traditional substantial participation exception of the Double Tax Conventions²⁰. The purpose of this exception is to avoid the effect of a cascade of multiple levying of corporate tax on a profit of a subsidiary flowing through the parent company to the ultimate shareholder by abolishing withholding tax in the source state and corporate tax in the state of resident of the parent receiving the dividends. This aim of avoiding double taxation can not be compared with the more prestigious one of group taxation in the sense of computing the tax liability of related companies on a common or partly common basis.

The argument is supported by a comparison this directive with farer reaching draft of a directive for taking into account of losses of subsidiaries submitted by the Commission on 6 December 1990²¹ and recently withdrawn²². Art. 2 of the this proposal defines – quite different from the just mentioned directive – as a subsidiary a company in which an enterprise has a minimum holding of 75% in the capital giving it a majority of voting rights if the Member States do not stipulate a lower minimum holding requirement, i. e. participation and control are the two decisive factors.

Before discussing whether this definition could serve as one for a uniform notion of group and control it seems to be useful to have a look at other fields of the European law as company law, competition, law, environmental law, media law and public offers²³. Though Community law does not provide a common definition of a group of companies the various criteria in defining a group might be of interest also for this topic.

The draft 9th Company Directive of 1984 deserves special interest although today this draft must be deemed to be dead²⁴. The aim of this draft was to harmonize the conditions under which corporations can form a group of companies as a concern taking into account that the different legal entities are an economic unit. One could argue that if different legal bodies are comprehended in one single body according to company law that then tax law should follow this civil law structure. This is at least of thinking in Germany when justifying the organschaft.

According to art. 2 of this draft a group requires that the parent directly or indirectly alternatively:

- possesses the majority of voting rights or
- has the right to appoint and to dismiss the majority of the board of directors or supervisors if it is a shareholder at the same time or

²⁰ Cf. OECD-Commentary, Art. 23.

²¹ COM (1990) 595.

²² COM (2001) 582.

²³ Cf. WERLAUFF, EU Company Law, p. 542ff.

²⁴ Cf. WERLAUFF, EU Company Law, p. 450f.

- being a shareholder and with its voting rights the majority of the board was appointed or
- being a shareholder possesses the majority of the voting rights according to an agreement with other shareholders.

In short: the group is defined by the parent's legal or actual controlling influence on the subsidiary as decisive element. Therefore, following the German example art. 13 of the draft provides for control agreements between parent and subsidiary.

The most striking fact of this definition is that the criterion of control is deemed as being decisive within a group and that this element is defined in several ways. The idea behind this approach seems to be that under company law a group is formed by several companies acting on the market as one power.

A very similar approach can be found in art. 1 of the 7th Company Directive (83/349) of 13 June 1983 on consolidated accounts. The decisive criterion is again the dominant legal or actual influence over an other undertaking which creates the group.

Indeed, in the field of company law the element of control is an appropriate one as company law primarily deals with matters like decision making with a company and liability in relation to third parties. Tax law, however, is concerned with the distribution of the economic result, i. e. profits and assets, of the acting of related companies. If there exists full 100 % participation among a number of corporations then the shareholders of the top unit-holding such 100%-participations in corporations which hold again 100%-Participations in other corporations – is entitled to receive ultimately the profit of the whole group. It could easily be argued that such a full participation²⁵ in the profits and assets should lead to taxing the whole group on one common basis.

The case law of the ECJ starts with the principle that different companies should be considered as independent entities both in regard to rights and obligations²⁶ (C-234/98 *Amalgamated Construction*). But the court does not close the eyes when several companies act as one business despite the legal division in several corporations. The test underlying the judgements in determining a group in this sense seems to be whether the company in question would be eligible for a separate sale off so that it could make sense to operate the company alone. For example in the *Parker* case 1996²⁷ (C-73/95) the Court assumed one undertaking in the context of competition if a subsidiary is completely uniform with the parent company in its mode of action. In case C-222/94 of 10 September 1996²⁸ concerning the EU TV Directive the Court considered several companies as one business as they acted on a common plan for programmes etc. A similar approach is followed by the Court in the cases *Ballast Nedam Groep*²⁹ (C-389/92) and *Ruhrwasser*³⁰ (C-176/98) when a company must demonstrate its professional expertise making an offer for a public task

²⁵ By shares or preferential rights.

²⁶ EuGH, judgement of 12 February 1999, C-234/98, no.12ff.

²⁷ EuGH, judgement of 24 October 1996, C-73/95.

²⁸ EuGH, judgement of 10 September 1996, C-222/94.

²⁹ EuGH, judgement of 14 April 1994, C-389/92.

³⁰ EuGH, judgement of 02 December 1999, C-176/98, no.17f.

and the company includes the expertise possessed by one of its subsidiaries. The main criterion was whether the parent company really disposes of the expertise of the subsidiary, i. e. control.

Taking into account all these directives and court decisions they all have in common the idea that a group is based on the dominant influence one enterprise may exercise over the economic behaviour of an other enterprise in which it holds an participation irrespective whether this influence is based on the majority of voting rights or on any other form of determining the decisions of the board or supervising bodies.

5. Conclusions

What are the results of this short analysis?

European law applies two decisive criteria: participation in the other company and control of managerial decisions. In some cases one of the criteria is sufficient, in others both must be fulfilled to a certain extent.

The other result is that as yet there does not exist one uniform notion of group of enterprises on the levels of national or community law.

The topic of this article is called "towards a uniform notion". Not being a Zen philosopher in the sense that the way is the aim I finish in inviting to discuss whether for the purpose of taxation one or both elements should be used in defining a group of companies or whether the criterion of the right to profits should be the most appropriate one.

Seen from a German point of view the sole participation could not be sufficient. Equalizing the overall tax burden of group should reflect the economic reality that the group is acting as one business despite the fact of various independent legal bodies. This would be an argument for a combination of the two elements of participation and control. On the other hand a full participation in another corporations giving the right to the profits of economic activity as well as the liquidation result should in any case be acknowledge as a group. The only question then remains to what extent minority shareholders are tolerated. Considering the different national approaches and the European notions I could imagine a uniform notion defined as follows:

Separate corporations can form a group of enterprises for European tax purposes if (1) one corporation holds a minimum participation in another corporation of more than 50%, actually exercises a dominant influence on the managerial decisions of the latter by possessing the right to appoint or to remove a majority of the members of the administrative, management, or supervisory body and is entitled to more of 50 % of the profits or (2) one corporation is entitled to fully receive the profits including the results of a liquidation of another corporation.

I think this definition is in line with the general direction of the development of European law in the various fields. It possesses the charm to be broad enough to cover all cases of an economic unity and to be at the same time sufficient narrow to prevent abusive constructions. But to come back to the begin: the definition depends on the aims it should serve to. That means to stress that the notion of a group decisively depends on the tax consequences of group cross-border taxation in Europe. But this will be the topic of the following speakers.

Bibliography

- BROWNE, TERRY M., *Group taxation in the European Union*, TPIR 1997, p. 7 - 11.
- ENDRES, DIETER, *Internationaler Vergleich von Konsolidierungs- und Organvorschriften*, Wirtschaftsprüfung, Sonderheft 2003, p. 35 - 40.
- GLEICHMANN, KARL, *The law of corporate groups in the European Community in: Perspectives in European Company Law 1990*, p. 435 - 440.
- KESTI, JUHANI, IBFD, *European Tax Handbook 2003*.
- KOCH, HANS/SCHENKER, URS, *Group taxation for VAT purposes in Switzerland*, Intertax 1995, p. 444 - 446.
- WERLAUFF, ERIK, *EU Company Law – Common business law of 28 states*, 2nd edition, 2003.
- WIMAN, BERTIL, *Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies*, Intertax 2000, p. 352 - 359.



Verso una nozione uniforme di “gruppo” e “controllo” d’impresa ai fini dell’imposizione europea*

Jörg Manfred Mössner**

1. Introduzione

Prima di discutere della tassazione dei gruppi multinazionali sembra opportuno – se non indispensabile – iniziare con un’analisi della nozione di “gruppo”. Quali sono i criteri in base ai quali varie società costituiscono un gruppo? Si tratta di un certo grado di partecipazione di una o più società in altre¹? O di un accordo in forza del quale una società ha il diritto di gestire un’altra società²? Oppure è necessaria un’integrazione economica³? Quale è l’influenza della forma giuridica della società? Solo le società per azioni hanno i requisiti necessari per costituire un gruppo⁴? Oppure l’elemento significativo è costituito dalla durata? O ancora da una combinazione di due o più di tali criteri?

Allorché si utilizzano termini come “gruppo”, è necessario essere consapevoli delle finalità per le quali detta terminologia viene utilizzata. Se si vuole riparare un orologio, sarà necessario uno strumento di precisione, ma per fissare un chiodo ad una parete sarà necessario un martello. Usare il martello per riparare l’orologio o lo strumento di precisione per fissare il chiodo non condurrebbe a risultati accettabili.

Pertanto, tengo innanzitutto ad esaminare la rilevanza della nozione di gruppo e controllo nel campo dell’imposizione delle imprese multinazionali in Europa. La domanda cui bisogna rispondere è: perché occuparsi della nozione di gruppo e controllo nel contesto della tassazione in Europa? (v. paragrafo 2).

In secondo luogo, sembra opportuno esaminare l’attuale normativa della tassazione di gruppo e la definizione di controllo nell’ambito dei diversi regimi europei. Ne risulterà che le normative nazionali offrono un quadro variegato privo di una chiara struttura comune (v. paragrafo 3).

Ciò naturalmente ci porta sul piano dell’Unione Europea a chiederci se possa essere utile, o persino necessario, sviluppare una nozione uniforme (v. paragrafo 4). In base alle conclusioni della Commissione Ruding⁵ l’inesistenza dell’imposizione di gruppo entro la Comunità europea e l’Unione europea costituisce un ostacolo alla libertà di stabilimento garantita dall’art. 43 del Trattato. Tratterò soltanto brevemente

* Traduzione italiana di Gabriella Murolo.

** Professore di diritto tributario, Università di Osnabrueck, Consulente Ernst & Young, Germania.

¹ Come in molti Stati europei tra 51% e 100%.

² Cfr. Germania, Austria, Lussemburgo.

³ Cfr. Finlandia.

⁴ Come in Portogallo.

⁵ Commissione delle Comunità Europee: Rapporto del Comitato di esperti indipendenti incaricati dello studio sulla tassazione societaria, 1992.

questi temi che saranno discussi dettagliatamente da altri colleghi nel corso della conferenza. Desidero occuparmi piuttosto di quanto sia possibile reperire nei vari documenti dell'Unione relativamente alla definizione di gruppo di imprese. Per concludere, cercherò di descrivere la situazione attuale e gli obiettivi da perseguire in futuro (v. paragrafo 5).

2. Rilevanza della nozione di gruppo nella tassazione delle imprese in Europa

Come affermato nel messaggio del Consiglio europeo di Lisbona nel marzo 2000, l'Unione Europea dovrebbe diventare "l'economia - basata sulla conoscenza - più competitiva e dinamica del mondo". Nella sua comunicazione dell'ottobre 2001 la Commissione affermava che la creazione di una struttura generale di supporto all'attività economica dell'Unione comprende anche la tassazione delle società⁶. Creare in Europa condizioni e regole uniformi per le imprese significa necessariamente anche adeguare l'imposizione delle società al nuovo contesto economico e rendere più efficiente il mercato interno eliminando gli ostacoli fiscali. Prendendo in esame gli attuali ostacoli all'attività economica transfrontaliera, la Commissione sottolineava come, tra l'altro, né i flussi di reddito transfrontalieri né la deduzione delle perdite transfrontaliere fossero in armonia con l'idea del mercato interno.

Nel suo discorso di apertura della conferenza di Bruxelles sulla tassazione delle società nell'Unione Europea il 29 aprile 2002, il Commissario Fritz Bolkestein ha affermato⁷ che "le società che svolgono attività transfrontaliere ed internazionali in ambito UE dovrebbero in futuro poter

- calcolare il reddito dell'intero gruppo in base ad un unico *corpus* normativo e
- tenere una contabilità consolidata ai fini impositivi – con la conseguente eliminazione di un'eventuale incidenza fiscale sulle operazioni esclusivamente interne al gruppo".

Né il discorso di Fritz Bolkestein né la comunicazione della Commissione del 23 ottobre 2001 indicano i criteri di costituzione di un gruppo in senso giuridico ai fini fiscali.

Le cosiddette società multinazionali sono in larghissima misura i soggetti più interessati ad un "level-playing field", vale a dire ad un equo terreno di confronto in Europa. Devono conformarsi a 15 normative fiscali differenti. Come ha affermato la Commissione: "Solo mettendo a disposizione delle società multinazionali un regime fiscale con base imponibile consolidata per le loro attività di dimensioni comunitarie si potranno eliminare realmente e sistematicamente, attraverso un unico regime d'imposizione delle imprese, la maggior parte degli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel mercato unico." Questa è l'impostazione del tema da me trattato, che sarà approfondito dai successivi relatori. Desidero quindi concentrarmi sulla que-

⁶ Verso un Mercato Interno senza barriere fiscali, 23.10.2001, COM (2001) 582/F.

⁷ http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/speeches/29apr2002_en.htm; anche Comunicazione del 23.10.2001.

Jörg Manfred Mössner: *Verso una nozione uniforme di "gruppo" e "controllo" d'impresa ai fini dell'imposizione*

stione di quale sia il gruppo di società che ha i requisiti per accedere ad una tassazione unica, ad una base imponibile consolidata, alla compensazione transfrontaliera delle perdite o al sistema di imposizione unitario.

3. Nozioni nazionali in relazione al gruppo di società in Europa

È evidente che il potere impositivo costituisce parte integrante della sovranità degli Stati. Pertanto, tutti i regimi tributari sono nazionali. All'inizio di una discussione circa una nozione uniforme deve essere necessariamente fatto un *excursus* delle attuali diverse nozioni di gruppo nelle legislazioni tributarie nazionali. Società che agiscono a livello multinazionale si trovano di fronte a queste diverse normative nazionali e la necessità di riflettere su una nozione uniforme deriva dagli ostacoli all'attività economica internazionale transfrontaliera derivanti dai diversi regimi.

Il problema della tassazione dei gruppi societari è di grande attualità.

Il tema II del Congresso IFA di Vienna sarà appunto il trattamento fiscale dei gruppi di imprese. Il *General Reporter*, indicando le linee-guida per i rapporti nazionali, spiega che:

“Si afferma spesso che ogni gruppo di società costituisce un'unità economica e pertanto dovrebbe essere trattato come se fosse una unica società”.

Tale dichiarazione rispecchia esattamente una contraddizione fondamentale: da un lato, la costruzione giuridica del gruppo consistente di varie entità giuridiche indipendenti e chiaramente separate e, dall'altro, l'unità economica del gruppo nel suo complesso. Un obiettivo economico è raggiunto da una pluralità di società, ma dietro a tutto questo c'è – come diciamo in Germania – un'intenzione economica comune che coordina tutto il gruppo.

Se un regime tributario nazionale segue la struttura giuridica in luogo della realtà economica allorché assoggetta a tassazione un gruppo, le attività del gruppo possono essere tassate in misura maggiore rispetto alle stesse attività svolte nell'ambito di una unica società. Bertil Wiman⁸ ha dimostrato che se non esiste – come da lui affermato – compensazione fiscale nel senso di livellare gli oneri fiscali in relazione agli utili di esercizio ed alle perdite di gestione di due o più società, il gruppo sarà assoggettato ad imposizione su una base che non costituisce l'effettivo risultato economico del gruppo stesso.

Nell'ambito delle normative fiscali nazionali è possibile individuare molte modalità e molti mezzi per far fronte a questa realtà con diversi regimi di tassazione dei gruppi che possono essere definiti come una serie di norme che consentono a questi contribuenti di calcolare gli obblighi fiscali di società collegate su base consolidata o combinata. Tali regimi possono assumere forme diverse, dal consolidato integrale a quello solo parziale o al semplice trasferimento dei benefici fiscali. Anche nel caso in cui un paese non preveda nessun regime fiscale per i gruppi di società, effetti analoghi o quasi analoghi possono essere ottenuti applicando tecniche di pianificazione fiscale.

È superfluo affermare che si può presumere che esista un rapporto tra le condizioni per la costituzione di un gruppo ai fini fiscali ed i risultati che possono essere otte-

⁸ WIMAN, Intertax 2000, 352 el. seq.

nuti da tale gruppo. La tesi è: quanto meno positivi sono i risultati tanto meno rigorose sono le condizioni.

Tralasciando i dettagli di ciascun *corpus* di norme, è possibile distinguere tre sistemi di tassazione dei gruppi societari:

- *Fiscal Unity*
- *Group contribution*
- *Group relief*

a) *Fiscal unity* (o sistema dell'unità fiscale)

La *fiscal unity* è caratterizzata da una tassazione congiunta di tutto il gruppo o di una sua parte. Per quanto noto, nessun paese considera il gruppo nel suo complesso come un unico contribuente, ma una società del gruppo è soggetta all'imposizione del gruppo. Questa società non deve necessariamente essere la società madre capogruppo, anche se in genere questo è ciò che si verifica.

Il sistema della "*fiscal unity*" può essere individuato in Austria ed in Germania nella "*Organschaft*", in Lussemburgo nella "*consolidation fiscale*", nei Paesi Bassi nella "*fiscale eenheid*", in Francia nella "*intégration fiscale*" ed è altresì conosciuto in Portogallo, Danimarca e Spagna. Anche il regime delle società collegate negli Stati Uniti può essere menzionato a tale riguardo.

La caratteristica comune del sistema dell'unità fiscale in tutti i casi citati è costituita dal fatto che il conto economico è trasferito da un membro del gruppo ad altro e da questo compensato con gli utili e perdite del cessionario. I meccanismi in base ai quali è raggiunto questo risultato di una base imponibile comune dell'unità fiscale possono essere diversi, ma il risultato di una "tassazione congiunta" del reddito netto consolidato dei membri del gruppo rappresenta l'elemento fondamentale di questo sistema⁹.

Malgrado gli effetti siano analoghi, i requisiti in ciascun paese sono molto diversi, anche se i sistemi appaiono molto simili, come, ad esempio, in Austria e Germania.

In Germania devono essere soddisfatte due condizioni principali¹⁰:

1. a società controllante (*Organtraeger*) deve detenere direttamente o indirettamente più del 50% delle azioni dell'altra società ad essa legata contrattualmente (*Organ*)
2. società controllante e controllata devono aver concluso un contratto in base al quale la controllata è tenuta a trasferire tutti i suoi utili o perdite alla controllante.

In Austria si richiede¹¹:

1. una partecipazione azionaria non inferiore al 75%
2. un contratto di cessione degli utili, come precedentemente menzionato, ed inoltre

⁹ WIMAN, Intertax 2000, 352 el. seq.

¹⁰ BROWNE, TPIR 1997, 7 (8): sez. 14 et seq. *Corporation Tax Act* (KStG-Legge dell'imposta sulle società).

¹¹ BROWNE, TPIR 1997, 7 (9): sez. 12 *Austria Corporation Tax Act* (KöStG-Legge dell'imposta sulle società).

3. un'integrazione del *management* della *subsidiary* nel *management* della società madre e
4. un'integrazione di tipo organizzativo, vale a dire la collegata deve avere un rapporto economico con la società madre ed agire come una sua parte dipendente.

Lussemburgo e Francia ammettono il regime della "*fiscal unity*" soltanto nel caso di una partecipazione non inferiore al 95% nella *subsidiary*, i Paesi Bassi richiedono una partecipazione del 99%, la Danimarca del 100%. Il nuovo regime portoghese in vigore dal 1° gennaio 2001 richiede una partecipazione del 90% nella *subsidiary*, più del 50% dei diritti di voto ed un periodo minimo di partecipazione. La Spagna, infine, associa il requisito di una partecipazione minima del 90% ad un periodo minimo di partecipazione¹². D'altro canto, la Germania esige che il contratto di cessione degli utili sia concluso per un periodo non inferiore a cinque anni.

Analoghe differenze si evidenziano allorché si consideri la struttura giuridica delle entità aventi i requisiti per accedere al sistema della "*fiscal unity*". Alcuni paesi applicano il consolidato di gruppo soltanto alle società non trasparenti, altri, quali la Germania, accettano come capofila del gruppo una società trasparente con il risultato che la legislazione tributaria ha creato un mostro biologico: la cd. "società plurimadre" (*Mehrmütterorganschaft*). Tuttavia la legislazione recentemente emanata ha ridotto questa possibilità.

b) *Group contribution* (o sistema dei contributi infragruppo)

Il regime dei contributi di gruppo è applicato nei paesi nordici in Norvegia, Finlandia e Svezia ed ha le seguenti caratteristiche:

- le società che producono utili possono trasferire una quota parte di tali redditi alle società che maturano delle perdite
- tale quota parte è deducibile dalla base imponibile della società cedente e costituisce parimenti reddito tassabile in capo alla beneficiaria
- ciascuna società è soggetta alla propria imposta sulle società e presenta la propria dichiarazione dei redditi.

Questi contributi sono trasferimenti di utili da una società all'altra e non collegati a pagamenti in corrispettivo di beni o servizi trasferiti nel gruppo.

Le condizioni per accedere a tale sistema sono:

- in Finlandia: la società madre deve detenere, per tutto l'arco dell'anno, una partecipazione non inferiore al 90% del capitale della *subsidiary* e tutte le società appartenenti al gruppo devono svolgere un'attività imprenditoriale
- in Norvegia: la società madre deve detenere una partecipazione non inferiore al 90% delle azioni delle società collegate ed un corrispondente numero di voti, nonché assicurare la trasparenza nel corso dello stesso anno
- in Svezia: la società madre deve detenere una partecipazione del 90% per tutto l'arco dell'anno, entrambe le società devono assicurare la trasparenza e svolgere un'attività imprenditoriale.

¹² Cfr. IBFD, European Tax Handbook 2003.

Tralascio di menzionare i periodi leggermente diversi relativamente al requisito del periodo minimo di partecipazione.

Tali contributi sono fiscalmente deducibili da un lato e tassabili dall'altro. Possono inoltre essere trasferiti i crediti di imposta, le riserve per il pagamento di imposte ed altre situazioni che costituiscono benefici fiscali¹³. In senso più ampio, anche le caratteristiche fiscali trasferibili, come ad esempio le perdite in relazione a ristrutturazioni, fusioni e scissioni possono essere classificate quali contributi di gruppo, in quanto la compensazione fiscale può essere conseguita anche attraverso questi strumenti.

c) *Group relief* (o sistema dello sgravio di gruppo)

La nozione britannica di sgravio di gruppo non deve essere intesa come un sistema di consolidato. Ciascuna società appartenente al gruppo è assoggettata separatamente all'imposta sulle società. In breve, si tratta di un sistema particolare di trasferimento delle caratteristiche fiscali.

A seconda del tipo di regime richiesto, un gruppo è costituito da *subsidiaries* partecipate per il 51% o per il 75% del capitale dalla capogruppo. Ma per compensare le perdite esiste un altro strumento: il consorzio. Un consorzio consiste di poco più di 20 società residenti britanniche, ciascuna delle quali detiene il 5% o più del capitale di una società, e che complessivamente possiedono non meno del 75%. Nell'ambito di una siffatta struttura di gruppo le perdite subite da una società del gruppo possono essere cedute verso l'alto, verso il basso o lateralmente, mentre in un consorzio le perdite possono essere cedute soltanto verso l'alto o verso il basso della struttura stessa. Queste cessioni sono neutre dal punto di vista fiscale, vale a dire che non esistono spese deducibili o reddito imponibile. È la perdita stessa che viene trasferita ai fini fiscali. Le differenze rispetto al sistema del *group contribution* sono evidenti.

d) Nessuna normativa per l'imposizione infragruppo

Anche se i paesi non prevedono una normativa *ad hoc*, come Belgio, Italia, Grecia, ma anche Canada, Svizzera e Giappone, la compensazione degli oneri relativi all'imposta sui redditi del gruppo può essere ottenuta tramite alcune tecniche di pianificazione fiscale, che, tra l'altro, possono anche essere utilizzate al fine di migliorare gli attuali regimi di tassazione infragruppo, qualora questi contengano difetti strutturali a parere dei contribuenti. Desidero soltanto far riferimento ai mezzi più comuni, come le ristrutturazioni che comprendono il trasferimento di perdite, contratti di *leasing* – ad esempio, vendita con patto di locazione-, il trasferimento degli utili o delle perdite nel gruppo, l'emissione di strumenti finanziari ibridi o l'uso di entità trasparenti nella struttura del gruppo. Tutte queste tecniche di pianificazione fiscale tendono ad includere in una base imponibile i risultati di più membri di un gruppo.

e) Casi transfrontalieri

Il quadro sin qui delineato risulta certamente policromo, ma è identificabile una caratteristica comune: indipendentemente dal sistema di tassazione del gruppo la normativa non si applica ai casi transfrontalieri, come recentemente dimostrato dal caso

¹³ WIMAN, Intertax 2000, 352 (353).

Marks & Spencer¹⁴. Ciò avviene anche nei casi in cui la normativa interna consente la costituzione di un gruppo tra una società nazionale ed una stabile organizzazione nazionale di un soggetto non residente¹⁵. Il consolidato include soltanto il risultato economico delle società nell'ambito della stessa giurisdizione fiscale.

Tuttavia, anche nei casi in cui le perdite non attraversano i confini - nel senso che le perdite estere possono essere compensate con gli utili nazionali, ma un consolidato del risultato economico riguarda soltanto società appartenenti alla stessa giurisdizione - esistono molte restrizioni, ammesso che sia consentito il consolidato.

Si possono distinguere tre situazioni:

- la società estera ha una stabile organizzazione nazionale ed una *subsidiary* nazionale: ad eccezione dell'Austria e degli Stati Uniti, tutti i paesi applicano la propria normativa in materia di *fiscal unity*, *group contribution* o *group relief* a questa situazione, cosicché è possibile compensare gli utili e le perdite della stabile organizzazione e della *subsidiary*.
- una società madre estera ha due o più *subsidiaries* nazionali: anche se la differenza rispetto al caso precedente è molto sottile, soltanto il Regno Unito ed i paesi nordici consentono un consolidato laterale. Si sostiene che un gruppo può essere costruito soltanto verticalmente.

La stesso ragionamento si applica al caso in cui la società madre e la stabile organizzazione della *subsidiary* siano situate nello stesso paese: la società madre e la stabile organizzazione non possono costituire un gruppo.

Ne risulta che nella maggior parte dei paesi la nozione di gruppo è limitata ai rapporti verticali e che non è ammessa una compensazione tra "sorelle". Questa argomentazione non sembra convincente, dal momento che in tutte e tre le situazioni non si tratta - come già affermato - di compensazione transfrontaliera, ma piuttosto di determinare il corretto risultato economico di società appartenenti allo stesso gruppo e prodotto in un paese.

Soltanto la Danimarca consente gruppi transfrontalieri¹⁶. Spesso si legge che sono ammessi anche in Francia e questo in teoria è possibile, ma dipende dal consenso dell'amministrazione finanziaria, un consenso che è stata concesso soltanto a 12 società¹⁷. Pertanto, questa possibilità sembra costituire una sovvenzione all'esportazione piuttosto che una compensazione fiscale.

f) Risultato

Come affermato all'inizio, l'esame delle normative e delle nozioni relative all'imposizione dei gruppi risulta in un mosaico di situazioni. Le nozioni relative ai gruppi societari nell'ambito dei regimi tributari nazionali sono troppo diverse per poter costituire il punto di partenza per lo sviluppo di una nozione uniforme. Tutti i regimi di

¹⁴ Marks & Spencer PLC c. David Halsey, Decisione dei Commissari Speciali (J. Avery Jones, M. Gammie) 25./26.11.2002.

¹⁵ Per esempio, sez. 18 KStG (Legge dell'imposta sulle società).

¹⁶ Cfr. IBFD, European Tax Handbook 2003.

¹⁷ Cfr. Endres, Wpg-Sonderheft 2003, 35 (38).

tassazione di gruppo presentano un unico aspetto comune: prescindono dalla forma giuridica e tendono a tassare gli utili economici effettivi del gruppo. Ma i requisiti di ammissibilità all'imposizione di gruppo sono diversi per quanto attiene la tipologia delle entità giuridiche cui sono applicabili tali regimi, nonché i requisiti minimi di partecipazione, i periodi minimi di possesso o le condizioni (integrazione economica, opzione, ecc.).

4. Nozione di gruppo di società ai fini dell'imposizione in Europa

Se il confronto dei regimi fiscali nazionali non conduce ad una nozione uniforme né in relazione ai requisiti né riguardo agli effetti dell'imposizione di gruppo, un altro approccio potrebbe essere quello di verificare se nella legislazione europea si sia sviluppata una nozione uniforme di gruppo.

I termini "società madre" e "*subsidiary*" sono stati usati ripetutamente. Ciò potrebbe suggerire un rimando alla Direttiva Madre-Figlia del 23 luglio 1990¹⁸ al fine di reperire una definizione europea di gruppo. L'art. 3 della Direttiva, nel definire le condizioni di applicazione, identifica due requisiti:

- entrambe le società, madre e *subsidiary*, devono essere una delle società elencate all'art. 2
- la società madre deve detenere una partecipazione minima del 25% nel capitale della *subsidiary* (partecipazione minima).

Il preambolo afferma che la Direttiva è necessaria al fine di promuovere "i raggruppamenti di società di Stati membri diversi" per creare nella Comunità condizioni analoghe a quelle di un mercato interno e spiega che i "raggruppamenti" in questione possono risolversi nella creazione di gruppi di società madri e figlie.

Nel valutare se ciò possa costituire una definizione generale di gruppo societario ai fini dell'imposizione europea, è necessario tenere conto del limitato campo di applicazione della Direttiva. Ovviamente essa è condizionata dalla tradizionale e sostanziale eccezione della partecipazione contenuta nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni¹⁹. Lo scopo di tale eccezione è quello di evitare l'effetto di prelievi plurimi di imposte sulle società applicati agli utili di una *subsidiary*, che attraverso la società madre passano all'azionista finale, abolendo la ritenuta nello stato della fonte e l'imposta sulle società nello stato di residenza della società madre beneficiaria dei dividendi. Tale obiettivo di evitare la doppia imposizione non può essere confrontato con quello più prestigioso dell'imposizione dei gruppi societari nel senso del calcolo degli obblighi fiscali di società collegate su una base comune o in parte comune.

Tale argomentazione è sostenuta da un confronto tra la citata direttiva ed un progetto di direttiva di più ampia portata, che teneva conto delle perdite delle *subsidiaries*, presentato il 6 dicembre 1990²⁰ e ritirato di recente²¹. L'Art. 2 di questa proposta definisce – in modo diverso dalla menzionata Direttiva – quale *subsidiary* una società in cui un'impresa possiede una partecipazione minima del 75% del capitale che

¹⁸ GU 1990, L 225/6-9 del 23 luglio 1990, p. 6 e sg., modificata da GU 1990, L 266/20.

¹⁹ Cfr. Commentario OCSE, Art. 23.

²⁰ COM (1990) 595.

²¹ COM (2001) 582.

Jörg Manfred Mössner: *Verso una nozione uniforme di "gruppo" e "controllo" d'impresa ai fini dell'imposizione*

le conferisce la maggioranza dei diritti di voto, se gli Stati membri non concordano un requisito di partecipazione minima inferiore, vale a dire la partecipazione e il controllo sono i due elementi determinanti.

Prima di discutere se questa definizione può costituire un punto di partenza per l'elaborazione di una nozione uniforme di gruppo e controllo, sembra utile esaminare altri settori della legislazione europea, quali il diritto societario nonché le legislazioni in materia di concorrenza, ambiente, mezzi di divulgazione ed offerte pubbliche²². Nonostante la legislazione europea non preveda una definizione comune, i vari criteri per la definizione di gruppo possono essere di interesse anche per il nostro tema.

Il progetto della 9^a Direttiva sulle società del 1984 merita una considerazione particolare, anche se oggi questo progetto deve ritenersi ormai accantonato. Il suo obiettivo era l'armonizzazione delle condizioni nelle quali le società possono costituire un gruppo, quale un'impresa, tenendo conto del fatto che le diverse entità giuridiche costituiscono un'unità economica. Si potrebbe sostenere che, se persone giuridiche diverse sono incluse in un'unica entità in base al diritto societario, in tal caso il diritto tributario dovrebbe seguire questa struttura di diritto civile. Almeno questo è ciò che si pensa in Germania allorché si giustifica l'*Organschaft*.

Ai sensi dell'Art. 2 del citato progetto, ai fini della costituzione di un gruppo è necessario che la società madre direttamente o indirettamente, alternativamente:

- possieda la maggioranza dei diritti di voto, o
 - abbia il diritto di nominare e di revocare la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione o del comitato di vigilanza, nel caso essa sia allo stesso tempo un azionista, o
 - sia un azionista e la maggioranza dei membri del consiglio di amministrazione sia designata con i suoi diritti di voto
- oppure
- sia un azionista e possieda la maggioranza dei diritti di voto in base ad un accordo con altri azionisti.

In breve, il gruppo è determinato in base al controllo giuridico o effettivo della società madre nella *subsidiary* e tale controllo costituisce quindi l'elemento fondamentale. Pertanto, sulla scia dell'esempio tedesco, l'Art. 13 del progetto di Direttiva prevede accordi relativi al controllo tra società madre e *subsidiary*.

L'aspetto più evidente di tale definizione è che il criterio del controllo è considerato decisivo in un gruppo e questo elemento è definito in molti modi. L'idea alla base di tale approccio sembra essere che, in base al diritto societario, un gruppo è costituito da diverse società che agiscono sul mercato come un'unica forza.

Un approccio molto simile è individuabile nell'art. 1 della 7^a Direttiva (83/349) del 13 giugno 1983 relativa ai conti consolidati. Il criterio determinante per la creazione di un gruppo è costituito, ancora una volta, dall'influenza dominante giuridica o effettiva su un'altra impresa.

In effetti, l'elemento del controllo è appropriato, in quanto il diritto societario tratta soprattutto questioni come i processi decisionali in una società e gli obblighi

²² Cfr. WERLAUFF, EU Company Law, p. 542 sgg.

verso terzi. D'altro canto, il diritto tributario si occupa della distribuzione del risultato economico, cioè utili e attività, prodotto dall'attività di società collegate. Se esiste un partecipazione del 100% tra un certo numero di società, gli azionisti della capofila – che detengono tale partecipazione del 100% in società che a loro volta possiedono partecipazioni del 100% in altre società – hanno diritto a ricevere l'utile di tutto il gruppo. Si potrebbe facilmente sostenere che questa partecipazione totale²³ agli utili ed alle attività dovrebbe risultare in un'imposizione di tutto il gruppo su un'unica base comune.

La giurisprudenza della Corte europea di Giustizia parte dal principio che società diverse dovrebbero essere considerate come entità indipendenti in relazione ai diritti ed agli obblighi²⁴ (C-234/98 *Amalgamated Construction Co. Ltd.*). Ma la Corte non tralascia di considerare che molte società agiscono come un'unica entità malgrado la divisione giuridica in diversi organismi. In tal senso, il test decisivo alla base delle sentenze relative alla determinazione di un gruppo sarebbe quello di verificare se la società in questione potrebbe essere venduta separatamente. Ad esempio, nel caso Parker del 1996²⁵ (C-73/95), la Corte ha considerato un'impresa nel contesto della concorrenza nel caso in cui la *subsidiary* agisca in maniera del tutto identica alla società madre. Nel caso C-222/94 del 10 settembre 1996²⁶ relativo alla Direttiva Europea TV senza frontiere, la Corte ha ritenuto che varie società costituivano un'unica impresa in quanto svolgenti la propria attività in base ad un comune piano di programmazioni, ecc. Un approccio simile è seguito dalla Corte nel caso Ballast Nedam Groep²⁷ (C-389/92) e Ruhrwasser²⁸ (C-176/98) riguardanti la possibilità per un'impresa di comprovare di possedere le capacità richieste in relazione ad un'offerta per un appalto pubblico di servizi fornendo le referenze possedute da una delle società del gruppo. Il criterio principale è stato quello di verificare se la società madre disponesse effettivamente delle capacità professionali della *subsidiary*, vale a dire se ne avesse il controllo.

Esaminando le menzionate direttive e decisioni della Corte, si osserva che esse hanno in comune l'idea che per un gruppo è decisivo l'elemento dell'influenza dominante che un'impresa può esercitare sul comportamento economico di un'altra impresa, partecipata dalla prima, indipendentemente dal fatto che questa influenza sia basata sulla maggioranza dei diritti di voto o su qualsiasi altra forma di determinazione delle decisioni del consiglio di Amministrazione o del comitato di vigilanza.

5. Conclusioni

Quali sono dunque i risultati di questa breve analisi?

La legislazione europea applica due criteri determinanti: la partecipazione nell'altra società ed il controllo delle decisioni a livello manageriale. In alcuni casi è sufficiente uno dei suddetti criteri, in altri devono essere entrambi soddisfatti entro certi limiti.

²³ Con azioni o diritti privilegiati.

²⁴ CGCE, sentenza 12 febbraio 1999, C-234/98, n. 12 sg.

²⁵ CGCE, sentenza 24 ottobre 1996, C-73/95.

²⁶ CGCE, sentenza 10 settembre 1996, C-222/94.

²⁷ CGCE, sentenza 14 aprile 1994, C-389/92.

²⁸ CGCE, sentenza 2 dicembre 1999, C-176/98, n. 17sgg.

Jörg Manfred Mössner: *Verso una nozione uniforme di "gruppo" e "controllo" d'impresa ai fini dell'imposizione*

L'altra conclusione è che ancora non esiste una nozione uniforme di gruppo di imprese nella legislazione nazionale o comunitaria.

Il tema del presente articolo è "Verso una nozione uniforme". Non essendo un filosofo Zen nel senso che alla fine del viaggio c'è la meta, desidero terminare invitandovi a discutere se, ai fini dell'imposizione, dovrebbe essere utilizzato uno oppure entrambi gli elementi per la definizione di gruppo di società oppure se il diritto agli utili costituisce il criterio più appropriato.

Da un punto di vista tedesco, la sola partecipazione potrebbe non essere sufficiente. Compensare l'onere fiscale complessivo del gruppo dovrebbe tenere conto della realtà economica, vale a dire del fatto che il gruppo agisce come un'unica impresa malgrado esistano varie entità giuridiche indipendenti. Questo sarebbe un argomento a favore della combinazione dei due elementi della partecipazione e del controllo. D'altro canto, una partecipazione totale in altre società che conferisce il diritto agli utili dell'attività economica nonché al risultato della liquidazione dovrebbe in ogni caso essere riconosciuto come elemento determinante. Resta infine da verificare in quale misura sono tollerati gli azionisti di minoranza. Considerando i diversi approcci nazionali e le diverse nozioni europee, posso immaginare una nozione uniforme definita come segue:

- Società separate possono costituire un gruppo di imprese ai fini dell'imposizione europea qualora (1) una società detenga una partecipazione minima in altra società di più del 50%, eserciti effettivamente un'influenza dominante sulle decisioni manageriali di quest'ultima in quanto ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza dei membri dell'organo amministrativo, gestionale o di vigilanza, ed abbia diritto a più del 50% degli utili, oppure (2) una società abbia diritto a ricevere tutti gli utili, compresi il risultato di una liquidazione di un'altra società.

Ritengo che questa definizione sia in linea con l'orientamento generale dello sviluppo della legislazione europea nei vari settori. Possiede il fascino di essere abbastanza ampia da coprire tutti i casi di unità economica ed è allo stesso tempo sufficientemente ristretta per prevenire eventuali abusi. Per tornare al punto di partenza: la definizione dipende dagli obiettivi che si intendono raggiungere. Ciò significa evidenziare che la nozione di gruppo dipende in modo determinante dalle conseguenze fiscali dell'imposizione transfrontaliera dei gruppi in Europa. Ma questo argomento sarà svolto dai successivi relatori.

Bibliografia

BROWNE, TERRY M., *Group taxation in the European Union*, TPIR 1997, p. 7 - 11.

ENDRES, DIETER, *Internationaler Vergleich von Konsolidierungs- und Organvorschriften*, *Wirtschaftsprüfung, Sonderheft 2003*, p. 35 - 40.

GLEICHMANN, KARL, *The law of corporate groups in the European Community in: Perspectives in European Company Law 1990*, p. 435 - 440.

KESTI, JUHANI, IBFD, *European Tax Handbook 2003*.

KOCH, HANS/SCHENKER, URS, *Group taxation for VAT purposes in Switzerland*, *Intertax 1995*, p. 444 - 446.

WERLAUFF, ERIK, *EU Company Law – Common business law of 28 states*, 2nd edition, 2003.

WIMAN, BERTIL, *Equalizing the Income Tax Burden in a Group of Companies*, *Intertax 2000*, p. 352 - 359.

Exchange of information between Spain and other EU Member States

M^a Amparo Grau Ruiz¹, *Universidad Complutense*

Introduction

The present article intends to give a picture of the state of the art of the procedures on exchange of information as they have been put into practice in Spain during the last decade.

This picture is of interest at a time that the European Union is embracing a system of automatic exchange of information in order to enforce income taxation on interest in the country of residence of the beneficiary.

I. State of the art

At the beginning in the XIX century the main purpose of the first Mutual Assistance Treaties was the fight against tax avoidance connected to taxation of immovable property and these treaties only concerned the exchange of information². After the First World War, a deep research on this subject started, paying attention to movable property too³. The first multilateral work consisted of the technical experts' report in 1925 in the framework of the League of Nations, which proposed bilateral activities⁴. Four projects were published in 1927, two on double taxation and two more on mutual assistance, approved in 1928. In spite of their limited scope, they synthesised all the work done till then and served for the negotiation of many conventions. In 1940 and 1943 – at the Mexico and London Conferences respectively – the models for the assessment and collection of tax claims were put

¹ The author wants to acknowledge Rosa Rodríguez Moreno and Lola Martínez Mora at the AEAT for their help with data, Professors Vanistendael and García Prats for reviewing these pages to publish them and Professors Ramallo Massanet and Piña Garrido for allowing her to participate as national reporter at the European Tax Conference, held at The Stockholm School of Economics, May 29-30, 1998, where a previous version of this article was presented.

² Belgium concluded several Mutual Assistance Conventions, referred to Inheritance and Gift taxes, with France 12 August, 1843, with The Netherlands 24 May and with Luxembourg 11 October 1845. France signed with the United Kingdom another similar Convention related to Inheritance tax in 1907. They did not pay any attention to movable property, because it did not cause important losses of taxing substance. PIATIER, A.: *L'évasion fiscale et l'assistance administrative entre Etats*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938.

³ A resolution approved by the Finance International Conference in Brussels in 1920, suggested that the League of Nations should study these questions and the Economic International Conference in Geneva in April 1922 made a similar recommendation. The International Chamber of Commerce is concerned with these matters since 1920, but it has continued its efforts independently. TRELLES, O. M.: "Double Taxation/ Fiscal Evasion and the International Tax Treaties", *Indiana Law Review*, Vol. 12, No. 2, 1979, p. 341. KING, E. P.: "Fiscal Cooperation in Tax Treaties", *Taxes, the Tax Magazine*, October 1948, Vol. 26, p. 889.

⁴ Experts techniques: *Double imposition et évasion fiscale*, Société des Nations, Genève, 1925. Huiskamp, J. C. L.; BRACEWELL-MILNES, B.; WISSELINK, M. A.: *International Tax Avoidance, vol. A: General and Conceptual Material*, International Series of the Rotterdam Institute for Fiscal Studies, Erasmus University Rotterdam, No. 1, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1979, p. 142.

together in a simple instrument to complement the model conventions on double taxation⁵.

Since then, both matters have had a different level of development: mutual assistance has been reduced to an article in OECD Model Convention for the avoidance of Double Taxation on Income and Capital⁶ (hereinafter, OECD MC) related to exchange of information for the assessment of tax claims. Thus, this kind of assistance has usually been included in Double Taxation Treaties following the wording of article 26 OCDE MC⁷. Mutual assistance for the recovery of tax claims was set aside in 1981 OECD Model, which also contains the possibility to exchange information and seems to be forgotten. After some years, a comprehensive multilateral Mutual Assistance Convention in Tax Matters was open to signature in 1988 by the Council of Europe and OECD, but only a few countries have ratified it⁸. We believe that treating provision referred to mutual assistance as a whole is the best choice, in order to give a better protection to taxpayers and some clear guidelines for tax administrations.

⁵ Societe des nations DES NATIONS, Comité fiscal: *Modèles de Conventions Fiscales de Londres et de Mexico. Commentaire et texte*, Genève, 1946, p. 34. KERLAN, P.: "L'élaboration doctrinale du droit fiscal international. Les modèles de conventions", *Droit et Pratique du Commerce International*, T. 11, No. 2, 1985, p. 191. LUDWIG, R.: "L'assistance internationale au recouvrement de l'impôt", *Revue du Trésor*, Vol. 56, No. 10—12, 1975, p. 5, 15 and 19.

⁶ It is to be noted that the United Nations has continued the work begun by the League of Nations, stressing the most interesting aspects for developing countries. U. N.: *Manual for the negotiation of bilateral tax treaties between developed and developing countries*, New York, 1979, ST/ESA/94. U. N.: *U. N. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, New York, 1980, ST/ESA/102. U. N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa première réunion*, New York, 1983, p. 13, ST/ESA/128. U. N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Directives sur la coopération internationale contre l'évasion et la fraude fiscales en égard tout particulièrement aux impôts sur le revenu, sur les bénéfices, sur le capital et sur les gains en capital*, New York, 1984, p. 5, ST/ESA/142. U. N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa deuxième réunion*, New York, 1984, p. 13, ST/ESA/143. U. N.: *International Co-operation in Tax Matters. Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Co-operation in Tax Matters on the work of its Third Meeting*, New York, 1987, p. 108, ST/ESA/185. AMISSAH, A.: *Mutual cooperation in the enforcement of tax liabilities and the collection of taxes, including exchange of information*. Ad hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 4th Meeting, Geneva, 1987. U. N.: *International Co-operation in Tax Matters. Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Co-operation in Tax Matters on the work of its Fifth Meeting*, Dptmt. of Int'l Economics and Social Affairs, New York, 1990, p. 39, ST/ESA/217. U. N.: *Coopération internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa sixième réunion*, New York, 1992, p. 4.

⁷ In order to get a comparative perspective it is really useful to have a look to DOERNBERG, R. L.; VAN RAAD, K.: *The 1996 United States Model Income Tax Convention – Analysis, commentary and comparison*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1997 (Art. 26).

⁸ It is now in force in eight countries, the Chart of signatures and ratifications in July 2000 is reproduced in the following table (ETS 127):

State	Date of Signature	Date of Ratification	Date of entry into force	R: Reservations D: Declarations T: Territorial Decl.
Belgium	07-02-1992	-	-	R/D
Denmark	16-07-1992	16-07-1992	01-04-1995	D/T
USA	28-06-1989	13-02-1991	01-04-1995	R/D/T
Finland	11-12-1989	15-12-1994	01-04-1995	D
Netherlands	25-09-1990	15-10-1996	01-02-1997	R/T
Island	22-07-1996	22-07-1996	01-11-1996	T
Norway	05-05-1989	13-06-1989	01-04-1995	D/T
Poland	19-03-1996	25-06-1997	01-10-1997	R/D
Sweden	20-04-1989	04-07-1990	01-04-1995	D

Nowadays, as it is well known, economic globalisation increases the risk of avoidance and at the same time creates new problems, such as taxation of electronic commerce or harmful tax competition, that cannot be ignored⁹. The OECD and the EU are constantly devoting efforts to adapt their rules and structures to this phenomenon¹⁰. In this context, countries are once again encouraged to adopt mutual assistance rules, because as this study on their impact – from a qualitative and quantitative point of view – will show, currently their efficiency is inadequate¹¹.

In Europe, the anticipation in the regulation on mutual assistance result into a positive approach, trying to further the harmonisation process following the line of least resistance¹². But the old Directives 76/308/EEC and 77/799/EEC must be updated and reinforced. Right now, inside the European Union, national tax administrations are facing a stronger process of internationalisation and work together as if they belonged to a single State¹³. This situation obliges them to

⁹ JEFFERY, R. J.: *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Series on International Taxation, No. 23, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

¹⁰ On 26 June 2000, the OECD has presented to Ministers and publicly released its Report on progress in identifying and eliminating harmful tax practices. This Report includes a list of jurisdictions that are tax havens under the criteria of the 1998 Report, as well as the results of its review of OECD member country preferential regimes. Recommendation number 14 in the OECD report on harmful tax competition, approved by the Council the 9th of April 1998, encouraged Member States explicitly to adopt rules on mutual assistance for the collection. To that end, we think that it would be very convenient to include in OECD MC an article on mutual assistance for the recovery of tax claims, with a global or limited nature – referred to benefits unduly obtained -, and also to give some guidelines to competent authorities on this matter, taking into account those given for the exchange of information. Usefulness of mutual assistance depends to a greater extent on its generalisation, that is the reason why the tax havens' negative attitude towards exchange of information is criticised. Within the European Union, latest events in the Feira European Council, 19-20 June 2000, show in relation with the tax package how the exchange of information approach has been adopted in a long run (Conclusions and Annex IV). The same opinion is maintained after the 27 November ECOFIN, where total exchange of information is expected in 2010; meanwhile, withholdings will be still in force in Austria, Belgium and Luxembourg. Other proposals related to cooperation: COM (349) 2000 final, Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council amending Regulation (EEC) No. 218/1992 on administrative cooperation in the field of indirect taxation (VAT), Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards the value added tax arrangements applicable to certain services supplied by electronic means. COM (377) 1998 final, Proposal for a Council Directive amending Directive 77/388/EEC as regards the rules regarding deductible VAT, Proposal for a Council Regulation (EC) on verification measures, measures relating to the refund system and administrative cooperation measures necessary for the application of Directive 98/xxx/EC.

¹¹ In Spain the situation has not changed too much in the last ten years. PALAO TABOADA, C.: "Ponencia nacional española sobre el intercambio de información en el marco de la asistencia mutua", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXVb premier sujet, 1991, p. 295. LOPEZ FEITO, F.: "Guía de la O. C. D. E. sobre el intercambio de información fiscal entre Estados", *Cuadernos de Formación*, E. H. P. , No. 24, Madrid, 1993. GOMEZ-POMAR RODRIGUEZ, J.: "Presente y futuro del intercambio de información y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales", *Crónica Tributaria*, No. 71, 1994, p. 59. CALDERON CARRERO, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.

¹² RODRIGUEZ MORENO, R.: "La Asistencia Mutua en los impuestos directos y el IVA", *I Curso sobre fiscalidad y finanzas España-CEE*, Escuela de Hacienda Pública, M. E. H. , Madrid, 1986, p. 175. The only strategy which is left to the countries who wish a stronger cooperation is moral persuasion or stipulation of some economic compensation, because most of them have already accepted without conditions freedom of movement before establishing a net of conventions on mutual assistance. That way, since the beginning, they have lost one of the best valuable considerations they could offer to negotiate a change of attitude with countries that prefer competence. With a public finance perspective, an analysis explains how cooperation produces a net global gain, but it does not produce an upper Pareto assignment of resources (ZUBIRI, I.: *El Sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 2000, p. 129).

¹³ DELGADO PACHECO, A.: "La asistencia mutua entre Administraciones Tributarias", *Impuestos*, 1990, p. 162. In the ECOFIN of 25 May 1999 was presented the "Memorandum del Gobierno del Reino de España para intensificar la cooperación administrativa contra el fraude y la evasión fiscal" (Document 8536/99). Following this Report, in 1998 the requests of information between the 15 EU Member States were 11. 400, what results in an average of 760 requests of assistance in each Member State. On the other hand, concerning direct taxes, in 11

move from rather passive international collaboration to more active international cooperation, because traditional reciprocity is not enough, and mutuality, which implies a closer degree of connection between tax administrations, is required¹⁴.

Mutual assistance is a basic formal principle in International Tax Law¹⁵, which helps to implement substantive rule of tax law. It also contributes to coherence between the establishment of taxes and the possibilities of making them effective. The territoriality principle does not allow States to carry out extraterritorially any collection or assessment activity (that is, acquisition of information, data and evidence useful for the administration to determine the existence and amount of the debt)¹⁶.

In order to avoid problems of approving agreements, establishing criteria to distribute an international tax base, national governments usually develop *ad hoc* solutions through administrative procedures¹⁷. The question is if mutual assistance can be considered in its several forms (for instance, exchange of information or collection of tax claims) as being a fair procedure. That will depend for each category of assistance on whether it takes place not on the basis of *comitas gentium*, but only on the basis of legal criteria, whose compliance can be tested.

Since the single States represent original and sovereign legal systems and do not derive their legitimacy from any other superior legal system¹⁸, the following scheme may establish a useful track: through Double Taxation Treaties or Community law, States bestow on their Administration the *power* of requesting mutual assistance. If the prerequisites for the exercise of this power are fulfilled, the competent authority of the requesting State will have a *right* to a certain administrative behaviour in the State so requested. Correlatively the abstract *duty*

countries during 1995 the total amount of requests was 421, resulting in an average of 38 requests for each Member State. On the grounds of articles 94 and K. 1 in the Treaty of Amsterdam, the main troubles to solve are the lack of administrative means, the procedural and organisational differences, the quality and quantity of information available in different countries, the structural balance of requests, the differences in the national rules to be applied. Time has arrived to reinforce Directive 77/799/EEC, to sign Council of Europe and OECD Multilateral Convention, to renegotiate Double Taxation Conventions updating article 26 to cover comprehensive mutual assistance, to take benefit of Fiscalis Programme, and so on.

¹⁴ LEVINE, P.: *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international in l'absence et in présence de Conventions Internationales*, Librairie General de Droit et de jurisprudence, Paris, 1988, p. 293. LEVINE, P.; PINSON, P.: "L'entraide fiscale: de la collaboration à la coopération", *Droit et Pratique du Commerce International*, Vol. 11, No. 2, 1985, p. 267. International taxation cooperation has been defined as activity developed by States to allow the pursuit of aims of a taxation nature on the part of another State, and it is accomplished by instruments of an administrative or jurisdictional nature (SACCHETTO, C.: *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova, 1978, p. 209). According to M. UDINA (in *Il diritto internazionale tributario*, Cedam, Padova, 1949, p. 428) international assistance in taxation matters is the co-ordinated but distinct activity of the internal organs of two or more States, aimed each time to indifferently execute the aims of one of them; aims which correspond to the analogous ones of the others, having equal rights to their execution (BARASSI, M.: "Exchange Of Information", *International Tax Law Review*, No. 3, 1999, p. 59).

¹⁵ CARBAJO VASCO, D.: *El intercambio de información en los Convenios de Doble Imposición Internacional*, No. 42, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985.

¹⁶ SACCHETTO, C.: "Territorialità (Diritto tributario)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, p. 304.

¹⁷ PICCIOTO, S.: *International Business Taxation*, Law in Context Series, Weidenfeld & Nicholson, 1992, p. 76. COLE, R. T.; GORDON, R. A.; VENUTI, J.: "Exchange of Information and Assistance in Tax Collection (Part II)", *Tax Management International Journal*, Vol. 24, Nr. 1, 1995, p. 34.

¹⁸ BISCARETTI DI RUFFIA, P.: "Stato", *Juridical Encyclopaedia*, Rome, 1993, p. 10.

of subjection will be converted into an *obligation* of “performance” by the competent authority of the requested State¹⁹.

There are, of course, certain limits to this obligation to grant assistance. They were already established by the League of Nations in its initial work and are usually referred to as reciprocity, public order, secrecy, nationality and legislation²⁰. Some of them will be analysed for the assessment of the exchange of information in this article.

II. Legal instruments in Spain

Spanish Laws²¹ providing for or regulating the international exchange of information between tax administrations are quite scarce and relatively old. They are pointed out in the following list:

Law 21/1986, 23 December (Additional Provision 28th) which approved the General Budget for 1987²².

Royal Decree 1326/1987, of 11 September, about the application procedure of the EEC Tax Directives on Exchange of information (77/799/EEC and 79/1071/EEC).

Ministerial Regulation of 9 February 1988 about the procedure for the international mutual assistance on tax matters.

Royal Decree 1068/1988, of 16 September, implementing some EEC Directives on Mutual Assistance for the Recovery of Tax Claims (76/308/EEC, 77/799/EEC, 79/1071/EEC and 86/489/EEC).

Ministerial Regulation of 9 October 1989 implementing the Royal Decree 1068/1988, of 16 September, on Mutual Assistance for the Recovery of Tax Claims.

However, together with these internal rules which were approved to implement Community Law, there are some Double Taxation Treaties referring in one of their articles to mutual assistance. In this sense, Double Taxation Conventions on Income

¹⁹ The obligation to render assistance does not exist when the requirements to formulate the request are not met, this would lead to an *a limine* refusal. This obligation to assist can be extinguished by different causes: requesting States waiver, or requested States compliance. If it is not possible for the requested State to comply with the request, a negative communication has to be sent. GRAU RUIZ, M. A.: *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de asistencia mutua*, La Ley, Madrid, 2000. An abstract in English can be found in “Mutual Assistance for the Recovery of Tax Claims”, *Intertax*, Vol. 28, No. 6, 2000. On the latest proposals to modify 76/308/EEC Directive, GRAU RUIZ, M. A.: “La asistencia mutua en la Unión Europea”, *Quincena Fiscal*, 2000. “Avances propuestos en la asistencia mutua en materia de recaudación”, *Crónica Tributaria*, No. 94, 2000, p. 33.

²⁰ MARIELLA, G.; PEZZUTO, G.: “La collaborazione internazionale amministrativa in materia fiscale”, *Il Fisco*, No. 5, 1996, p. 1431. ATIK, J. C.: “The problem of reciprocity in transnational enforcement of tax judgements”, *Yale Stud. World Pub Order*, Vol. 8, No. 1, 1981, p. 156. PIATIER, A.: *L'évasion fiscale*. . . , op. cit. , p. 228.

²¹ Laws are all provisions binding on the authorities of the State concerned under the latter's constitutional and administrative law (VOGEL, K.: *On Double Taxation Conventions*, 3rd Edition, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1997, Art. 26, No. 101).

²² BOE 24 December 1986. It lays down that the Ministry of Economics and Taxation will be competent for the exchange of information through the means that regulations will decide, according to the EEC Directives and without prejudice to the Double Taxation Treaties. Moreover, article 113 of the General Law on Taxation, after its reform by Law 25/1995, article 7 par. 3-6 of the Royal Decree 939/1996 and article 6 of Royal Decree 1624/1992 could be taken into account.

and Capital are the most numerous in Spain²³. The Spanish bilateral conventional network is nearly closed with the Member States of the European Union with the exception of Greece, where exchange of information takes place exclusively through EEC Directives. While in the other cases both the Directives and the Double Tax Agreements are invoked as legal basis for the mutual assistance procedure.

References to the articles on the exchange of information in Spanish Tax Treaties now in force can be found summarised in the table below:

Treaty with	Article	Concerning taxes on	Concluded on	Official source (Boletín Oficial del Estado: BOE Spanish Official Gazette)
Austria	Art. 27	Income, capital	20 December 1966	6 January 1968
Belgium	Art. 26	Income, capital	24 September 1970 (New one 14 June 1995)	27 October 1972 (not published yet)
Denmark	Art. 27	Income, capital	3 July 1972	28 January 1974
Finland	Art. 27	Income, capital	15 November 1967	11 December 1968
France	Art. 27	Income, capital	10 October 1995	12 June 1997
Germany	Art. 26	Income, capital	5 December 1966	8 April 1968
Ireland	Art. 26	Income, capital gains	10 February 1994	27 December 1994
Italy	Art. 25	Income	8 September 1977	22 December 1980
Luxembourg	Art. 27	Income, capital	3 June 1986	4 August 1987
Netherlands	Art. 28	Income, capital	16 June 1971	16 October 1972
Portugal	Art. 26	Income	26 October 1993	7 November 1995
Sweden	Art. 27	Income, capital	16 June 1976	22 January 1977
United Kingdom	Art. 27	Income, capital	21 October 1975	18 November 1976

As it shows, exchange of information has been a traditional clause in Spanish Conventions with other European Union Member States, included since the first ones in 1966 with Germany²⁴ and Austria, and maintained until the last ones in 1995 with France and Belgium.

Moreover, there is a clear relationship with domestic Law, as Courts and "Dirección General de Tributos" (DGT) have underlined. The Judgement of 30 April 1999 (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, JT 1999/1211) refers to the requirement established in article 30 bis of Law 43/95 on Corporate Taxation: participated entities must be residents in a country with which Spain has a Double Taxation Convention in force, containing an exchange of information clause. The Court concludes that this prerequisite can also be found in the rules issued in Alava (article 30.1-2 of Norma Foral).

²³ There are approximately 38 Treaties concerning taxes on income and capital. There are also a few Inheritance and Gift Tax Treaties that contain a clause on exchange of information, i. e. the one concluded with France (8 January 1963, BOE 7 January 1964) and with Sweden (25 April 1963, BOE 16 January 1964).

²⁴ An interesting explanation is given in SELLING, H.-J.: *Kommentar zum DBA-Spanien Handbuch des spanischen Steuerrechts*, Verlag Edition für Internationale Wirtschaft, Frankfurt am Main; Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Berlin, 1999 (Art. 26).

There are some answers given by the DGT to doubts that have arisen in certain particular cases, that are somehow influenced by the possibility of exchanging information. For instance: DGT 30 January 1996, DGT 22 May 1997 and DGT 21 February 2000, that confirm the exemption in the Special Duty on Immovable Property only if the owners are residents in a State having a Double Taxation Treaty with Spain, where an exchange of information clause is included.

A. Conventions / Treaties

First, as it usually happens, Double Taxation Conventions usually follow the OECD Model. However, it must be checked according to which version of art.26 they were written. The answer is briefly shown in the following figure:

Art. 26 OECD Model 1963	Austria, Belgium ²⁵ , Denmark, Finland ²⁶ , Germany, Netherlands ²⁷ , Sweden ²⁸ , United Kingdom ²⁹
Art. 26 OECD Model 1977	Ireland, Italy, Luxembourg, Portugal, France ³⁰
Art. 26 OECD Model 1995	(New Belgium ³¹)

On the one hand, most of Spanish Treaties do follow the 1963 OECD Model, which was the sole reference when they were concluded. The newest Conventions follow 1977 the OECD Model, showing Spain's positive attitude to the changes in the OECD's position.

On the other hand, Spain has not negotiated any separate bilateral agreement on the basis of the 1981 Model Convention for Mutual Administrative Assistance in the Recovery of Tax Claims. It must be remarked that the two Double Taxation Treaties signed in 1995 with France and Belgium also extend the mutual assistance mechanism to the collection of taxes by including a separate article on that matter³².

Secondly, in the multilateral field, Spain has not yet signed, approved and ratified the OECD/Council of Europe Convention of 25 January 1988. However, there are no grounds at all to suspect that it will not do so in the future³³.

Last, it must be explained that there is not any specific written official agreement providing for exchange of information (regarding e.g. automatic exchange,

²⁵ There is a small change: "Besides the taxpayer or his representative, it may only be disclosed to ..."

²⁶ It changes the plural: "...to any person or authority other than the one..."

²⁷ It refers to "information which such authorities have in proper order at their disposal".

²⁸ In the first paragraph is stated that for the carrying out of the domestic laws, however, the competent authorities are not obliged to exchange information which is not obtainable from documents kept by the tax authorities but which require special investigation.

²⁹ Concerning the purpose of exchange of information is added "... or for the prevention of fraud or for the administration of statutory provisions against legal avoidance in relation to the taxes which are the subject of this Convention".

³⁰ "Personas o autoridades encargados de..." can result in "involved in". It includes also a third paragraph on the mode of exchange: on request and automatic. Article 28 deals with tax collection too.

³¹ "Personas o autoridades a quienes atañe ..." can mean in practice "concerned with". It refers also to the mode of exchange: on request, automatic and spontaneous. Article 27 is devoted to mutual assistance for the recovery of tax claims.

³² GRAU RUIZ, M. A.: "La recaudación de tributos en favor de otro Estado: Algunas novedades introducidas por los últimos Convenios de España con Francia y Bélgica", *Crónica Tributaria*, No. 87, 1998, p. 31.

³³ GRAU RUIZ, M. A.: "El Convenio sobre Asistencia Mutua en Asuntos Fiscales: su trascendencia para el Derecho Fiscal Internacional español", *Estudios Financieros*, No. 170, 1997, p. 91.

simultaneous audits, presence of tax officials of the other country on national territory). In fact, there are a few informal agreements with some countries with which information is usually being exchanged (e.g. France and Sweden) taking them bilaterally into account if it is possible.

B. Domestic laws

As it has been already mentioned above, there are few provisions adapting the domestic legislation to the Directives 76/308/EEC and 77/799/EEC, but they are quite detailed.

Royal Decree 1326/1987 defines the taxes covered (income, capital and VAT), the mode of exchange of information for their assessment (on request, automatically and spontaneously), the steps in the procedure of exchange and the limits. The presence in Spain of tax officials from other Member State is also established.

Regarding spontaneous exchange of information, we must bear in mind that the European Court of Justice in its Judgment of 13 April 2000³⁴ explained the interpretation of article 4,1 & 3 of Directive 77/799/EEC. The Dutch Secretary of Finance decided to send information to the Spanish competent authorities about W.N., who had paid some money to his wife in Spain through a Swiss bank. Basically, the Court answered questions related to the obligation to exchange information spontaneously, how to understand the words “exención anormal” in the sense of “loss of tax”, and stated that it is not necessary that the exemption appears in an express act of the competent authority.

Reading the Royal Decree 1326/1987, it is possible to see that it follows very closely the EEC Directive³⁵. At first sight this could be commendable, but it can also be criticised on the following grounds: It only adds a couple of rules on the procedure, without referring to the taxpayer’s participation or notification. This gap in the Directive should have been filled by our domestic legislation, and this has been a lost opportunity. Concerning the notion of secrecy or privileged information, the Royal Decree chooses the discretion duty (article 11.6 General Tax Law, article 7 Inspection Rules). Even more, article 8 of the Royal Decree introduces some differences in the use and disclosure of information: it does not refer to the persons who intervene in administrative or judicial procedures, but includes the possibility of disclosure of information obtained for the prosecution of smuggling and fiscal crimes.

The Minister’s powers, recognised by RD 1326/1987, are delegated by Minister Regulation 9 February 1988 to the General Secretary at the Ministry of Finance, who will be the competent authority. It also clarifies the competences of the General Director at the Financial and Tax Inspection Office for the consultation procedure (art.9 Directive 77/799/EEC) and of the General Director of Taxation for the interpretation of the legislation.

³⁴ GRAU RUIZ, M. A.: “El intercambio de información espontáneo entre los Estados miembros de la U. E.: breves consideraciones tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo de 13 de abril de 2000”, *Impuestos*, (in press).

³⁵ GRAU RUIZ, M. A.: “Intercambio de información tributaria y derecho de la información (Notas sobre la incorporación al Derecho interno de las Directivas comunitarias en materia de intercambio de información)”, *Noticias CEE*, No. 46, 1988, p. 47.

Regarding the recovery, Royal Decree 1068/1988 plays an essential role. This Royal Decree is structured in four chapters, whose contents are specified in the following paragraphs, underlying aspects related to international exchange of information between tax administrations.

The first Chapter contains general provisions: object of this RD, taxes covered -own resources-, definitions -competent authorities: State Office (“Dirección General”) for Collection -, statute of limitation, threshold and so forth. According to Art. 7 the documentation and information sent to the requested authority will be only disclosed to the a) persons mentioned in the request; b) persons and authorities concerned with the collection; c) judicial authorities with information on matters related to the recovery of the claims. Art. 9 imposes on the requested authority the obligation to inform promptly the requesting authority of the action taken.

The second Chapter deals with exchange of information to and from Spain. Art. 10 provides that the request must contain the signature and official seal, addressee's name and address, nature and amount of the tax claim, in accordance with Art. 11 the State Office for Collection must acknowledge receipt of the request. Art. 12 limits * the obligation to provide assistance for reasons of -public policy, commercial, industrial or professional secret, information not obtainable for the recovery of similar national tax claims. The grounds for the refusal to give information must be notified to the applicant authority. Art. 13 also obliges to notify when the information cannot be obtained due to special circumstances. Art. 14 refers to the information requested by the State Office for Collection.

The third Chapter refers to service of documents requested to and from Spain. In accordance with article 16 once the service has taken place, the requested authority will inform promptly to the requesting authority.

The fourth Chapter deals with assistance in recovery requested to and from Spain. Under certain circumstances parties must consult or inform each other; Art. 25 in case of deferral of payment, Art. 26 if procedures dispute the tax claim or the instrument allowing enforcement of the tax claim in the requesting State. Art. 27 when the tax claim cannot be recovered. Art. 28 deals with the case when the request loses its objective, Art. 29 deals with the case when the amount of tax due is amended.

Ministerial Regulation of 9 October 1989 develops this procedure for each form of assistance in the recovery, specifies how the amounts recovered must be transferred and establish a minimum threshold. Furthermore, there are neither specific circulars nor instructions regarding automatic exchange, simultaneous audits or presence of tax officials of the other country in national territory.

The Resolución del “Tribunal Económico Administrativo Central” (hereinafter TEAC) of 25 January 1995 (*Crónica Tributaria*, No.80/1996) refers to a German request of measures of prevention based on article 12 of Directive 76/308/EEC³⁶. As all the legal requirements are met, the validity of their adoption is confirmed, until the resolution of the dispute by the German competent Court in Hesse.

³⁶ GRAU RUIZ, M. A.: “La adopción de medidas cautelares en el marco de la asistencia mutua en materia de recaudación (Comentario a propósito de la Resolución del TEAC de 25 de enero de 1995)”, *Crónica Tributaria*, No. 80, 1996, p. 135.

The “Resolución del TEAC” of 11 June 1999 is referred to recovery of Portuguese debts by the Spanish. The request of recovery has been sent by the competent authority and it is sufficient to open the procedure of enforcement in Spain. So the Spanish officials must proceed to satisfy the debt. The taxpayer can object that he is not a debtor in Portugal, but that matter only concerns the tax authorities in that country.

C. Priority of legal instrument

The question related to priority of the legal instruments is quite clear in Spain: a Double Taxation Treaty usually has priority over domestic legislation, but if it is not compatible with an EEC Directive, the latter will have priority over the former³⁷.

III. Practical experience in exchange of information

With regard to international relationships, particularly to mutual assistance requests, Spain is mainly a receiver State. Of course, this is due to the high number of foreigners who are living in this country.

As it can be noticed in the following statistics, the system of mutual assistance does not work properly, despite the continued efforts of administrative services to improve it. The results are still very poor.

These statistics concern the application of the provisions providing for the exchange of information in the assessment and mutual assistance for the collection of tax claims since 1995 until 1999³⁸.

MUTUAL ASSISTANCE FOR THE ASSESSMENT: EXCHANGE OF INFORMATION

COUNTRIES	TO SPAIN				FROM SPAIN			
	1995	1997	1998	1999	1995	1997	1998	1999
Austria	1	1	1	3	2	1		
Belgium	6	20	24	12	7	6	5	2
Denmark	19	22	10	7	3	1	2	3
Finland	1	7	2	2	1	2		
France	139	117	86	112	18	18	13	11
Greece	0				1			
Germany	20	34	9	31	14	10	5	14
Ireland	0	1	2	1	4	7	6	6
Italy	6	7	5	2	11	2	1	3
Luxembourg	0	0	1	8	6	10	6	
Netherlands	10	7	5	5	17	12	11	9
Portugal	9	1	6	18	13	1	6	10
Sweden	7	18	2	6	6	3	1	1
United Kingdom	26	34	11	17	12	12	7	9
Total	244	269	164	213	118	82	67	75

³⁷ BAENA AGUILAR, A.; CALDERON CARRERO, J. M.; GARCIA PRATS, F. A.; LETE ACHIRICA, C.; MARTIN JIMENEZ, A. J.: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes*, Civitas, Madrid, 1999.

³⁸ The statistics concerning the assessment and collection from 1996 until 1999 have been obtained directly from the Central Information Unit (now, Central Information Team at the National Office against Fraud) and the Special Procedures Unit. The ones related to assessment and collection in 1995 were published during 1997 in *Memoria de la Administración Tributaria*, Ministerio de Economía y Hacienda –Secretaría de Estado de Hacienda-. Information given for each year depends on data available. For the sake of completeness, data related to consults from and to Spain since 1993 until 1999, due to art. 5 EC Regulation 218/92, are included at the end of this article.

MUTUAL ASSISTANCE FOR THE COLLECTION: EXCHANGE OF INFORMATION,
RECOVERY, SERVICE OF DOCUMENTS AND CONSERVATORY PROCEDURES

1. Requests of information

1.1. Requests of information received

YEAR	TO RESOLVE IN			RESOLVED IN			
	PENDING 1-1	RECEIVED IN	TOTAL	POSITIVE	NEGATIVE	TOTAL	PENDING 31-12
1995	7	31	38	6	16	22	16
1996	16	22	38	3	9	12	26
1997	26	40	66	10	26	36	30
1998	30	17	47	1	19	20	27
1999	27	38	65	13	19	32	33

1.2. Requests of information sent

YEAR	TO RESOLVE IN			RESOLVED IN			
	PENDING 1-1	SENT IN	TOTAL	POSITIVE	NEGATIVE	TOTAL	PENDING 31-12
1996	0	2	2	1	0	1	1
1997	1	0	1	0	1	1	0
1998	0	1	1	0	0	0	1
1999	1	4	5	1	0	1	4

2. Requests of recovery

2.1. Requests of recovery received

YEAR	TO RESOLVE IN					
	PENDING 1-1		RECEIVED IN		TOTAL	
	No.	Amount (pts)	Number	Amount (pts)	Number	Amount (pts)
1995 ³⁹	171	964.432.165	106	2.109.972.000	277	3.074.404.165
1996	192	2.811.290.925	106	3.630.207.013	298	6.441.497.938
1997	210	5.385.302.542	94	1.793.169.625	304	7.178.472.167
1998	198	6.220.287.465	124	4.466.830.186	322	10.687.117.651
1999	231	9.457.989.605	139	1.038.419.003	370	10.496.408.608

YEAR	RESOLVED IN					
	RECOVERED		OTHER CAUSES		TOTAL	
	No.	Amount (pts)	Number	Amount (pts)	Number	Amount (pts)
1995	26	8.684.263	59	254.428.977	85	263.113.240
1996	22	12.709.481	66	1.043.485.915	88	1.056.195.396
1997	26	6.558.615	80	951.626.087	106	958.184.702
1998	26	174.163.757	65	1.054.964.289	91	1.229.128.046
1999	13	35.722.599	94	6.450.776.753	107	6.486.499.352

³⁹ Amounts recovered during the fiscal year related to two deferral of payments (308.000 pts) are included, taking into account the two proceedings as finished due to the total payment. Amounts corresponding to partial payments in three proceedings are also included, while the rest of the debt is pending. The amount paid by a taxpayer to the applicant State (466.511 pesetas) are included, while the rest of the debt (450.000 pesetas) is paid in Spain.

YEAR	PENDING 31-12	
	No.	Amount (pts)
1995	192	2.911.290.925
1996	210	5.385.302.542
1997	198	6.220.287.465
1998	231	9.457.989.605
1999	263	4.009.909.256

2.2. Requests of recovery sent

YEAR	TO RESOLVE IN					
	PENDING 1-1		SENT IN		TOTAL	
	No.	Amount (pts)	Number	Amount (pts)	Number	Amount (pts)
1996	19	17.048.309	28	356.094.931	47	373.143.240
1997	31	357.079.918	17	1.514.845.481	48	1.871.925.399
1998	41	1.862.227.261	7	4.697.706.131	48	6.559.933.392
1999	32	720.212.280	8	533.117.082	40	1.253.329.362

YEAR	RESOLVED IN								
	RECOVERED				Total	OTHER CAUSES		TOTAL	
	No.	Amount (pts)	Change diff. -	Change diff. +		No.	Amount (pts)	No.	Amount (pts)
1996	2	638.046	1.734	31.104	667.416	14	15.425.276	16	16.063.322
1997	3	955.149	4.268	218.762	1.169.643	4	8.742.989	7	9.698.138
1998	2	3.541.067		354.113	3.895.180	34	5.838.180.045	16	5.839.721.112
1999	1	4.848.861		12.992	4.861.853	1	103.009	2	4.951.870

YEAR	PENDING 31-12	
	No.	Amount (pts)
1996	31	357.079.918
1997	41	1.862.227.261
1998	32	720.212.280
1999	38	1.248.377.492

3. Requests of service of documents

3.1. Requests of service of documents received

YEAR	TO RESOLVE IN			RESOLVED IN			
	PENDING 1-1	RECEIVED IN	TOTAL	POSITIVE	NEGATIVE	TOTAL	PENDING 31-12
	1995	41	76	117	54	14	68
1996	59	12	71	32	18	50	21
1997	21	22	43	14	7	21	22
1998	22	19	41	18	5	23	18
1999	18	5	23	1	2	3	20

3.2. Requests of service of documents sent

YEAR	TO RESOLVE IN			RESOLVED IN			PENDING 31-12
	PENDING 1-1	SENT IN	TOTAL	POSITIVE	NEGATIVE	TOTAL	
1996	0	14	14	0	1	1	13
1997	13	21	34	13	2	15	19
1998	19	11	30	12	4	16	14
1999	14	4	18	3	0	3	15

4. Requests of measures of conservancy received

YEAR	TO RESOLVE IN			RESOLVED IN			PENDING 31-12
	PENDING 1-1	RECEIVED IN	TOTAL	POSITIVE	NEGATIVE	TOTAL	
1996	9	2	11	4	4	8	3
1997	3	4	7	2	2	4	3
1998	3	1	4	0	1	1	3
1999	3	5	8	1	0	1	7

IV. Purpose of the exchange of information

The purpose of the exchange of information may vary depending upon the legal instrument providing for the exchange. Theoretically, a choice has to be made among these different purposes: carrying out of provisions of the convention, and of provisions of domestic laws, or only of provisions of domestic laws having as its purpose to counteract the tax avoidance and tax evasion.

In the Spanish Conventions the so-called major information clause is generally used instead of the minor information clause, because it goes beyond and serves the national interests⁴⁰. The only exception is the Treaty with the Netherlands.

All the Treaties try to counteract tax avoidance and evasion, however the ones concluded with Italy and the United Kingdom mention this goal explicitly.

In a similar way, Royal Decree 1326/1987 with Ministerial Regulation 9 February 1988 and Royal Decree 1068/1988 with Minister Regulation 9 October 1989 lay down the same purpose of exchange of information to assess and collect tax debts.

The “Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central” of 23 November 1994 (RG No.4705/1993, *Jurisprudencia Tributaria* 1994, 1655) relates to the exchange of information clause included in article 27 of the Double Tax Agreement between the USA and Spain. It cancels the request of information addressed by the Spanish Central Information Unit to a Spanish financial institution’s branch office in New York, due to extraterritoriality arguments and because the information was not relevant for tax purposes.

⁴⁰ The major information clause protects the interest of the Contracting State and has a wider purpose than the one pursued by other rules of the OECD Model that aim to eliminate double taxation. The minor information clause has a more limited scope, only for the application of the convention. VOGEL, K.: *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 1403.

The “Resolución del TEAC” of 11 February 1998 says that it was impossible for the tax officials to finish their investigation, because information requested to other EU Tax Administrations had not been obtained yet. That fact, together with a taxable event that could be desegregated, motivated a provisional assessment of the debt.

V. Organisation of the exchange of information

The direct contact of a local tax auditor with his counterpart in the other contracting State country is not allowed. They can only contact each other via the national central tax administration, specifically the Central Information Team at the National Office against Fraud, before named central information unit (“Unidad Central de Información”, UCI) at the Financial and Tax Inspection Department, which belongs to the Tax Agency (“Agencia Estatal de Administración Tributaria”, AEAT⁴¹).

In parallel, the Unit for Special Procedures (“Subdirección de Procedimientos Especiales”) at the Collection Department of the AEAT centralizes the exchanges of information for the recovery of tax claims.

Due to Spanish characteristic territorial structure some problems could appear with Autonomous Communities, but in practice they are sorted out quite easily. The information related to particulars in possession of the authorities of an Autonomous Community or that are obtainable only by this Community, can only be requested via the national central tax administration. The regulations on the distribution of powers between the State and the Autonomous Community do not solve the question expressly. In accordance with Spanish Constitutional Court’s doctrine⁴² about the information to be sent by Spanish authorities to the European Institutions, its elaboration concerns to the competent authority of an Autonomous Community, and the transfer of information must be effected from the central administration⁴³.

It is to be noted that in the “Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central” of 23 November 1994, there was not a proper exchange of information, as the request was transmitted directly to the taxpayer, having overlooked the competent authorities in the requested State.

VI. Taxpayers & Taxes covered

An analysis of the topics that can be subject to an exchange of information provision shows the option between resident taxpayers of the Contracting States or also non-resident taxpayers.

⁴¹ The AEAT was created by article 103 of the Law 31/1990, 27 December. Its paragraph 5 (modified by Law 18/1991, 6 June) refers to mutual assistance. The AEAT was structured by Minister Regulation 26 December 1991 in Departments assuming the competences of the previous State Offices (Direcciones Generales) and the references to the General Secretary must be understood done to the Director of the Tax Agency. This structure was developed by Minister Regulation 2 June 1994.

⁴² Judgment 172/1992, 28 October, interpreting article 10 Law 30/1992.

⁴³ CASES PALLARES, L.: “La remisión de información por parte de las autoridades españolas a las instituciones europeas”, *Noticias de la Unión Europea*, No. 118, CISS, Valencia, 1994.

Under this subjective approach, it can be stated that most of the Spanish Treaties refer exclusively to resident taxpayers, because as it was explained before they follow the 1963 OECD Model. Moreover, the Conventions concluded recently cover non-resident taxpayers too, following the 1977 OECD Model.

Treaty with	Resident taxpayers	also non-resident taxpayers
Austria	X	
Belgium	X	
Denmark	X	
Finland	X	
France		X
Germany	X	
Ireland		X
Italy		X
Luxembourg		X
Netherlands	X	
Portugal		X
Sweden	X	
United Kingdom	X	

From an objective point of view, the exchange of information can be defined to operate only with taxes covered by the treaty or also with other taxes of the Contracting countries. In this matter, Spanish Treaties refer to taxes covered by the treaty, that is to say, income and capital taxes.

VII. Limits to the obligation to provide assistance

As it can be easily understood, the obligation to render mutual assistance is not unlimited. One of the traditional limits, since the beginnings of this institution, is the one referred in the domestic legislation. There are two types of restrictions: only information that can be collected under the laws of the requested state or only information that the requesting state can obtain under its own legislation.

These restrictions are relevant because mutual assistance for the recovery should not open new ways of obtaining information for a contracting State, neither inside nor outside its territory. Treaties usually stick to the restrictions in the legislation of the requested State. We think however that it would be much more convenient to establish a standard procedure, from the lowest common denominator.

All Spanish Conventions follow the OECD Model, as is stated in paragraph 2 (b)⁴⁴, the Contracting States are obliged to provide assistance and supply information obtainable under the laws of the requested or the requesting State.

The requested State must begin additional *ad hoc* investigations by using the means available in its domestic legislation. In Spain the Tax Administration has wide powers to obtain information, because the taxpayers are obliged to supply such

⁴⁴ "In no case shall the provisions of paragraph 1 be construed so as to impose on one of the Contracting States the obligation... to supply information (particulars) which is (are) not obtainable under the laws or in the normal course of administration of that or of the other Contracting State".

information (article 111 General Tax Law). If there are doubts about the reciprocity in the applicant State, the Spanish Tax Administration asks for a clarification regarding this particular. The exchange of being information restricted by the principle of reciprocity, it result into the lowest common denominator in the intensity of investigation⁴⁵ between the two contracting states.

Assuming the information can be obtained under the legislation of the requesting state as well as under the legislation of the requested state, the requested state is under the obligation to supply the information. If the necessary prerequisites are not satisfied, the requested State can supply information, despite the fact that it is not obliged to do so.

VIII. Limits as to the use of the information received - confidentiality

At a first glance, the general rule in most tax jurisdictions is, that tax officials usually have an obligation of profession secrecy. In this context, it must be determined exactly what use can be made of the information received by the officials of the requesting state. Restrictions on disclosure can be interpreted in a strict sense referring only to the assessment of taxes covered by the convention. However the scope of this restriction can be widened by opening the zoom, depending on several circumstances, to information referring to collection, or for the assessment or collection of other taxes or social security levies; and to information regarding court proceedings or criminal prosecutions, etc.

Most of the Spanish Treaties cover exclusively the assessment and collection of taxes, as it was established by the 1963 OECD Model. However, information received by the officials of the requesting state can be used in court proceedings and for prosecutions in accordance with some Treaties following the 1977 OECD Model.

Treaty with	Assessment Taxes Covered	Collection Taxes Covered	Other Taxes	Social security levies	Court proceedings	Criminal Prosecutions ⁴⁶
Austria	X	X				
Belgium	X	X			X ⁴⁷	
Denmark	X	X				
Finland	X	X				
France	X	X			X	
Grecia	X	X				
Germany	X	X			X	X
Ireland	X	X			X	X
Italy	X	X			X	X
Luxembourg	X	X				
Netherlands	X	X			X	
Portugal	X	X				
Sweden	X	X			X	X
United Kingdom						

⁴⁵ It is to be remembered that in the Swedish Treaty for the carrying out of the domestic laws the competent authorities are not obliged to exchange information which require special investigation.

⁴⁶ That will depend on the prosecution fiscal or non-fiscal crimes.

⁴⁷ Claims and remedies related thereto.

These Spanish Conventions do not indicate whether the information may be transferred to a third State. It must be kept in mind however that the Spanish Tax Administration does not allow the triangular flow of information.

The Constitutional Law 5/1992, 29 October (BOE 31 October 1992) on the automated treatment of personal data contain some further development of the rules in the 1981 European Convention on these matters.

IX. Protection of the taxpayer

On the one hand, under domestic law, Spain acting as the requested State is not obliged to inform or to notify the taxpayer of the request and/or transmittal of the information. So the taxpayer can neither object to the transmittal of the information nor have recourse before a court. This being a matter of State discretion, there is ample room for improving the protection of the taxpayer with national regulations. This situation of defencelessness should be modified, to allow the taxpayer to check whether the exchange of information has been effectuated properly.

The Law 1/1998, 26 of February (BOE 27 February 1998), on Taxpayers' Rights and Safeguards⁴⁸ in its Chapter IV devoted to the Tax Procedures includes, among others, provisions on the secrecy and the access to the information obtained by the Tax Administration in article 18 and the hearing of the taxpayer in article 22, moreover in Chapter V article 27 reminds that taxpayers have the right to be informed when investigations are initiated by tax inspectors. It is regrettable that no specific reference to international procedures has been included.

In international procedures of mutual assistance, the principle of subordination is a safeguard for the taxpayers, provided that information will be given only if all the national instruments to collect information by the requesting State have been exhausted. When a special investigation is started because of a request from an other State, this investigation must be notified to the taxpayer, who can appeal against it.

According to the "Tribunal Económico Administrativo Central" the only person on whom the tax information is requested has a recourse before an administrative body and a court. Other taxpayers that may be affected by that information will have a recourse once the determination of the tax has taken place as a result of the investigation.

On the other hand, under domestic law, Spain acting as the requesting state is not obliged to inform or to notify the taxpayer of the request for information. So the taxpayer can neither object to the transmittal of the request nor have a recourse before a court.

For cases in other countries reference is made to the work of M. Edwardes-Ker⁴⁹.

⁴⁸ Most of these basic rights were already in Law 30/1992, 26 of November, referred in general to all the citizens and have been reinforced with Law 4/99 which reforms it. SOLER ROCH, M. T.: "New Spanish Regulation on Taxpayers' Protection", *Intertax*, Vol. 26, No. 11, 1998, p. 364.

⁴⁹ Austria/France: May 30 1978 VGH. An Austrian taxpayer has to disclose to the Austrian tax authorities (for onward transmission by them) certain information requested by the French tax authorities. Belgium/Italy: September 5 1980 Brussels Court. A Belgian company is entitled to damages when the Belgian tax authorities inform the Italian tax authorities about Italian residents to whom it has paid "secret" commissions. Belgium/France: January 14 1981 Reply Declercq. The tax authorities of both States automatically send each other information on real estate transactions involving residents of the other State. Belgium/France: October 29 1984 Courtrai Court. Belgium can attach the assets of a taxpayer disputing a French tax assessment; execution is only permissible when final judgement is rendered. France/Belgium: May 25 1970 CE. When the French tax authorities seek to collect Belgian taxes from French residents, the Administrative Courts can decide whether any such taxes are due. France/Belgium: December 21 1977 CE. France can collect Belgian taxes; this debt may remain

X. Number of cases

The underlying table lists the number of instances of exchange of information to Spain:

COUNTRIES	CONSULTS TO SPAIN (ART. 5 EC REGULATION 218/92)						
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Austria		1	2	7	11	3	
Belgium	1	6	15	67	113	58	40
Denmark	0	1	6	4	6	5	15
Finland	0	0	0	1	0	0	2
France	9	44	75	100	167	149	133
Germany	1	12	36	68	93	164	193 ²
Greece	0	8	1	2	9	5	51
Ireland	0	0	0	0	0	0	1
Italy	0	1	92	126	162	174	240
Luxembourg	0	1	2	2	3	0	4
Netherlands	0	1	32	13	27	178 ¹	143 ³
Portugal	0	13	29	146	356	310	376
Sweden		0	2	2	1	6 ⁴	
United Kingdom	0	16	16	21	33	31	45
Total	11	103	305	554	978	1.086	1.264

¹ Included 56 Directive 77/799

² Included 7 Directive 77/799

³ Included 104 Directive 77/799

⁴ Included 6 Directive 77/799

denominated in Belgian Francs. France/Greece: January 5 1987 Paris TA. Tax on a Greek branch of a French company can only be recovered when it is "finally due". France/Germany: April 16 1992 Lyon CAA. Only judicial, and not administrative, courts have jurisdiction as regards the procedural validity of protective measures; no French Court can question the validity of a foreign tax claim. Germany/France: November 27 1975 Baden-Wurttemberg FG. The German tax authorities are not entitled to ask a German subsidiary for information on its dealings with its Swiss parent when such information is requested by the French tax authorities investigating the affairs of a French subsidiary of the same Swiss parent, because the German subsidiary had no business dealings with the French subsidiary. Germany/Sweden: February 20 1979 BFH. A German bank is required to disclose the identity of such of its clients as are residents of Sweden for whom it holds (as nominee) income-producing Swedish securities. Germany/Belgium: July 23 1986 BFH (upholding April 20 Dusseldorf FG). Although a taxpayer may object to the spontaneous delivery of information by the German tax authorities, in this case the objection is overruled on the procedural grounds that the appropriate defendant is the German Competent Authority (the Bundesministeriumfinanz) and not the Oberfinanzdirektion. The German tax authorities are entitled to reveal to their Belgian counterparts details of commissions paid by bearer cheques to Belgian residents, even though the Belgian tax authorities have not requested such information. Germany/France: January 20 1988 BFH. A German firm cannot prevent the German tax authorities informing the French tax authorities that sums due to a French resident have been paid into a Luxembourg bank account. German domestic legislation enacted to conform to the EEC December 19 1977 Directive on Mutual Assistance overrules the tax treaty (EDWARDES-KER, M.: *The International Tax Treaties Service*, OECD Income Article 26, Vol. 2, In Depth Publishing Ltd, December 1997, p. 8).

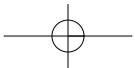
COUNTRIES	CONSULTS FROM SPAIN (ART. 5 EC REGULATION 218/92)						
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Austria		0	2	1	2	4	
Belgium	0	10	11	50	47	25	51
Denmark	0	0	0	19	5	2	11
Finland	0	0	0	2	3	0	4
France	0	1	21	137	146	105	141
Germany	0	1	31	105	153	110	138
Greece	0	0	0	7	1	1	3
Ireland	0	0	0	7	3	4	5
Italy	0	0	29	117	110	78	142
Luxembourg	0	0	1	2	4	1	6
Netherlands	0	2	11	44	82	63 ¹	90
Portugal	0	5	5	163	126	92	108
Sweden			0	4	2	1	6
United Kingdom	0	0	26	113	122	84	124
Total	0	19	135	772	805	570	833

¹ Included 7 Directive 77/799

From this table two conclusions can be drawn:

1. Over the years the number of exchange of information has increased substantially in particular in those Member States where there is a substantial Spanish presence (Portugal, France, Italy, Germany, Belgium).
2. The number of instances of exchange of information clearly indicates that the information concerns only a very limited number of cases compared to a potential of several hundred of thousand of taxpayers involved. Exchange of information as it is practiced now cannot be used as an instrument of systematic and massive tax compliance.

With respect to the possibility of enforcing effective taxation of interest income in the country of residence of the beneficiary, in lieu of an effective withholding tax in the source country, this article on the state of affairs regarding exchange of information, demonstrates that ordinary Member States like Spain still have a long way to go, before they can rely on automatic and effective exchange of information for the implementation of the interest savings draft directive.



Lo scambio di informazioni tra la Spagna e gli altri Stati membri dell'UE*

M^a Amparo Grau Ruiz¹, *Universidad Complutense*

Introduzione

Questo articolo intende fornire un quadro dello stato dell'arte delle procedure relative allo scambio di informazioni così come sono state applicate in Spagna nell'ultimo decennio.

Questa esposizione riveste particolare interesse in un momento in cui l'Unione Europea sta adottando un sistema di scambio di informazioni automatico al fine di assoggettare ad imposizione il reddito derivante dagli interessi nel paese di residenza del beneficiario.

I. Stato dell'arte

All'inizio del XIX secolo lo scopo principale dei primi Trattati sull'assistenza reciproca era la lotta all'evasione fiscale collegata all'imposizione dei beni immobili e tali trattati riguardavano unicamente lo scambio di informazioni². Dopo la prima Guerra mondiale, è stata avviata al riguardo un'attenta ricerca, che ha preso in considerazione anche i beni mobili³. Il primo lavoro multilaterale è rappresentato dal rapporto degli esperti tecnici nel 1925 nell'ambito della Lega delle Nazioni che proponeva attività bilaterali⁴. Nel 1927 sono stati pubblicati quattro progetti, due relativi alle doppie imposizioni e due sull'assistenza reciproca, approvati nel 1928. Nonostan-

* Traduzione italiana di Carmela Ianniello e Sebastiana Romeo.

¹ L'autore desidera ringraziare Rosa Rodríguez Moreno e Lola Martínez Mora della AEAT per il loro aiuto nel reperimento dei dati, i Professori Vanistendael e García Prats per aver rivisto queste pagine in vista della loro pubblicazione e i Professori Ramallo Massanet e Piña Garrido per averle permesso di partecipare in qualità di relatore nazionale alla Conferenza fiscale europea, tenutasi presso la Scuola di Economia di Stoccolma, il 29 e 30 maggio 1998, nel corso della quale è stata presentata una versione precedente di questo articolo.

² Il Belgio ha concluso numerose Convenzioni di assistenza reciproca in materia di imposte di donazione e successione: con la Francia il 12 agosto 1843, con i Paesi Bassi il 24 maggio e con il Lussemburgo l'11 ottobre 1845. La Francia ha firmato con il Regno Unito un'altra convenzione simile in materia di imposte di successione nel 1907. Non sono stati presi in considerazione i beni mobili in quanto non causavano perdite significative nella materia imponibile. PIATIER, A.: *L'évasion fiscale et l'assistance administrative entre Etats*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938.

³ Una risoluzione approvata dalla Conferenza internazionale delle finanze tenutasi a Bruxelles nel 1920, suggeriva che tali temi fossero esaminati dalla Lega delle Nazioni; una raccomandazione simile è stata fatta nell'aprile 1922 durante la Conferenza internazionale economica di Ginevra. La Camera di commercio internazionale si è interessata di queste questioni a partire dal 1920, ma ha continuato i propri sforzi in maniera autonoma. TRELLES, O. M.: "Double Taxation/ Fiscal Evasion and the International Tax Treaties", *Indiana Law Review*, Vol. 12, n. 2, 1979, p. 341. KING, E.P.: "Fiscal Cooperation in Tax Treaties", *Taxes, the Tax Magazine*, ottobre 1948, Vol.26, p. 889.

⁴ Experts techniques: *Double imposition et évasion fiscale*, Société des Nations, Genève, 1925. HUIKAMP, J.C.L.; BRACEWELL-MILNES, B.; WISSELINK, M.A.: *International Tax Avoidance, vol. A: General and Conceptual Material*, International Series of the Rotterdam Institute for Fiscal Studies, Erasmus University Rotterdam, No. 1, Kluwer, Deventer, The Netherlands, 1979, p. 142.

te il campo di applicazione alquanto limitato, essi sintetizzavano tutto il lavoro svolto sino a quel momento e sono stati utilizzati per la negoziazione di numerose convenzioni. Nel 1940 e 1943 – rispettivamente alle Conferenze del Messico e di Londra – i modelli per l'accertamento e la riscossione dei crediti fiscali sono stati unificati in un semplice strumento a complemento dei modelli di convenzione contro le doppie imposizioni⁵.

Da allora, i due temi si sono sviluppati in maniera diversa: l'assistenza reciproca è stata ridotta ad un articolo del Modello di Convenzione OCSE per evitare la doppia imposizione sul reddito e il capitale⁶ (di seguito MC OCSE) relativo allo scambio di informazioni per l'accertamento dei crediti. Pertanto, questo tipo di assistenza è stato generalmente incluso nei trattati contro la doppia imposizione seguendo la formulazione dell'articolo 26 del MC OCSE⁷. L'assistenza reciproca per il recupero dei crediti è stata accantonata nel Modello OCSE del 1981, che contiene anche la possibilità di scambiare informazioni, e sembra pertanto essere stata dimenticata. Dopo alcuni anni, nel 1988, il Consiglio d'Europa e l'OCSE hanno predisposto una Convenzione multilaterale sull'assistenza reciproca in materia fiscale generale, ma solo pochi paesi l'hanno ratificata⁸. Riteniamo che affrontare il tema delle disposizioni sull'assistenza

⁵ Societe des nations, Comité fiscal: *Modèles de Conventions Fiscales de Londres et de Mexico. Commentaire et texte*, Genève, 1946, p. 34. KERLAN, P.: "L'élaboration doctrinale du droit fiscal international. Les modèles de conventions", *Droit et Pratique du Commerce International*, T. 11, No. 2, 1985, p. 191. LUDWIG, R.: "L'assistance internationale au recouvrement de l'impôt", *Revue du Trésor*, Vol. 56, No. 10—12, 1975, p. 5, 15 e 19.

⁶ Occorre sottolineare che le Nazioni Unite hanno continuato il lavoro iniziato dalla Lega delle Nazioni, mettendo in evidenza gli aspetti più rilevanti per i paesi in via di sviluppo. U.N.: *Manual for the negotiation of bilateral tax treaties between developed and developing countries*, New York, 1979, ST/ESA/94. U.N.: *U. N. Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, New York, 1980, ST/ESA/102. U.N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa première réunion*, New York, 1983, p. 13, ST/ESA/128. U.N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Directives sur la coopération internationale contre l'évasion et la fraude fiscales en égard tout particulièrement aux impôts sur le revenu, sur les bénéfices, sur le capital et sur les gains en capital*, New York, 1984, p. 5, ST/ESA/142. U.N.: *Coopération Internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa deuxième réunion*, New York, 1984, p. 13, ST/ESA/143. U.N.: *International Co-operation in Tax Matters. Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Co-operation in Tax Matters on the work of its Third Meeting*, New York, 1987, p. 108, ST/ESA/185. AMISSAH, A.: *Mutual cooperation in the enforcement of tax liabilities and the collection of taxes, including exchange of information*. Gruppo di esperti ad hoc sulla cooperazione internazionale in materia fiscale, 4a riunione, Ginevra, 1987. U.N.: *International Co-operation in Tax Matters. Report of the Ad Hoc Group of Experts on International Co-operation in Tax Matters on the work of its Fifth Meeting*, Dptmt. of Int'l Economics and Social Affairs, New York, 1990, p. 39, ST/ESA/217. U.N.: *Coopération internationale en matière fiscale. Rapport du Groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa sixième réunion*, New York, 1992, p. 4.

⁷ Ai fini di un utile raffronto si veda DOENBERG, R.L.; VAN RAAD, K.: *The 1996 United States Model Income Tax Convention – Analysis, commentary and comparison*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1997 (Art.26).

⁸ È attualmente in vigore in otto paesi, l'elenco delle firme e delle ratifiche al luglio 2000 è riportato nella seguente tabella (ETS 127):

Stato	Data della firma	Data di ratifica	Data di entrata in vigore	R: Riserve D: Dichiarazioni T: Dichiarazioni territoriali
Belgio	07-02-1992	-	-	R/D
Danimarca	16-07-1992	16-07-1992	01-04-1995	D/T
USA	28-06-1989	13-02-1991	01-04-1995	R/D/T
Finlandia	11-12-1989	15-12-1994	01-04-1995	D
Paesi Bassi	25-09-1990	15-10-1996	01-02-1997	R/T
Islanda	22-07-1996	22-07-1996	01-11-1996	T
Norvegia	05-05-1989	13-06-1989	01-04-1995	D/T
Polonia	19-03-1996	25-06-1997	01-10-1997	R/D
Svezia	20-04-1989	04-07-1990	01-04-1995	D

reciproca nel loro complesso sia la cosa migliore, in quanto si garantisce una maggiore tutela del contribuente e si offrono degli orientamenti chiari alle Amministrazioni finanziarie.

Come è noto, attualmente la globalizzazione economica accresce il rischio di evasione e crea al tempo stesso nuovi problemi, quali la tassazione del commercio elettronico o la concorrenza fiscale dannosa, che non possono essere ignorati⁹. L'OCSE e l'UE compiono continui sforzi per adattare le proprie norme e strutture a questo fenomeno¹⁰. In tale contesto, i paesi sono ancora una volta incoraggiati ad adottare norme sull'assistenza reciproca in quanto, come dimostrerà questo studio sul loro impatto, qualitativo e quantitativo, attualmente la loro efficienza è inadeguata¹¹.

In Europa, l'anticipazione del regolamento sull'assistenza reciproca ha avuto come risultato un approccio positivo, che cerca di portare avanti il processo di armonizzazione seguendo la via più semplice¹². Le vecchie Direttive 76/308/CEE e 77/799/CEE devono tuttavia essere aggiornate e rafforzate. Proprio in questo momento, all'interno dell'Unione Europea, le Amministrazioni finanziarie nazionali stanno affrontando un intenso processo di internazionalizzazione e lavorano insieme come se si trattasse di un

⁹ JEFFERY, R. J.: *The Impact of State Sovereignty on Global Trade and International Taxation*, Series on International Taxation, No. 23, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1999.

¹⁰ Il 26 giugno 2000, l'OCSE ha presentato ai Ministri e ha pubblicato il suo Rapporto sui progressi nell'identificazione e l'eliminazione delle pratiche fiscali dannose. Questo Rapporto include un elenco di giurisdizioni che sono considerate paradisi fiscali in base ai criteri del Rapporto del 1998, nonché i risultati della revisione dei regimi privilegiati dei paesi membri dell'OCSE. La Raccomandazione numero 14 del Rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa, approvato dal Consiglio il 9 aprile 1998, incoraggiava esplicitamente gli Stati membri ad adottare una normativa sull'assistenza reciproca per il recupero dei crediti. A tal fine, riteniamo che sarebbe utile includere nel MC OCSE un articolo sull'assistenza reciproca per il recupero dei crediti, di natura globale o limitata – con riferimento agli utili ottenuti indebitamente – nonché fornire degli orientamenti in materia alle autorità competenti, considerando quelli forniti in materia di scambio di informazioni. L'utilità dell'assistenza reciproca dipende in larga misura dalla sua generalizzazione, ed è per questo motivo che l'atteggiamento negativo dei paradisi fiscali nei confronti dello scambio di informazioni viene criticato. Nell'ambito dell'Unione Europea, gli ultimi eventi nel corso del Consiglio europeo di Feira, 19-20 giugno 2000, mostrano, con riferimento al pacchetto fiscale, quale è stato l'approccio adottato nel lungo periodo riguardo allo scambio di informazioni (Conclusioni e Allegato IV). La stessa opinione è stata espressa dopo l'ECOFIN del 27 novembre, dove si prevede uno scambio totale di informazioni per il 2010. Nel frattempo, in Austria, Belgio e Lussemburgo saranno ancora in vigore le ritenute. Altre proposte fanno riferimento alla cooperazione: COM (349) 2000 def., Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il Regolamento (CEE) n. 218/92 concernente la cooperazione amministrativa nel settore delle imposte indirette (IVA), Proposta di Direttiva del Consiglio che modifica la Direttiva 77/388/CEE per quanto riguarda il regime di imposta sul valore aggiunto applicabile a determinati servizi prestati tramite mezzi elettronici. COM (377) 1998 def., Proposta (di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 77/388/CEE) (?) per quanto riguarda il regime del diritto a deduzione dell'imposta sul valore aggiunto, Proposta di regolamento (CE) del Consiglio riguardante le misure di controllo, le misure relative al sistema di restituzione e le misure di cooperazione amministrativa necessarie per l'applicazione della direttiva 98/xxx/CE.

¹¹ In Spagna la situazione non è molto cambiata nell'ultimo decennio. PALAO TABOADA, C.: "Ponencia nacional española sobre el intercambio de información en el marco de la asistencia mutua", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXVb premier sujet, 1991, p. 295. LOPEZ FEITO, F.: "Guía de la O.C.D.E. sobre el intercambio de información fiscal entre Estados", *Cuadernos de Formación*, E.H.P., No. 24, Madrid, 1993. GOMEZ-POMAR RODRIGUEZ, J.: "Presente y futuro del intercambio de información y la asistencia mutua en las relaciones fiscales internacionales", *Crónica Tributaria*, No. 71, 1994, p. 59. CALDERON CARRERO, J.M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, CEF, Madrid, 2000.

¹² RODRIGUEZ MORENO, R.: "La Asistencia Mutua en los impuestos directos y el IVA", *I Curso sobre fiscalidad y finanzas España-CEE*, Escuela de Hacienda Pública, M.E.H., Madrid, 1986, p. 175. L'unica strategia rimasta ai paesi che desiderano una maggiore cooperazione è la persuasione morale o la stipula di forme di compensazione economica, in quanto la maggior parte di essi hanno già accettato senza condizioni la libertà di movimento prima di creare una rete di convenzioni sull'assistenza reciproca. In tal modo, fin dall'inizio, essi hanno perso uno dei più validi corrispettivi che potessero offrire per negoziare un cambiamento di attitudine con i paesi che preferiscono la concorrenza. Da un punto di vista di finanza pubblica, un'analisi spiega come la cooperazione produce un utile globale netto, ma non produce una distribuzione paretiana delle risorse superiore (ZUBIRI, I.: *El Sistema de Concierto Económico en el contexto de la Unión Europea*, Círculo de Empresarios Vascos, Bilbao, 2000, p. 129).

unico Stato¹³. Questa situazione le obbliga a passare da una collaborazione internazionale piuttosto passiva ad una cooperazione internazionale più attiva, in quanto la tradizionale reciprocità non è sufficiente, ed è richiesta la mutualità, che implica un maggiore livello di collegamento tra Amministrazioni finanziarie¹⁴.

L'assistenza reciproca costituisce un principio formale fondamentale del diritto tributario internazionale¹⁵, che concorre all'applicazione delle norme sostanziali del diritto tributario. Essa contribuisce inoltre alla coerenza tra la creazione delle imposte e la possibilità di renderle efficaci. Il principio della territorialità non permette agli Stati di svolgere attività extraterritoriali di accertamento o di riscossione (e cioè acquisizione di informazioni, dati e prove necessari all'amministrazione per stabilire l'esistenza e l'ammontare del debito)¹⁶.

Al fine di evitare i problemi legati all'approvazione di accordi, alla determinazione di criteri di distribuzione di una base imponibile internazionale, i Governi nazionali solitamente sviluppano soluzioni *ad hoc* attraverso procedure amministrative¹⁷. Il problema è stabilire se è possibile considerare l'assistenza reciproca nelle sue svariate forme (ad esempio, lo scambio di informazioni o il recupero dei crediti) come una procedura equa. Ciò dipende, per ciascun tipo di assistenza, dal fatto che la stessa avvenga non sulla base della *comitas gentium*, ma soltanto sulla base di criteri giuridici, di cui è possibile verificare l'osservanza.

Dal momento che i singoli Stati rappresentano sistemi giuridici originali e sovrani e non traggono la propria legittimità da nessun altro sistema giuridico superiore¹⁸, lo schema seguente può costituire un tracciato utile: attraverso i Trattati contro la doppia imposizione o la legislazione comunitaria, gli Stati conferiscono alla propria Amministrazione il *potere* di richiedere l'assistenza reciproca. Se i requisiti per l'esercizio di tale potere sono soddisfatti, l'autorità competente dello Stato richiedente avrà

¹³ DELGADO PACHECO, A.: "La asistencia mutua entre Administraciones Tributarias", *Impuestos*, 1990, p. 162. Nell'ECOFIN del 25 maggio 1999 è stato presentato il "Memorandum del Gobierno del Reino de España para intensificar la cooperación administrativa contra el fraude y la evasión fiscal" (Doc. 8536/99). In seguito a tale Rapporto, nel 1998 le richieste di informazioni tra i 15 Stati membri dell'UE sono state 11.400, pari ad una media di 760 richieste di assistenza per ciascuno Stato membro. Al contrario, per quanto riguarda le imposte dirette, nel 1995 il totale delle richieste in 11 paesi è stato di 421, con una media di 38 richieste per ciascun paese. In base agli articoli 94 e K.1 del Trattato di Amsterdam, i principali problemi da risolvere sono la mancanza di mezzi amministrativi, le differenze procedurali e organizzative, la qualità e la quantità di informazioni disponibili nei diversi paesi, l'equilibrio strutturale delle richieste, le differenze delle legislazioni nazionali da applicare. È giunto il momento di rafforzare la Direttiva 77/799/CEE, di firmare la Convenzione multilaterale dell'OCSE e del Consiglio d'Europa, di rinegoziare le Convenzioni contro la doppia imposizione aggiornando l'articolo 26 in modo da includere l'assistenza reciproca generale, di beneficiare del Programma Fiscalis e così via.

¹⁴ LEVINE, P.: *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international in l'absence et in présence de Conventions Internationales*, Librairie General de Droit et de jurisprudence, Paris, 1988, p. 293. LEVINE, P.; PINSON, P.: "L'entraide fiscale: de la collaboration à la coopération", *Droit et Pratique du Commerce International*, Vol. 11, No. 2, 1985, p. 267. La cooperazione internazionale in materia di imposizione è stata definita come un'attività sviluppata dagli Stati per permettere il perseguimento di fini di natura impositiva da parte di un altro Stato, e si ottiene con strumenti di natura amministrativa o giurisdizionale (SACCHETTO, C.: *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova, 1978, p. 209). Secondo M. UDINA (in *Il diritto internazionale tributario*, Cedam, Padova, 1949, p. 428) l'assistenza internazionale in materia fiscale è l'attività coordinata ma separata degli organi interni di due o più Stati, al fine di raggiungere indifferentemente gli scopi di uno di essi; scopi che sono analoghi a quelli degli altri Stati e al cui raggiungimento tutti hanno lo stesso diritto (BARASSI, M.: "Exchange Of Information", *International Tax Law Review*, No. 3, 1999, p. 59).

¹⁵ CARBAJO VASCO, D.: *El intercambio de información en los Convenios de Doble Imposición Internacional*, No. 42, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985.

¹⁶ SACCHETTO, C.: "Territorialità (Diritto tributario)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XLIV, 1992, p. 304.

¹⁷ PICCIOTO, S.: *International Business Taxation*, Law in Context Series, Weidenfeld & Nicholson, 1992, p. 76. COLE, R.T.; GORDON, R.A.; VENUTI, J.: "Exchange of Information and Assistance in Tax Collection (Part II)", *Tax Management International Journal*, Vol.24, Nr.1, 1995, p. 34.

¹⁸ BISCARETTI DI RUFFIA, P.: "Stato", *Juridical Encyclopaedia*, Rome, 1993, p. 10.

un diritto ad un determinato comportamento amministrativo nello Stato richiesto. In connessione con ciò, il *dovere* astratto di sottomissione si trasformerà in un *obbligo* di "prestazione" da parte dell'autorità competente dello Stato richiesto¹⁹.

Esistono, naturalmente dei limiti all'obbligo di fornire assistenza. Questo sono stati stabiliti dalla Lega delle Nazioni nel suo lavoro iniziale e sono solitamente legati alla reciprocità, all'ordine pubblico, alla riservatezza, la nazionalità e la legislazione²⁰. Alcuni di essi saranno analizzati ai fini della valutazione dello scambio di informazioni nel presente articolo.

II. Strumenti giuridici in Spagna

Le leggi spagnole²¹ che prevedono o regolano lo scambio di informazioni internazionale tra Amministrazioni fiscali sono in numero limitato e relativamente datate. Esse vengono evidenziate nel seguente elenco:

- Legge 21/1986, 23 dicembre (Disposizione aggiuntiva 28^a) di approvazione del Bilancio generale per il 1987²².
- Regio Decreto 1326/1987, dell'11 settembre, concernente la procedura applicativa delle Direttive fiscali CEE sullo scambio di informazioni (77/799/CEE e 79/1071/CEE).
- Regolamento ministeriale del 9 febbraio 1988 concernente la procedura per l'assistenza reciproca internazionale in materia fiscale.
- Regio Decreto 1068/1988, del 16 settembre, di recepimento di alcune Direttive CEE sull'assistenza reciproca per il recupero dei crediti (76/308/CEE, 77/799/CEE, 79/1071/CEE e 86/489/CEE).
- Regolamento ministeriale del 9 ottobre 1989 di attuazione del Regio decreto 1068/1988, del 16 settembre, sull'assistenza reciproca per il recupero dei crediti.

Tuttavia, insieme a queste norme di carattere interno approvate in attuazione della normativa comunitaria, esistono alcuni Trattati contro la doppia imposizione che in uno degli articoli fanno riferimento all'assistenza reciproca. In tal senso, in Spagna esiste un gran numero di Convenzioni per evitare la doppia imposizione sul reddito e

¹⁹ L'obbligo di fornire assistenza non si applica quando non vengono soddisfatti i requisiti di formulazione della richiesta, ciò porterebbe ad un rifiuto *a limine*. Tale obbligo di fornire assistenza può essere annullato per cause diverse: la rinuncia dello Stato richiedente, l'adempimento da parte dello Stato richiesto. Se non è possibile per uno Stato richiesto soddisfare la richiesta, è necessario inviare una comunicazione negativa. GRAU RUIZ, M.A.: *La cooperación internacional para la recaudación de tributos: el procedimiento de asistencia mutua*, La Ley, Madrid, 2000. È possibile trovare un compendio in inglese in "Mutual Assistance for the Recovery of Tax Claims", *Intertax*, Vol. 28, No. 6, 2000. Sulle più recenti proposte di modifica della Direttiva 76/308/CEE, GRAU RUIZ, M.A.: "La asistencia mutua en la Unión Europea", *Quincena Fiscal*, 2000. "Avances propuestos en la asistencia mutua en materia de recaudación", *Crónica Tributaria*, No. 94, 2000, p. 33.

²⁰ MARIELLA, G.; PEZZUTO, G.: "La collaborazione internazionale amministrativa in materia fiscale", *Il Fisco*, No. 5, 1996, p. 1431. ATIK, J. C.: "The problem of reciprocity in transnational enforcement of tax judgements", *Yale Stud. World Pub Order*, Vol. 8, No. 1, 1981, p. 156. PIATIER, A.: *L'évasion fiscale...*, op. cit., p. 228.

²¹ Sono leggi tutte le disposizioni vincolanti per le autorità dello Stato interessato in base al più recente diritto costituzionale e amministrativo. (VOGEL, K.: *On Double Taxation Conventions*, 3rd Edition, Kluwer Law International, London-The Hague-Boston, 1997, Art. 26, No. 101).

²² BOE 24 dicembre 1986. Stabilisce che il Ministero dell'Economia e delle Imposte è competente per lo scambio di informazioni con i mezzi decisi dai regolamenti, in conformità delle Direttive CEE e fatti salvi i Trattati contro la doppia imposizione. Occorre inoltre considerare l'articolo 113 della Legge Tributaria Generale, a seguito della riforma operata dalla Legge 25/1995, articolo 7, par. 3-6 del Regio Decreto 939/1996 e articolo 6 del Regio Decreto 1624/1992.

sul patrimonio²³. La rete delle convenzioni bilaterali spagnole è quasi completa per quanto riguarda gli Stati membri dell'Unione Europea, ad eccezione della Grecia, con cui lo scambio di informazioni avviene soltanto in base alle Direttive CEE. Negli altri casi, invece, sia le Direttive che gli Accordi contro la doppia imposizione vengono invocati come fondamento giuridico della procedura di assistenza reciproca.

Nella tabella seguente si riportano i riferimenti agli articoli sullo scambio di informazioni presenti nei trattati fiscali firmati dalla Spagna attualmente in vigore:

Trattato firmato con	Articolo	Relativo alle imposte su	Concluso il	Fonte ufficiale (Boletín Oficial del Estado: BOE Gazzetta Ufficiale spagnola)
Austria	Art. 27	Reddito, patrimonio	20 dicembre 1966	6 gennaio 1968
Belgio	Art. 26	Reddito, patrimonio	24 settembre 1970 (Nuovo accordo 14 giugno 1995)	27 ottobre 1972 (non ancora pubblicato)
Danimarca	Art. 27	Reddito, patrimonio	3 luglio 1972	28 gennaio 1974
Finlandia	Art. 27	Reddito, patrimonio	15 novembre 1967	11 dicembre 1968
Francia	Art. 27	Reddito, patrimonio	10 ottobre 1995	12 giugno 1997
Germania	Art. 26	Reddito, patrimonio	5 dicembre 1966	8 aprile 1968
Irlanda	Art. 26	Reddito, utili di capitale	10 febbraio 1994	27 dicembre 1994
Italia	Art. 25	Reddito	8 settembre 1977	22 dicembre 1980
Lussemburgo	Art. 27	Reddito, patrimonio	3 giugno 1986	4 agosto 1987
Paesi Bassi	Art. 28	Reddito, patrimonio	16 giugno 1971	16 ottobre 1972
Portogallo	Art. 26	Reddito	26 ottobre 1993	7 novembre 1995
Svezia	Art. 27	Reddito, patrimonio	16 giugno 1976	22 gennaio 1977
Regno Unito	Art. 27	Reddito, patrimonio	21 ottobre 1975	18 novembre 1976

Come si può vedere, lo scambio di informazioni costituisce una clausola tradizionalmente inserita nelle Convenzioni firmate dalla Spagna con gli altri Stati membri dell'Unione europea, fin dalle prime convenzioni firmate nel 1966 con la Germania²⁴ e l'Austria, e mantenuta sino alle ultime firmate nel 1995 con la Francia e il Belgio.

Esiste, inoltre, un chiaro rapporto con la normativa interna, come sottolineato dai Tribunali e dalla "Dirección General de Tributos" (DGT). La sentenza del 30 aprile 1999 (*Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, JT 1999/1211*) fa riferimento al requisito stabilito nell'articolo 30 bis della Legge 43/95 sull'imposizione delle società: le entità partecipate devono essere residenti di un paese con il quale la Spagna ha firmato una Convenzione contro la doppia imposizione in vigore al momento, che contenga una clausola sullo scambio di informazioni. Il Tribunale conclude che questo requisito si può ritrovare anche nelle norme stabilite in Alava (articolo 30.1-2 della Norma Foral).

Esistono alcune risposte fornite dalla DGT a dubbi che sono sorti in alcuni casi particolari che sono in qualche modo influenzati dalla possibilità dello scambio di in-

²³ Esistono circa 38 Trattati relativi alle imposte sul reddito e sul patrimonio. Esistono inoltre alcuni Trattati relativi alle imposte di successione e donazione che contengono una clausola sullo scambio di informazioni, come ad esempio quello concluso con la Francia (8 gennaio 1963, BOE 7 gennaio 1964) e con la Svezia (25 aprile 1963, BOE 16 gennaio 1964).

²⁴ Una spiegazione interessante viene fornita in SELLING, H.-J.: *Kommentar zum DBA-Spanien Handbuch des spanischen Steuerrechts*, Verlag Edition für Internationale Wirtschaft, Frankfurt am Main; Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Berlin, 1999 (Art. 26).

formazioni. Ad esempio: DGT 30 gennaio 1996, DGT 22 maggio 1997 e DGT 21 febbraio 2000, che confermano l'esenzione dalla Tassa speciale sulla proprietà immobiliare solo se i proprietari sono residenti di uno Stato che ha firmato un Trattato contro la doppia imposizione con la Spagna, in cui è inclusa una clausola sullo scambio di informazioni.

A. Convenzioni e trattati

Innanzitutto, come solitamente avviene, le Convenzioni contro la doppia imposizione seguono generalmente il Modello OCSE. Tuttavia, occorre verificare in base a quale versione dell'articolo 26 sono state redatte. La risposta è riassunta in breve nello schema seguente:

Art. 26 Model OCSE 1963	Austria, Belgio ²⁵ , Danimarca, Finlandia ²⁶ , Germania, Paesi Bassi ²⁷ , Svezia ²⁸ , Regno Unito ²⁹
Art. 26 Model OCSE 1977	Irlanda, Italia, Lussemburgo, Portogallo, Francia ³⁰
Art. 26 Model OCSE 1995	(Nuova Convenzione Belgio ³¹)

Da una parte, la maggior parte dei trattati spagnoli segue il Modello OCSE del 1963, che costituiva l'unico riferimento quando gli stessi sono stati conclusi. Le Convenzioni più recenti seguono il Modello OCSE del 1977, dando così prova dell'atteggiamento positivo della Spagna rispetto ai cambiamenti che si ritrovano nella posizione dell'OCSE.

D'altra parte, la Spagna non ha negoziato nessun accordo bilaterale sulla base del Modello di Convenzione per l'assistenza amministrativa reciproca per il recupero dei crediti del 1981. Occorre sottolineare che le due Convenzioni per evitare la doppia imposizione firmate nel 1995 con la Francia e il Belgio estendono il meccanismo dell'assistenza reciproca anche alla riscossione delle imposte mediante l'inclusione di un articolo separato al riguardo³².

In secondo luogo, in ambito multilaterale, la Spagna non ha ancora firmato, approvato e ratificato la Convenzione OCSE/Consiglio d'Europa del 25 gennaio 1988. Tuttavia, non esistono assolutamente motivi per credere che ciò non avverrà in futuro³³.

²⁵ Presenta una piccola modifica: "Oltre che al contribuente o al suo rappresentante, possono essere divulgate solo a ..."

²⁶ Modifica il plurale: "...a qualunque persona o autorità diversa da quella ..."

²⁷ Fa riferimento a "informazioni che tali autorità hanno a loro disposizione nel giusto ordine".

²⁸ Nel primo paragrafo si stabilisce che per applicare la normativa nazionale, tuttavia, le autorità competenti non sono tenute a scambiare informazioni che non possono essere ottenute dai documenti in possesso delle autorità fiscali ma che richiedono indagini particolari.

²⁹ Per quanto riguarda le finalità dello scambio di informazioni si aggiunge "...o per prevenire la frode o per l'amministrazione di disposizioni di legge contro l'elusione legale in relazione a imposte che formano l'oggetto di questa Convenzione".

³⁰ "Personas o autoridades encargados de..." può essere tradotto con "interessate a". Include anche un terzo paragrafo sulle forme dello scambio: a richiesta e automatico. Anche l'articolo 28 tratta di riscossione delle imposte.

³¹ "Personas o autoridades a quienes atañe ..." può significare in pratica "incaricate di". Riferisce anche le forme di scambio: a richiesta, automatico e spontaneo. L'articolo 27 tratta dell'assistenza reciproca per il recupero dei crediti.

³² GRAU RUIZ, M.A.: "La recaudación de tributos en favor de otro Estado: Algunas novedades introducidas por los últimos Convenios de España con Francia y Bélgica", *Crónica Tributaria*, No. 87, 1998, p. 31.

³³ GRAU RUIZ, M.A.: "El Convenio sobre Asistencia Mutua en Asuntos Fiscales: su trascendencia para el Derecho Fiscal Internacional español", *Estudios Financieros*, No. 170, 1997, p. 91.

Infine, occorre chiarire che non esiste alcun accordo ufficiale scritto specifico che preveda lo scambio di informazioni (relativo, ad esempio, allo scambio automatico, alle verifiche simultanee, alla presenza di funzionari tributari dell'altro paese sul proprio territorio). Esistono, in effetti, alcuni accordi informali con alcuni paesi con i quali vengono solitamente scambiate le informazioni (ad es. Francia e Svezia), di cui si tiene conto, nei limiti del possibile, a livello bilaterale.

B. Normativa interna

Come abbiamo già detto sopra, esistono poche disposizioni per il recepimento nella legislazione nazionale delle Direttive 76/308/CEE e 77/799/CEE, ma esse sono piuttosto dettagliate.

Il Regio decreto 1326/1987 definisce le imposte considerate (reddito, patrimonio e IVA), i metodi per lo scambio di informazioni necessario al loro accertamento (a richiesta, automatico e spontaneo), le fasi della procedura di scambio e i limiti. È prevista anche la presenza in Spagna di funzionari tributari di altri Stati membri.

Per quanto riguarda lo scambio di informazioni spontaneo, occorre ricordare che la Corte di giustizia europea nella sua sentenza del 13 aprile 2000³⁴ ha spiegato l'interpretazione dell'articolo 4, 1 e 3 della Direttiva 77/799/CEE. Il Segretario delle Finanze olandese aveva deciso di inviare informazioni all'autorità competente spagnola relative a W.N., che aveva versato del denaro a sua moglie in Spagna attraverso una banca svizzera. In sostanza, la Corte ha risposto a quesiti relativi all'obbligo di scambiare informazioni spontaneamente, all'interpretazione dei termini "exención anormal" nel senso di "perdita di imposta", ed ha affermato che non è necessario che l'esenzione appaia in un atto esplicito dell'autorità competente.

Se si esamina il Regio decreto 1326/1987, è possibile osservare che segue molto da vicino la Direttiva CEE³⁵. A prima vista ciò potrebbe apparire lodevole, ma può anche essere oggetto di critica per i seguenti motivi: aggiunge soltanto un paio di norme alla procedura, senza fare riferimento alla partecipazione o alla notifica del contribuente. Questa lacuna nella Direttiva dovrebbe essere stata colmata dalla nostra legislazione interna, e si è trattato quindi di un'occasione persa. Per quanto riguarda il concetto di riservatezza o di informazioni privilegiate, il Regio decreto sceglie il dovere di discrezionalità (articolo 11.6 Legge tributaria generale, articolo 7 Norme sulle verifiche). L'articolo 8 del Regio decreto introduce addirittura alcune differenze nell'uso e divulgazione delle informazioni: non fa riferimento alle persone che prendono parte a procedimenti amministrativi o giudiziari, ma include la possibilità di rivelare le informazioni ottenute in caso di azioni penali per contrabbando o per reati fiscali.

I poteri del Ministro, riconosciuti con Regio decreto 1326/1987, vengono delegati con Regolamento ministeriale del 9 febbraio 1988 al Segretario Generale del Ministero delle finanze, che funge da autorità competente. Il Decreto specifica inoltre le competenze del Direttore Generale dell'Ufficio per le verifiche finanziarie e fiscali per la procedura di consultazione (art. 9 Direttiva 77/799/CEE) e del Direttore Generale delle imposte per l'interpretazione della legislazione.

³⁴ GRAU RUIZ, M.A.: "El intercambio de información espontáneo entre los Estados miembros de la U.E.: breves consideraciones tras el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo de 13 de abril de 2000", *Impuestos*, (in stampa).

³⁵ AGULLO AGÜERO, A.: "Intercambio de información tributaria y derecho de la información (Notas sobre la incorporación al Derecho interno de las Directivas comunitarias en materia de intercambio de información)", *Noticias CEE*, No. 46, 1988, p. 47.

Per quanto concerne il recupero dei crediti, il Regio decreto 1068/1988 svolge un ruolo fondamentale. Detto Regio decreto è strutturato in quattro capitoli, il cui contenuto è illustrato nei paragrafi seguenti, nei quali si mettono in rilievo gli aspetti collegati allo scambio di informazioni internazionale tra Amministrazioni finanziarie.

Il primo Capitolo contiene disposizioni di natura generale: l'oggetto del Decreto, le imposte considerate – le risorse proprie –, le definizioni – autorità competente: Direzione generale della riscossione –, prescrizione, soglie e così via. In base all'articolo 7, la documentazione e le informazioni inviate all'autorità richiesta saranno divulgate soltanto a: a) le persone menzionate nella richiesta b) le persone e autorità incaricate della riscossione; c) le autorità giudiziarie che dispongono di informazioni relative al recupero dei crediti. L'articolo 9 impone all'autorità richiesta l'obbligo di informare tempestivamente l'autorità richiedente circa le azioni intraprese.

Il secondo Capitolo tratta dello scambio di informazioni da e verso la Spagna. L'articolo 10 prevede che la richiesta debba contenere la firma e il timbro ufficiale, il nome e l'indirizzo del destinatario, la natura e l'ammontare del credito di imposta da recuperare; in conformità dell'articolo 11 la Direzione Generale della Riscossione deve rilasciare ricevuta della richiesta. L'articolo 12 limita l'obbligo di prestare assistenza per motivi di ordine pubblico, di segreto commerciale, industriale o professionale, o in caso di informazioni che non possono essere ottenute per il recupero di crediti nazionali analoghi. Le ragioni del rifiuto di fornire informazioni devono essere notificate all'autorità richiedente. L'articolo 13 prevede inoltre l'obbligo della notifica quando le informazioni non possono essere ottenute a causa di particolari circostanze. L'articolo 14 fa riferimento alle informazioni richieste dalla Direzione generale della riscossione.

Il terzo Capitolo si riferisce alla trasmissione di documenti richiesti da e alla Spagna. In conformità dell'articolo 16 una volta che la trasmissione è stata effettuata, l'autorità richiesta deve informarne tempestivamente l'autorità richiedente.

Il quarto Capitolo tratta dell'assistenza alla riscossione richiesta a e dalla Spagna. In determinate circostanze, le parti devono consultarsi o informarsi reciprocamente; l'articolo 25 analizza il caso di dilazione del pagamento, l'articolo 26 il caso in cui si avviano procedimenti di contestazione del debito di imposta o del titolo esecutivo per il recupero del credito nello Stato richiedente. L'articolo 27 esamina i casi in cui il credito non può essere recuperato. L'articolo 28 tratta dei casi in cui viene meno l'oggetto della richiesta, l'articolo 29 tratta i casi di rettifica dell'imposta dovuta.

Il Regolamento ministeriale del 9 ottobre 1989 sviluppa questa procedura per ciascuna forma di assistenza al recupero, specifica le forme di trasferimento delle somme recuperate e stabilisce una soglia minima. Inoltre, non esistono né circolari specifiche né istruzioni relative allo scambio automatico, alle verifiche simultanee o alla presenza di funzionari tributari dell'altro paese sul proprio territorio nazionale.

La "Resolución del TEAC" del 25 gennaio 1995 (*Crónica Tributaria*, n.80/1996) fa riferimento ad una richiesta tedesca di misure di prevenzione in base all'articolo 12 della Direttiva 76/308/CEE³⁶. Dal momento che tutti i requisiti giuridici sono soddisfatti, la validità della loro adozione è confermata finché non sia risolta la controversia da parte del Tribunale competente tedesco di Hesse.

³⁶ GRAU RUIZ, M.A.: "La adopción de medidas cautelares en el marco de la asistencia mutua en materia de recaudación (Comentario a propósito de la Resolución del TEAC de 25 de enero de 1995)", *Crónica Tributaria*, No. 80, 1996, p. 135.

La "Resolución del TEAC" dell'11 giugno 1999 si riferisce al recupero di crediti portoghesi da parte della Spagna. La richiesta di recupero è stata inviata dall'autorità competente ed è sufficiente ad avviare la procedura di recupero in Spagna. Pertanto i funzionari spagnoli sono tenuti a procedere per recuperare il credito. Il contribuente può obiettare che egli non è debitore in Portogallo, ma tale problema riguarda esclusivamente le autorità fiscali di quel paese.

C. Priorità degli strumenti giuridici

Il problema relativo alla priorità degli strumenti giuridici è abbastanza chiaro in Spagna: una Convenzione contro la doppia imposizione ha sempre priorità sulla legislazione nazionale, ma se non è compatibile con una Direttiva CEE quest'ultima prevale sulla precedente³⁷.

III. Esperienza pratica nello scambio di informazioni

Per quanto concerne le relazioni internazionali, in particolare le richieste di assistenza reciproca, la Spagna è prevalentemente uno Stato destinatario. Naturalmente ciò dipende dall'elevato numero di stranieri che vivono in questo paese.

Come si può osservare dalle statistiche riportate di seguito, il sistema di assistenza reciproca non funziona correttamente, nonostante i continui sforzi dei servizi amministrativi per migliorarlo. I risultati sono ancora poco soddisfacenti.

Queste statistiche riguardano l'applicazione delle disposizioni in materia di scambio di informazioni ai fini dell'accertamento e dell'assistenza reciproca per il recupero dei crediti dal 1995 al 1999³⁸.

ASSISTENZA RECIPROCA AI FINI DELL'ACCERTAMENTO:
SCAMBIO DI INFORMAZIONI

PAESI	VERSO LA SPAGNA				DALLA SPAGNA			
	1995	1997	1998	1999	1995	1997	1998	1999
Austria	1	1	1	3	2	1		
Belgio	6	20	24	12	7	6	5	2
Danimarca	19	22	10	7	3	1	2	3
Finlandia	1	7	2	2	1	2		
Francia	139	117	86	112	18	18	13	11
Grecia	0				1			
Germania	20	34	9	31	14	10	5	14
Irlanda	0	1	2	1	4	7	6	6
Italia	6	7	5	2	11	2	1	3
Lussemburgo	0	0	1	8	6	10	6	
Paesi Bassi	10	7	5	5	17	12	11	9
Portogallo	9	1	6	18	13	1	6	10
Svezia	7	18	2	6	6	3	1	1
Regno Unito	26	34	11	17	12	12	7	9
Totale	244	269	164	213	118	82	67	75

³⁷ BAENA AGUILAR, A.; CALDERON CARRERO, J.M.; GARCIA PRATS, F. A.; LETE ACHIRICA, C.; MARTIN JIMENEZ, A. J.: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no residentes*, Civitas, Madrid, 1999.

³⁸ Le statistiche riguardanti l'accertamento e la riscossione dal 1996 al 1999 sono state acquisite direttamente dall'Unità informativa centrale (ora Team informativo centrale presso l'Ufficio nazionale contro la frode) e dall'Unità procedure speciali. Le statistiche che fanno riferimento all'accertamento e alla riscossione per il 1995 sono state pubblicate nel 1997 in *Memoria de la Administración Tributaria*, Ministerio de Economía y Hacienda - Secretaría de Estado de Hacienda-. Le informazioni fornite per ogni anno dipendono dai dati disponibili. Per completezza si includono alla fine del presente articolo i dati relativi a richieste, da e verso la Spagna, inoltrate ai sensi dell'Articolo 5 del Regolamento CEE 218/92 tra il 1993 e il 1999.

M^a Amparo Grau Ruiz: *Lo scambio di informazioni tra la Spagna e gli altri Stati membri dell'UE*

ASSISTENZA RECIPROCA AI FINI DELLA RISCOSSIONE: SCAMBIO DI INFORMAZIONI, RECUPERO, TRASMISSIONE DI DOCUMENTI E PROCEDURE CAUTELARI

1. Richieste di informazioni

1.1. Richieste di informazioni ricevute

ANNO	DA EVADERE			EVASE			
	IN SOSPESO ALL'1-1	RICEVUTE	TOTALE	ESITO POSITIVO	ESITO NEGATIVO	TOTALE	IN SOSPESO AL 31-12
1995	7	31	38	6	16	22	16
1996	16	22	38	3	9	12	26
1997	26	40	66	10	26	36	30
1998	30	17	47	1	19	20	27
1999	27	38	65	13	19	32	33

1.2. Richieste di informazioni inviate

ANNO	DA EVADERE			EVASE			
	IN SOSPESO ALL'1-1	INVIATE	TOTALE	POSITIVO	NEGATIVO	TOTALE	IN SOSPESO AL 31-12
1996	0	2	2	1	0	1	1
1997	1	0	1	0	1	1	0
1998	0	1	1	0	0	0	1
1999	1	4	5	1	0	1	4

2. Richieste di recupero

2.1. Richieste di recupero ricevute

ANNO	DA EVADERE					
	IN SOSPESO ALL'1-1		RICEVUTE		TOTALE	
	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)
1995 ³⁹	171	964.432.165	106	2.109.972.000	277	3.074.404.165
1996	192	2.811.290.925	106	3.630.207.013	298	6.441.497.938
1997	210	5.385.302.542	94	1.793.169.625	304	7.178.472.167
1998	198	6.220.287.465	124	4.466.830.186	322	10.687.117.651
1999	231	9.457.989.605	139	1.038.419.003	370	10.496.408.608

ANNO	EVASE					
	IMPORTI RECUPERATI		ALTRE CAUSE		TOTALE	
	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)
1995	26	8.684.263	59	254.428.977	85	263.113.240
1996	22	12.709.481	66	1.043.485.915	88	1.056.195.396
1997	26	6.558.615	80	951.626.087	106	958.184.702
1998	26	174.163.757	65	1.054.964.289	91	1.229.128.046
1999	13	35.722.599	94	6.450.776.753	107	6.486.499.352

³⁹ Sono inclusi gli importi recuperati nel corso dell'anno d'imposta riferiti a due dilazioni di pagamento (308.000 pts), considerando le due operazioni complete in virtù del pagamento totale. Sono incluse anche tre quote corrispondenti a pagamenti parziali, mentre il resto del debito è ancora in sospeso. È incluso anche l'importo pagato da un contribuente allo Stato richiedente (466.511 pesetas), mentre il resto del debito (450.000 pesetas) è pagato in Spagna.

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

ANNO	IN SOSPESO AL 31-12	
	Numero	Importo (pts)
1995	192	2.911.290.925
1996	210	5.385.302.542
1997	198	6.220.287.465
1998	231	9.457.989.605
1999	263	4.009.909.256

2.2. Richieste di recupero inviate

ANNO	DA EVADERE					
	IN SOSPESO ALL'1-1		INVIATE		TOTALE	
	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)	Numero	Importo (pts)
1996	19	17.048.309	28	356.094.931	47	373.143.240
1997	31	357.079.918	17	1.514.845.481	48	1.871.925.399
1998	41	1.862.227.261	7	4.697.706.131	48	6.559.933.392
1999	32	720.212.280	8	533.117.082	40	1.253.329.362

ANNO	EVASE								
	IMPORTI RECUPERATI				Totale	ALTRE CAUSE		TOTALE	
	N.	Importo (pts)	Variazione -	Variazione +		N.	Importo (pts)	N.	Importo (pts)
1996	2	638.046	1.734	31.104	667.416	14	15.425.276	16	16.063.322
1997	3	955.149	4.268	218.762	1.169.643	4	8.742.989	7	9.698.138
1998	2	3.541.067		354.113	3.895.180	34	5.838.180.045	16	5.839.721.112
1999	1	4.848.861		12.992	4.861.853	1	103.009	2	4.951.870

ANNO	IN SOSPESO AL 31-12	
	Numero	Importo (pts)
1996	31	357.079.918
1997	41	1.862.227.261
1998	32	720.212.280
1999	38	1.248.377.492

3. Richieste di trasmissione di documenti

3.1. Richieste di trasmissione di documenti ricevute

ANNO	DA EVADERE			EVASE			
	IN SOSPESO ALL'1-1	RICEVUTE	TOTALE	ESITO POSITIVO	ESITO NEGATIVO	TOTALE	IN SOSPESO AL 31-12
1995	41	76	117	54	14	68	59
1996	59	12	71	32	18	50	21
1997	21	22	43	14	7	21	22
1998	22	19	41	18	5	23	18
1999	18	5	23	1	2	3	20

M^a Amparo Grau Ruiz: *Lo scambio di informazioni tra la Spagna e gli altri Stati membri dell'UE***3.2. Richieste di trasmissione di documenti inviate**

ANNO	DA EVADERE			EVASE			IN SOSPESO AL 31-12
	IN SOSPESO ALL'1-1	INVIATE	TOTALE	ESITO POSITIVO	ESITO NEGATIVO	TOTALE	
1996	0	14	14	0	1	1	13
1997	13	21	34	13	2	15	19
1998	19	11	30	12	4	16	14
1999	14	4	18	3	0	3	15

4. Richieste di provvedimenti cautelari ricevute

ANNO	DA EVADERE			EVASE			IN SOSPESO AL 31-12
	IN SOSPESO ALL'1-1	RICEVUTE	TOTALE	ESITO POSITIVO	ESITO NEGATIVO	TOTALE	
1996	9	2	11	4	4	8	3
1997	3	4	7	2	2	4	3
1998	3	1	4	0	1	1	3
1999	3	5	8	1	0	1	7

IV. Finalità dello scambio di informazioni

Le finalità dello scambio di informazioni possono variare a seconda dello strumento giuridico che disciplina lo scambio. Sul piano teorico, occorre operare una scelta tra le seguenti finalità: applicare le disposizioni della convenzione, e le disposizioni della legislazione nazionale, o soltanto le disposizioni della legislazione nazionale che abbiano come obiettivo la lotta contro l'elusione e l'evasione fiscale.

Nelle Convenzioni firmate dalla Spagna in genere si usa la cosiddetta *major information clause* (clausola estensiva) anziché la *minor information clause* (clausola restrittiva) dal momento che ha un campo di applicazione più ampio e serve gli interessi nazionali⁴⁰. L'unica eccezione è costituita dalla Convenzione con i Paesi Bassi.

Tutte le Convenzioni sono intese a contrastare l'elusione e l'evasione fiscale, tuttavia le Convenzioni siglate con l'Italia e il Regno Unito citano esplicitamente questo obiettivo.

Similmente, il Regio Decreto 1326/1987 con Regolamento Ministeriale del 9 febbraio 1988 e il Regio Decreto 1068/1988 con Regolamento Ministeriale del 9 ottobre 1989 stabiliscono lo stesso obiettivo dello scambio di informazioni ai fini dell'accertamento e della riscossione dei crediti.

La "Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central" del 23 novembre 1994 (RG No.4705/1993, *Jurisprudencia Tributaria* 1994, 1655) fa riferimento alla clausola sullo scambio di informazioni contenuta nell'articolo 27 dell'Accordo tra

⁴⁰La *major information clause* tutela gli interessi dello Stato contraente ed ha delle finalità più ampie rispetto alle altre norme del Modello OCSE intese ad eliminare la doppia imposizione. La *minor information clause* ha un campo d'applicazione più ristretto, finalizzato unicamente all'applicazione della convenzione. VOGEL, K.: *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 1403.

Stati Uniti e Spagna per evitare la doppia imposizione. Essa annulla la richiesta di informazioni inoltrata dall'Unità informativa centrale spagnola alla filiale di un istituto finanziario spagnolo con sede a New York, per motivi di extraterritorialità e per non rilevanza delle informazioni ai fini fiscali.

La "Resolución del TEAC" dell'11 febbraio 1998 sanciva l'impossibilità per i funzionari tributari di condurre a termine le indagini, perché le informazioni richieste ad altre Amministrazioni tributarie dell'UE non erano ancora state ottenute. Questa circostanza, insieme alla possibilità di disaggregare l'evento imponibile, ha motivato una determinazione temporanea del credito.

V. Organizzazione dello scambio di informazioni

Non è consentito il contatto diretto tra un verificatore fiscale locale e la controparte nell'altro Stato contraente. Le due parti possono mettersi in contatto soltanto tramite l'Amministrazione finanziaria centrale, specificamente attraverso il *Team* informativo centrale presso l'Ufficio nazionale contro la frode, prima chiamato unità informativa centrale ("Unidad Central de Información", UCI) presso il Dipartimento delle finanze e delle ispezioni fiscali, che fa parte dell'Agenzia Tributaria ("Agencia Estatal de Administración Tributaria", AEAT⁴¹).

Parallelamente, l'Unità per le procedure speciali ("Subdirección de Procedimientos Especiales") presso il Dipartimento per la riscossione dell'AEAT presiede allo scambio di informazioni per il recupero dei crediti.

Dei problemi potrebbero emergere riguardo alle Comunità autonome, a causa della caratteristica struttura territoriale della Spagna, ma nella pratica si risolvono abbastanza facilmente. Le informazioni riguardanti i privati, che sono in possesso delle autorità di una Comunità autonoma o che soltanto detta Comunità può ottenere, possono essere richieste soltanto tramite l'Amministrazione finanziaria centrale. Le norme sulla distribuzione dei poteri tra Stato e Comunità autonome non risolvono questa problematica espressamente. In conformità con la dottrina del Tribunale Costituzionale⁴² spagnolo a proposito delle informazioni che le autorità spagnole sono tenute ad inviare alle Istituzioni europee, il loro trattamento attiene all'autorità competente di ogni singola Comunità autonoma, e la trasmissione delle informazioni deve essere effettuata dall'Amministrazione centrale⁴³.

Occorre sottolineare che, nel caso della "Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central" del 23 novembre 1994, non si trattava di un vero e proprio scambio di informazioni, dal momento che la richiesta era stata inoltrata direttamente al contribuente, senza tener conto delle autorità competenti dello Stato richiesto.

⁴¹La AEAT è stata istituita con l'articolo 103 della L. n. 31/1990, 27 dicembre. Il paragrafo 5 (modificato dalla Legge 18/1991, 6 giugno) fa riferimento all'assistenza reciproca. Tramite il Regolamento ministeriale del 26 dicembre 1991 la AEAT è stata strutturata in Dipartimenti che hanno assunto le competenze delle *ex Direcciones Generales* e che devono riferire al Direttore dell'Agenzia Tributaria anziché al Segretario Generale. Questa struttura è stata sviluppata con il Regolamento ministeriale del 2 giugno 1994.

⁴² Sentenza 172/1992, 28 ottobre, interpretativa dell'articolo 10, legge 30/1992.

⁴³ CASES PALLARES, L.: "La remisión de información por parte de las autoridades españolas a las instituciones europeas", *Noticias de la Unión Europea*, No. 118, CISS, Valencia, 1994.

VI. Contribuenti e imposte considerati

Dall'analisi dei soggetti interessati dalle disposizioni in materia di scambio di informazioni, si evidenzia l'opzione tra contribuenti residenti degli Stati contraenti e contribuenti non residenti.

Sulla base di questo approccio soggettivo si può affermare che la maggior parte dei trattati fiscali firmati dalla Spagna fanno riferimento esclusivamente a contribuenti residenti, dal momento che, come è stato spiegato precedentemente, essi si basano sul Modello OCSE del 1963. Le Convenzioni siglate recentemente coprono anche i non-residenti, seguendo il Modello OCSE del 1977.

Trattato firmato con	Contribuenti residenti	Anche contribuenti non-residenti
Austria	X	
Belgio	X	
Danimarca	X	
Finlandia	X	
Francia		X
Grecia	X	
Germania		X
Irlanda		X
Italia		X
Lussemburgo	X	
Paesi Bassi		X
Portogallo	X	
Svezia	X	
Regno Unito		

Dal punto di vista oggettivo, lo scambio di informazioni per definizione può operare nell'ambito delle imposte coperte dalla convenzione o anche di altre imposte degli Stati contraenti. Riguardo a ciò, le Convenzioni siglate dalla Spagna si riferiscono alle imposte coperte dalla convenzione, ovvero le imposte sul reddito e sul patrimonio.

VII. Limiti all'obbligo di fornire assistenza

Come si può comprendere facilmente, l'obbligo di fornire assistenza reciproca non è illimitato. Uno dei limiti tradizionalmente imposti sin dalla fase iniziale, è contenuto nella legislazione nazionale. Esistono due tipi di restrizioni: soltanto le informazioni che possono essere raccolte ai sensi della legislazione dello Stato richiesto, o soltanto le informazioni che lo stato richiedente può ottenere ai sensi della propria legislazione.

Si tratta di restrizioni importanti, dal momento che l'assistenza reciproca per il recupero dei crediti non dovrebbe aprire per uno Stato contraente nuove vie per l'acquisizione delle informazioni né all'interno né all'esterno del proprio territorio.

Le Convenzioni normalmente si attengono alle restrizioni previste dalla legislazione dello Stato richiesto. Riteniamo tuttavia che sarebbe molto più opportuno stabilire una procedura *standard*, partendo dal minimo comune denominatore.

Tutte le Convenzioni della Spagna seguono il Modello OCSE, come affermato al paragrafo 2 (b)⁴⁴, ai sensi del quale gli Stati contraenti hanno l'obbligo di fornire assistenza e di fornire informazioni che è possibile ottenere in conformità con la legislazione dello Stato richiesto o dello Stato richiedente.

Lo Stato richiesto deve avviare delle indagini aggiuntive *ad hoc* utilizzando i mezzi disponibili nell'ambito della legislazione nazionale. L'Amministrazione finanziaria spagnola detiene ampi poteri per il recupero delle informazioni dal momento che i contribuenti hanno l'obbligo di fornire dette informazioni (articolo 111 della Legge Tributaria Generale). Qualora sorgano dei dubbi sulla reciprocità nello Stato richiedente, l'Amministrazione finanziaria spagnola chiede dei chiarimenti a riguardo. Dal momento che lo scambio di informazioni è limitato dal principio di reciprocità, ne deriva che l'intensità delle indagini⁴⁵ tra i due Stati contraenti si livella al minimo comune denominatore.

Se si parte dal presupposto che le informazioni possono essere ottenute ai sensi della legislazione dello Stato richiedente oltre che ai sensi della legislazione dello Stato richiesto, quest'ultimo ha l'obbligo di fornire le informazioni. Se i presupposti necessari non sono soddisfatti, lo Stato richiesto può fornire le informazioni, indipendentemente dal fatto che non è obbligato a farlo.

VIII. Limiti all'utilizzo delle informazioni ricevute riservatezza

Ad un primo sguardo, la norma generale nella maggior parte delle giurisdizioni fiscali è che i funzionari tributari hanno solitamente l'obbligo del segreto professionale. In questo contesto, occorre stabilire esattamente come è possibile utilizzare le informazioni ricevute dai funzionari dello Stato richiedente.

Le limitazioni alla divulgazione delle informazioni possono essere interpretate in senso stretto come riferite esclusivamente all'accertamento delle imposte oggetto della convenzione. Tuttavia questa limitazione può essere estesa allargandola, a seconda di circostanze diverse, alle informazioni riguardanti la riscossione o l'accertamento e riscossione di altre imposte o contributi di previdenza sociale, oltre che alle informazioni riguardanti procedimenti giudiziari o processi penali, ecc.

La maggior parte delle Convenzioni firmate dalla Spagna coprono esclusivamente l'accertamento e la riscossione delle imposte, come stabilito dal Modello OCSE del 1963. Tuttavia, le informazioni ricevute dai funzionari dello Stato richiedente possono essere utilizzate in procedimenti giudiziari e nei processi come previsto da alcune convenzioni basate sul Modello OCSE del 1977.

⁴⁴ "Le disposizioni del paragrafo 1 non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo... di fornire informazioni (*particulars*) che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quella dell'altro Stato contraente".

⁴⁵ Occorre ricordare che nella Convenzione con la Svezia, ai sensi della legislazione interna, le autorità competenti non sono obbligate a scambiare informazioni che richiedano indagini speciali.

Trattato firmato con interessate	Accertamento Imposte interessate	Riscossione Imposte sociale	Altre imposte	Contributi di previdenza	Procedimenti giudiziari	Processi penali ⁴⁶
Austria	X	X				
Belgio	X	X			X ⁴⁷	
Danimarca	X	X				
Finlandia	X	X				
Francia	X	X			X	
Grecia	X	X				
Germania	X	X			X	X
Irlanda	X	X			X	X
Italia	X	X			X	X
Lussemburgo	X	X				
Paesi Bassi	X	X			X	
Portogallo	X	X				
Svezia	X	X			X	X
Regno Unito						

Questi trattati firmati dalla Spagna non indicano se le informazioni possano essere trasferite ad un terzo Stato. Occorre ricordare tuttavia che l'Amministrazione finanziaria spagnola non consente il flusso triangolare di informazioni.

La legge costituzionale n. 5/1992 del 29 ottobre (BOE 31 Ottobre 1992) sul trattamento automatico dei dati personali presenta degli sviluppi delle norme contenute nella Convenzione europea del 1981 su questa materia.

IX. Tutela del contribuente

Da un lato, ai sensi della legislazione interna, la Spagna in qualità di Stato richiesto non ha l'obbligo di informare o notificare il contribuente della richiesta e/o trasmissione delle informazioni. Pertanto il contribuente non può né opporsi alla trasmissione delle informazioni, né presentare ricorso in Tribunale. Dal momento che è una questione di discrezionalità dello Stato, esiste un ampio margine di miglioramento della tutela del contribuente attraverso le norme interne. Sarebbe opportuno modificare la condizione di mancanza di tutela, per consentire al contribuente di controllare se lo scambio di informazioni è stato effettuato in maniera corretta.

La legge n. 1/1998 del 26 febbraio (BOE 27 febbraio 1998) in materia di Diritti e Tutela dei Contribuenti⁴⁸ al Capitolo IV, dedicato alle Procedure fiscali, include, tra l'altro, disposizioni in materia di riservatezza e accesso alle informazioni ottenute dall'Amministrazione finanziaria all'articolo 18, nonché la possibilità di accordare udienza al contribuente all'articolo 22; inoltre all'articolo 27 del Capitolo 5 ricorda che il contribuente ha il diritto di essere informato qualora siano state avviate delle indagini dagli ispettori tributari. Purtroppo non è stato incluso nessun riferimento alle procedure internazionali.

⁴⁶ Dipende se si tratta di azione legale contro crimini di natura fiscale o non fiscale.

⁴⁷ Rivendicazioni e ricorsi collegati.

⁴⁸ La maggior parte di questi diritti fondamentali, già contenuti nella Legge 30/1992, 26 novembre, facevano riferimento a tutti i cittadini in generale e sono stati riaffermati dalla Legge 4/99 che li riforma. SOLER ROCH, M.T.: "New Spanish Regulation on Taxpayers' Protection", *Intertax*, Vol. 26, No. 11, 1998, p. 364.

Nelle procedure internazionali di assistenza reciproca, il principio di subordinazione costituisce una tutela per i contribuenti, prevedendo che le informazioni saranno fornite soltanto dopo che siano già stati utilizzati tutti gli strumenti interni a disposizione per la raccolta delle informazioni da parte dello Stato richiedente. Quando viene avviata un'indagine speciale in seguito ad una richiesta formulata da un altro Stato, l'indagine deve essere notificata al contribuente, il quale ha facoltà di appellarsi contro di essa.

Come stabilito dal "Tribunal Económico Administrativo Central" soltanto la persona oggetto della richiesta di informazioni può ricorrere ad un organo amministrativo e ad un Tribunale. Altri contribuenti che possano essere coinvolti dalle suddette informazioni potranno ricorrere soltanto dopo la determinazione dell'imposta successiva alle indagini.

D'altra parte, ai sensi della legislazione interna, la Spagna, in qualità di Stato richiedente, non ha l'obbligo di informare o notificare il contribuente della richiesta di informazioni. Pertanto, il contribuente non può né opporsi alla trasmissione delle informazioni, né presentare ricorso in Tribunale.

Per quanto concerne i casi relativi ad altri paesi, si fa riferimento al lavoro di M. Edwardes-Ker⁴⁹.

⁴⁹Austria/Francia: 30 maggio 1978 VGH. Un contribuente austriaco deve fornire delle informazioni alle autorità fiscali austriache (che provvederanno a trasmetterle) su richiesta inoltrata dalle autorità fiscali francesi.

Belgio/Italia: 5 settembre 1980, Tribunale di Bruxelles. È riconosciuto il diritto al risarcimento danni ad una società belga dal momento che le autorità fiscali del Belgio hanno fornito informazioni alle autorità fiscali italiane circa dei residenti italiani ai quali la società ha pagato delle commissioni "segrete".

Belgio/Francia: 14 gennaio 1981 Risposta Declerq. Le autorità fiscali dei due Stati si scambiano informazioni su transazioni di proprietà immobiliari che coinvolgono residenti dell'altro Stato. Belgio/Francia: 29 ottobre 1984, Tribunale Courtray. Il Belgio può sequestrare i beni di un contribuente che contesta un accertamento d'imposta francese; il sequestro può essere eseguito soltanto dopo che è stata pronunciata la sentenza finale. Francia/Belgio: 25 maggio 1970 CE. Qualora le autorità fiscali della Francia cerchino di riscuotere imposte del Belgio da residenti francesi, i Tribunali amministrativi possono decidere se tali imposte siano esigibili. Francia/Belgio: 21 dicembre 1977 CE. La Francia può riscuotere imposte del Belgio; l'importo dovuto può continuare ad essere calcolato in franchi belgi. Francia/Grecia: 5 gennaio 1987 TA di Parigi. L'imposta dovuta da una filiale greca di una società francese può essere recuperata soltanto "a scadenza". Francia/Germania: 16 aprile 1992 CAA di Lione. Soltanto i Tribunali giudiziari e non amministrativi sono competenti circa la validità procedurale delle misure di salvaguardia; nessun Tribunale francese può mettere in dubbio la validità di un credito d'imposta estero. Germania/Francia: 27 novembre 1975, Baden-Württemberg FG. Le autorità fiscali della Germania non hanno diritto di chiedere informazioni ad un'affiliata tedesca sui rapporti commerciali con la società madre svizzera qualora dette informazioni siano richieste dalle autorità fiscali francesi che indagano su un'affiliata francese della stessa società madre svizzera, per il fatto che l'affiliata tedesca non aveva rapporti commerciali con l'affiliata francese. Germania/Svezia: 20 febbraio 1979 BFH. Viene richiesto ad una banca tedesca di rivelare l'identità dei suoi clienti residenti in Svezia e per i quali detiene (come intestatario) dei titoli svedesi che producono reddito. Germania/Belgio: 23 luglio 1986 BFH (conferma 20 aprile, FG di Dusseldorf). Sebbene un contribuente abbia la facoltà di opporsi alla comunicazione spontanea di informazioni da parte delle autorità fiscali tedesche, in questo caso l'obiezione è respinta per motivi procedurali, dal momento che deve essere citata in giudizio l'Autorità competente della Germania (the Bundesministeriumfinanz) e non la Oberfinanzdirektion. Le autorità fiscali della Germania possono rivelare alla controparte belga dettagli relativi a commissioni pagate con assegni al portatore a residenti del Belgio, anche se le Autorità fiscali del Belgio non hanno richiesto tali informazioni. Germania/Francia: 20 gennaio 1988 BFH. Un'azienda tedesca non può impedire che le autorità fiscali tedesche informino le autorità fiscali francesi del fatto che importi dovuti ad un residente francese siano stati versati su un conto bancario in Lussemburgo. La legislazione interna della Germania promulgata per recepire la Direttiva CEE del 19 dicembre 1977 in materia di assistenza reciproca prevale sulla convenzione per evitare la doppia imposizione (EDWARDES-KER, M.: *The International Tax Treaties Service*, OECD Income Article 26, Vol. 2, In Depth Publishing Ltd, December 1997, p. 8).

X. Casistica

La tabella seguente presenta un elenco delle richieste di scambio di informazioni inoltrate alla Spagna:

PAESI	RICHIESTE INOLTRATE ALLA SPAGNA (ART. 5 REGOLAMENTO CEE 218/92)						
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Austria		1	2	7	11	3	
Belgio	1	6	15	67	113	58	40
Danimarca	0	1	6	4	6	5	15
Finlandia	0	0	0	1	0	0	2
Francia	9	44	75	100	167	149	133
Germania	1	12	36	68	93	164	193 ²
Grecia	0	8	1	2	9	5	51
Irlanda	0	0	0	0	0	0	1
Italia	0	1	92	126	162	174	240
Lussemburgo	0	1	2	2	3	0	4
Paesi Bassi	0	1	32	13	27	178 ¹	143 ³
Portogallo	0	13	29	146	356	310	376
Svezia		0	2	2	1	6 ⁴	
Regno Unito	0	16	16	21	33	31	45
Totale	11	103	305	554	978	1.086	1.264

¹ Includere 56 richieste ai sensi della Direttiva 77/799

² Includere 7 richieste ai sensi della Direttiva 77/799

³ Includere 104 richieste ai sensi della Direttiva 77/799

⁴ Includere 6 richieste ai sensi della Direttiva 77/799

PAESI	RICHIESTE INOLTRATE ALLA SPAGNA (ART. 5 REGOLAMENTO CEE 218/92)						
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Austria			0	2	1	2	4
Belgio	0	10	11	50	47	25	51
Danimarca	0	0	0	19	5	2	11
Finlandia	0	0	0	2	3	0	4
Francia	0	1	21	137	146	105	141
Germania	0	1	31	105	153	110	138
Grecia	0	0	0	7	1	1	3
Irlanda	0	0	0	7	3	4	5
Italia	0	0	29	117	110	78	142
Lussemburgo	0	0	1	2	4	1	6
Paesi Bassi	0	2	11	44	82	63 ¹	90
Portogallo	0	5	5	163	126	92	108
Svezia			0	4	2	1	6
Regno Unito	0	0	26	113	122	84	124
Totale	0	19	135	772	805	570	833

¹ Includere 7 richieste ai sensi della Direttiva 77/799.

Dall'esame di questa tabella è possibile trarre due conclusioni:

1. La quantità di scambi di informazioni è aumentata considerevolmente nel corso degli anni, in particolare in quegli Stati nei quali la presenza spagnola è notevole (Portogallo, Francia, Italia, Germania, Belgio).
2. La casistica dello scambio di informazioni dimostra chiaramente che le informazioni riguardano soltanto un numero di casi molto ristretto rispetto alle parecchie centinaia di migliaia di contribuenti potenzialmente coinvolti. Così come viene effettuato al momento, lo scambio di informazioni non può essere utilizzato come strumento di adempimento fiscale sistematico e di massa.

Per quanto riguarda la possibilità di rafforzare l'efficacia della tassazione del reddito da interessi nel paese di residenza del beneficiario, al posto di un'efficace applicazione della ritenuta d'acconto nel paese d'origine, questo articolo sullo stato delle cose a proposito dello scambio delle informazioni, dimostra come paesi normali quali la Spagna abbiano ancora una lunga strada da percorrere, prima di poter contare sullo scambio automatico ed efficace delle informazioni per l'attuazione della bozza di direttiva sul risparmio da interessi.

Analysis of the evolution of tax structures of EU countries in the nineties*

Marianicola Villani¹

1. Introduction

The tax structure of a State is representative of a reality undergoing a permanent evolution, following the quantitative and qualitative changes of the policies adopted by it.

The introduction of direct taxes at the beginning of the 19th century is in fact the direct outcome of the transition from a minimalist idea of State (for the financing of which indirect taxes would suffice) to an idea much closer to the modern view, characterized by the presence of new tasks connected to income redistribution and social protection and by a parallel need for the adjustment of financial resources to the enhanced state competence.

In consideration of the close relation between the need for financing public expenditure and the tax system of a State, the analysis of the evolution of the European tax structures, which is the subject of this paper, has been focused on the nineties, since during this period public finances of the EU countries have been thoroughly reviewed, in connection with the effort made to satisfy the so-called “Maastricht parameters”.

This work is therefore aimed at describing the tax convergence process in the EU countries and at providing some observations on the main structural changes of tax systems in Europe at the outset of the political and economic integration process which characterized the past decade, highlighting the changes observed in public finances in reply to the new needs.

The analysis will first of all focus on the dynamics, more or less diverging from the EU average, of the total tax burden and of direct and indirect taxes; subsequently, in the light of the trend of public finances, the fundamental tendencies of tax systems expressed by means of indicators will be highlighted. More specifically, this study will take stock of the present level of convergence achieved by the financial policies of the various countries given the recent European restrictions, stressing the different levels of alignment.

2. The overall trend of tax burden in the last two decades: direct and indirect taxation

The cooperation and convergence process in the EU tax systems has developed very slowly in comparison with the coordination level reached at the same time by welfare, labour and public expenditure policies in general. Considering that each EU

* Translated in English by Carmela Ianniello and Sebastiana Romeo.

¹ University of Rome “La Sapienza”.

Member State has followed tax policies which were based almost entirely on internal considerations, the convergence on tax burden may be considered almost exclusively the result of several arduous compromises worked out over the years between harmonization criteria, coordination criteria and a stronger tax competition deriving from greater freedom in the movement of production factors.

Basically, the Community tax policy shows a clear-cut asymmetry since, as regards indirect taxes, high levels of harmonization have been reached whereas, as far as direct taxation is concerned, the competence is still almost entirely in the hands of the States; the economic integration we are witnessing leaves all the problems connected to direct taxation unsettled, thus strengthening the need for a tax policy of the European Union aimed at convergence.

The analysis of the tax burden trend in the various countries compared to the EU average in the years 1980/1999 (Chart 1) shows how countries such as Spain, Ireland, Portugal and the United Kingdom have always positioned themselves below the EU average (reaching the minimum deviation in the years 1992, 1984, 1999, 1990 respectively), whereas Belgium, Denmark, France, Austria, Sweden and Finland have remained, for the whole period concerned, above the EU average (reaching the minimum deviation in 1989, 1982, 1992, 1989-90, 1993-94, 1984 respectively). Italy, Germany and the Netherlands in different periods and from different starting points have come into line with the European average more than other countries, especially from the nineties on.

Moreover, if we consider the average deviation percentage between tax burden and EU average registered by each country over the years (Chart 2), we can see a high level of heterogeneity in the gap between the values of the different countries.

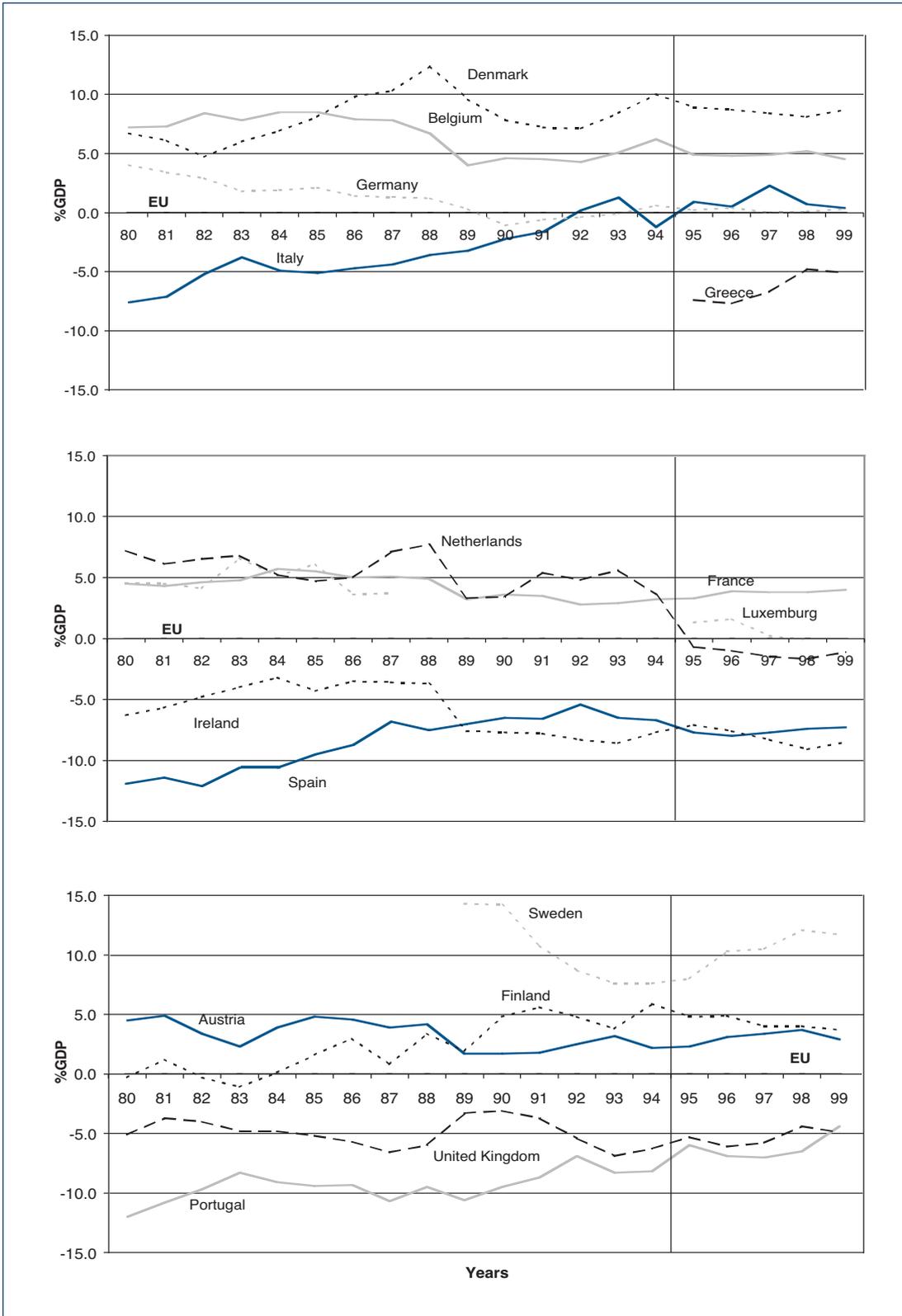
In the field of **indirect** taxation, a substantial approximation of laws has been observed: as a matter of fact, from the historical point of view, in the fifties there was not a widespread system in which indirect taxation was prevailing and only a small number of States had a general tax on exchanges, such as VAT, a tax which at present represents the most common form of taxation on turnover in the EU as well as in all candidate countries.

The Treaty of Rome, in Articles 90 and 93, already provided for some forms of harmonization of the turnover tax, of excise duties and of other indirect taxes; the harmonization process in this field has in fact coherently conformed to the removal of barriers to the free movement of goods and services, even in new sectors such as electronic commerce, which is not easy to define for tax purposes.

In the years between 1987 and 1990 the Commission proposals for the standardization of indirect taxes were based on the principle of the country of origin and on the definition of different levels of tax rates (standard rates ranging from 14 to 20%, reduced rates from 5 to 9%). Nevertheless, the transition to the principle of the country of origin only received a limited approval by Member States since, in case of a trade surplus, considering that the tax rate of the export country would apply, the tax revenue would be much greater than the revenue raised by the application of the destination principle.

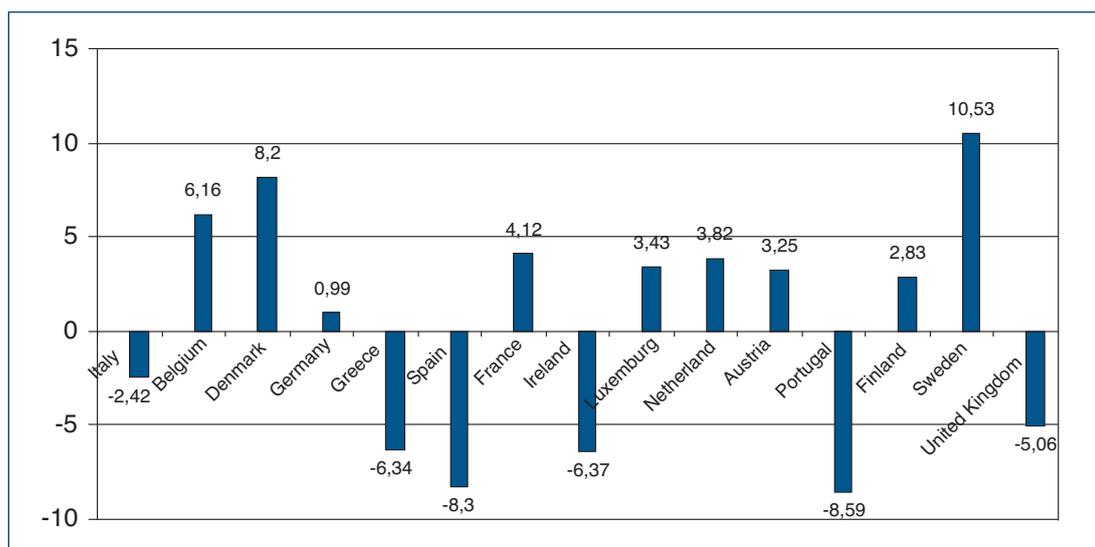
The introduction of a transitional scheme, yet retaining the destination principle (Scrivener Plan, 1989) has also met with strong resistance, mainly for political reasons,

Chart 1 - Tax burden in EU countries. Deviation from EU average (%)



Source: data processing by the Bank of Italy.

Chart 2 - Tax burden in EU countries: average deviation from EU average – years 1980/1999



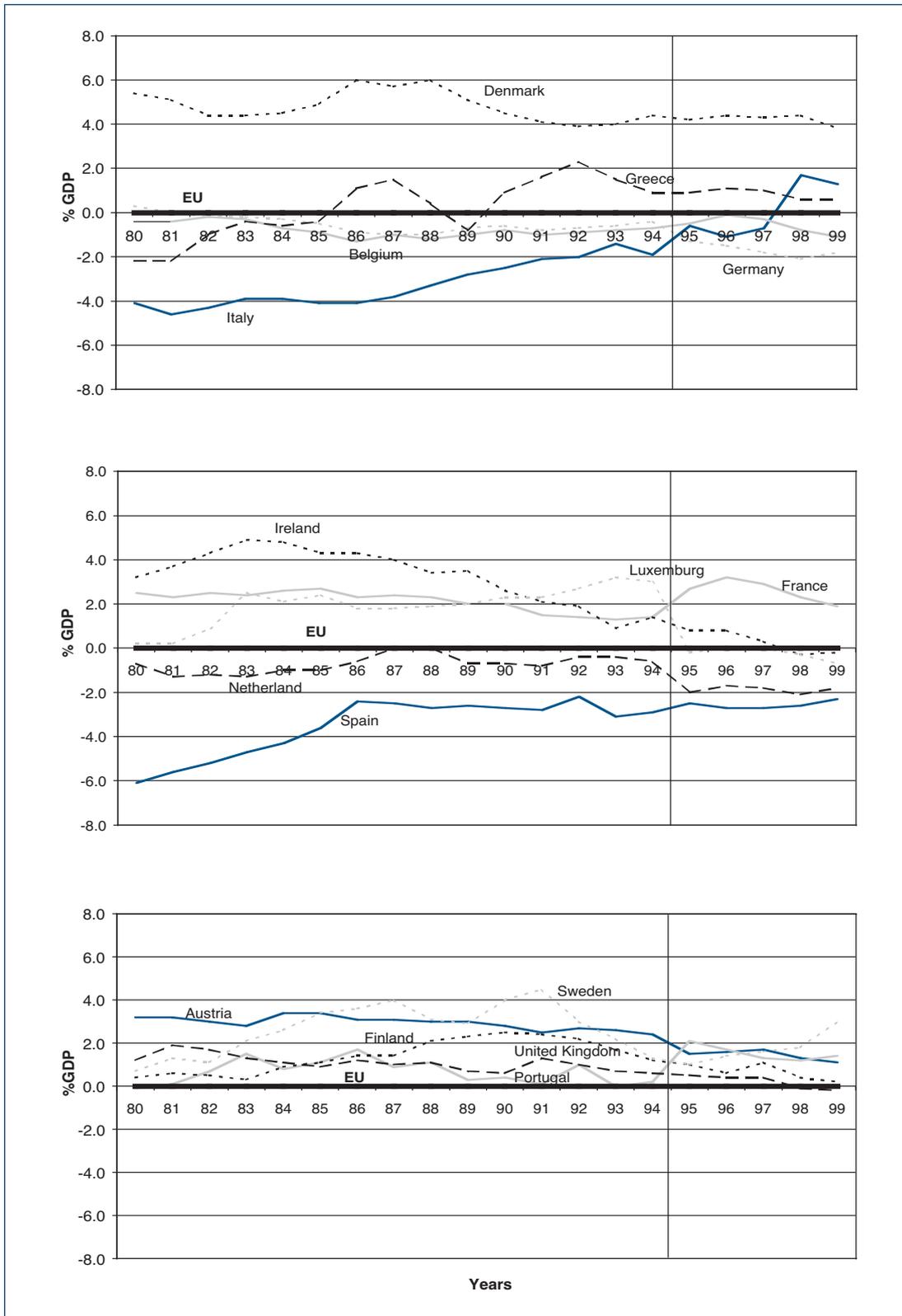
Source: data processing by the Bank of Italy.

since many States should have renounced the application of reduced rates, thus reducing considerably the relevant tax revenue. Even later (1996), both in the case of the Commission decision to levy the tax in the country of origin of the trader selling the good – so that each trader was subjected to a single tax legislation, *i.e.* that of its fiscal domicile – and when a “progressive transition in stages” was suggested (European Commission 200a), the disagreement was still high: the criterion of the single taxation place needed both “a very high level of harmonization of taxation mechanisms in order to ensure a uniform application” and a higher level of harmonization of tax rates to ensure tax neutrality when applying the principle of the country of origin.

The difficulty in reaching a definitive Community approach in consumption taxation is showed by strongly differing tax rates presently in force in the various Member States: even the fact that there is still a transitional scheme, which was at first expected to last only from 1993 to 1996, but which should remain in force until 2003, has been a reason for discontent due to the problems connected to the fact that it can easily lead to different forms of tax evasion. A close tax coordination and a “very high harmonization level” would be necessary in indirect taxation in order to keep on ensuring different forms of control of trade flows in the present context, which is one of dismantlement of customs barriers and of limited exchange of information among tax administrations of the different Member States.

Anyway, the analysis of the data (Chart 3) shows a clear convergence trend towards the EU average in many countries: this is especially true for most countries, among which there are Italy, Belgium, Germany, Ireland, Luxembourg, Portugal, Austria, Finland and the United Kingdom. The Netherlands and Spain are still below the EU average, whereas France and above all Denmark, are clearly above the average, even if they do not show a convergence trend over the period of time concerned.

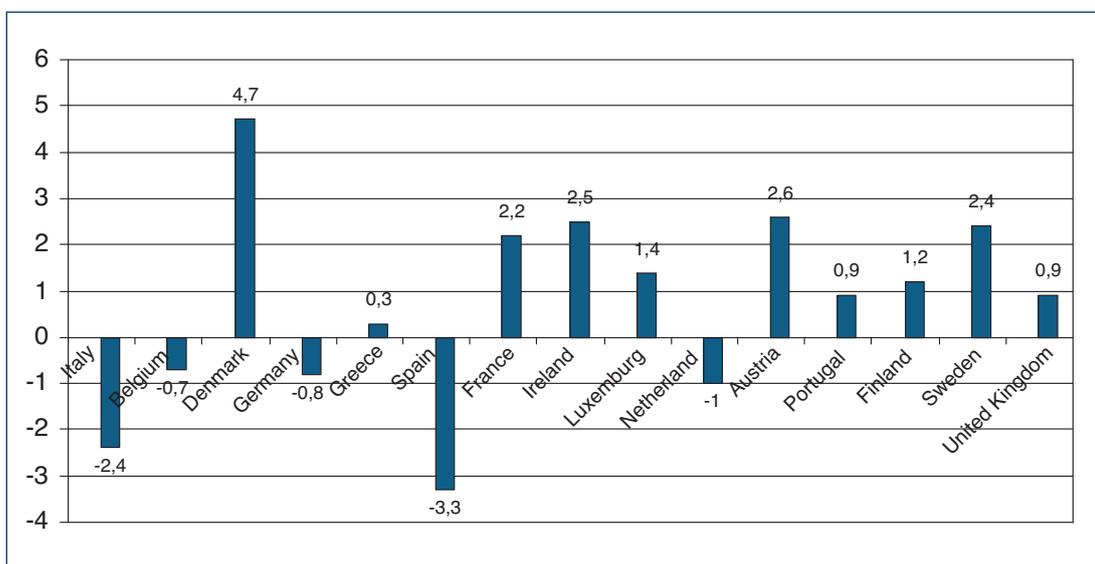
Chart. 3 -Indirect Taxes in EU countries. Deviation from EU average (%)



Source: data processing by the Bank of Italy.

The analysis of the average deviation of indirect taxation in each country from the European average (Chart 4) proves the level of convergence, as the lack of homogeneity among the countries is rather limited.

Chart. 4 - Indirect taxation in EU countries: average deviation from European average - years 1980/1999



Source: data processing by the Bank of Italy.

As far as **direct taxation** is concerned, the lack of a Community legal basis for the approximation of national laws is observed, although it usually represents the most important class of tax revenue and constitutes the main source of financing of the States, at least of the most developed ones, and it is through it that the economic and social policies of equalization are carried out, thus serving as the main instrument of public intervention in economy.

Unlike indirect taxes, the harmonization of direct taxes in fact is not explicitly considered in the Community legislation: the legal basis could be found in Article 94 or in Article 293 of the Treaty of Rome which establish that the States shall enter into negotiations for the avoidance of double taxation, without imposing the obligation to reach the agreement. Since there is not a legal sanction by the Commission for the countries which do not reach an agreement, the provision lacks effectiveness and it does not represent a solution to correct any distortion. In fact, in the first stage, when the European Community focused on overcoming tax obstacles to trade, the Community institutions endeavoured, at the same time, to implement a policy of harmonization of direct taxes; strangely enough, the most wide-ranging projects of the States were conceived during this period when the level of integration reached by Europe was comparatively low. Such "dirigiste" criterion manifested itself in two ways: on the one hand, extensive and ambitious plans were conceived and, on the other hand, legal measures having a binding effect, such as the Directive, were systematically taken.

The European Community was faced with two different kinds of problems: on the one hand, the removal of the obstacles to cross-border investments and to cooperation among European enterprises and, on the other hand, the harmonization of all variables influencing effective taxation and which could alter the allocation of capital and investments. This second kind of problems has been addressed by the Community through three harmonization projects: a Directive on the harmonization of tax rates applied to companies, of tax system and of withholding taxes on dividends, a Directive for the harmonization of the taxable base of companies (which has never been submitted officially) and, lastly, a Directive for the introduction of a withholding on income from capital, *i.e.* interest, in all the EU countries both for resident and non-resident investors.

The reason underlying this idea was an “internal” approach to harmonization, according to which a discordant tax system would have inevitably created distortions². This strategy has been abandoned at the beginning of the nineties, when the Ruding Committee prepared its Report and confirmed the conceptual and politic revision of the harmonization strategy made by the Commission in the Scrivener Report: the latter suggested that, apart from the objective of a high convergence of tax burden, it was more necessary to set some priorities as for the Community action and proposed to design the forms of intervention according to the distortion effects. The levelling of tax burden, in fact, did not consider that, on average, companies were not influenced by this variable and, in any case, less than financial capital; therefore, it was essential to surmount the obstacles to cross-border investments, such as the double taxation of cross-border business income, whereas the harmonization of effective tax rates concerned to a greater extent the savings sector, which was more susceptible to the tax variable.

This new, more realistic approach, clashed with the substantial indifference of Member States, opposing demanding plans and jealous of their privileges and therefore, apart from the measures adopted in the nineties, the convergence process has basically come to a standstill.

The analysis of the data (Chart 5) shows how, as regards direct taxation, Belgium, Denmark, Sweden and Finland have always remained above the EU average, showing a limited tendency towards convergence: the years of maximum deviation have been 1989, 1982, 1991 and 1980 respectively.

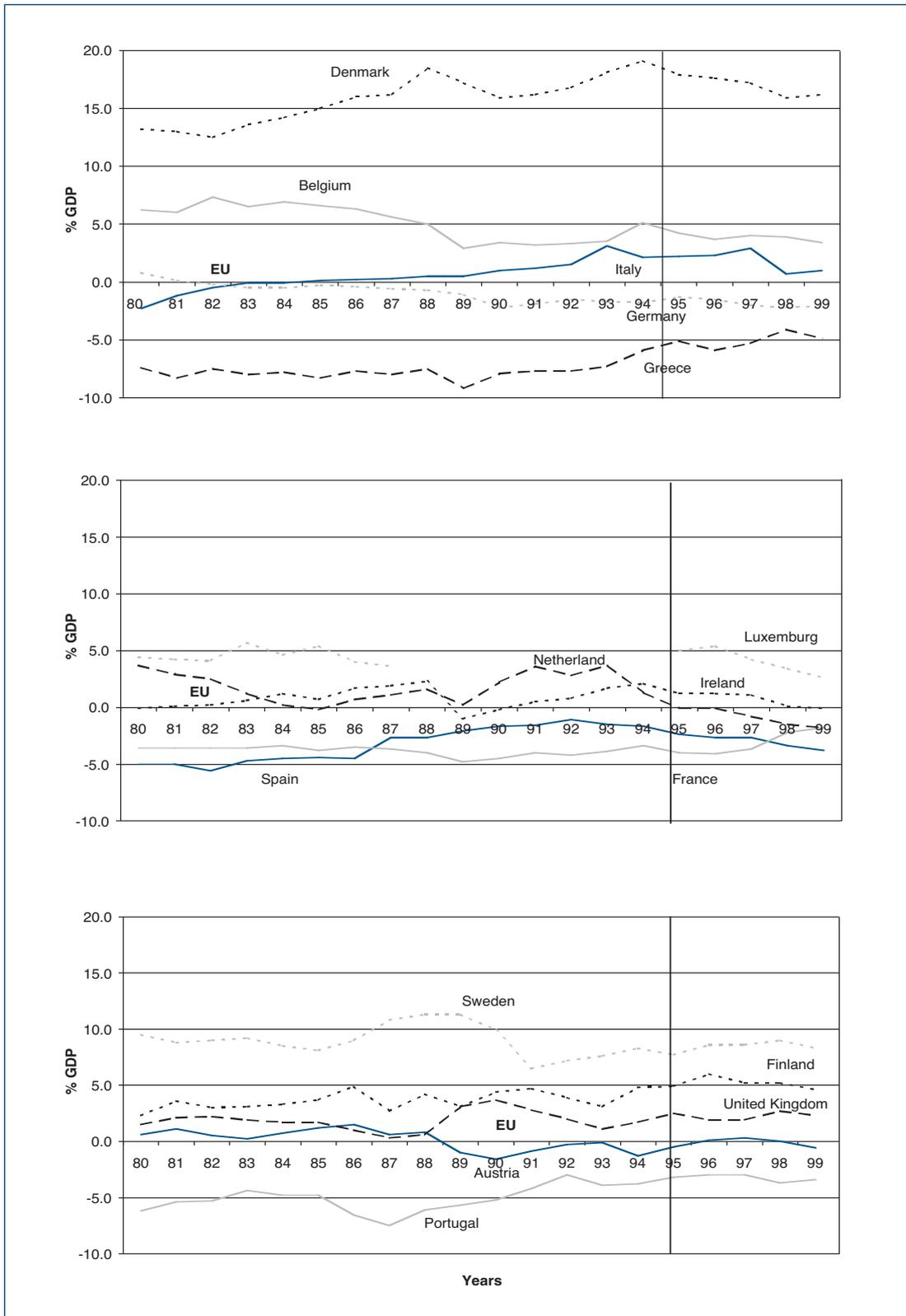
Italy, Ireland, the Netherlands and the United Kingdom, even though they have always been above the EU average, showed a stronger inclination to convergence, especially as from 1993.

France and Spain have always remained below the EU average, even if France has showed a certain tendency towards alignment in recent years, especially as from 1998.

² *Integrazione economica e convergenza dei sistemi fiscali nei Paesi UE* (2000), Milan.

The text shows how the traditional doctrine made a mistake in analysing the harmonization issue from an “internal” perspective, believing that the differences among tax systems could, *per se*, create distortions in the market.

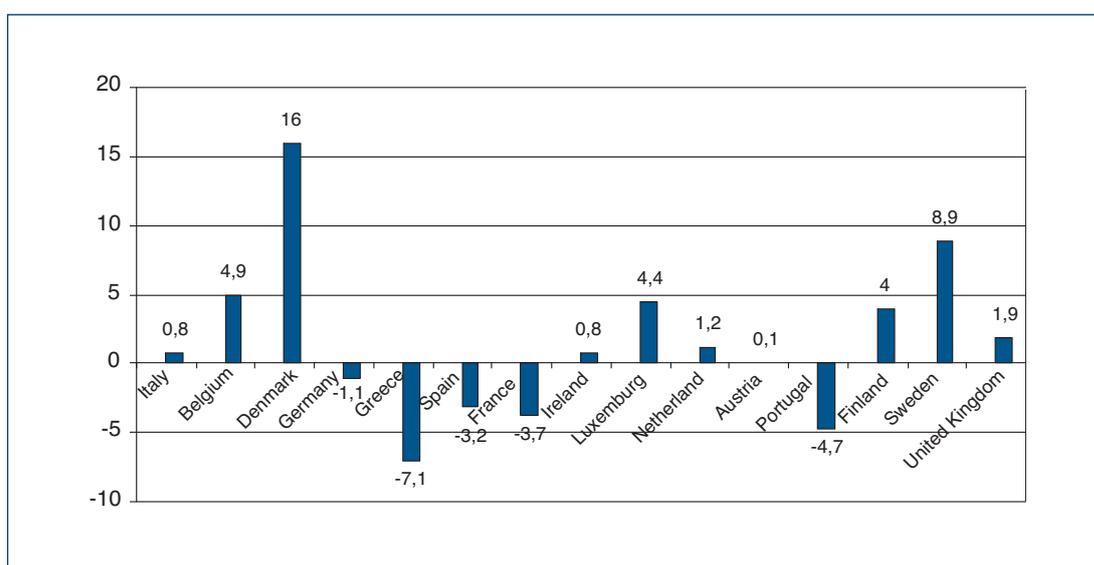
Chart. 5 - Direct taxes in EU Countries. Deviation from EU average (%)



Source: data processing by the Bank of Italy.

The analysis of the average deviation of direct taxation in each Country from the EU average (Chart 6) also shows a low level of convergence, as the lack of homogeneity in the values of the different countries is rather high.

Chart. 6 - Direct taxation: average deviation from EU average – years 1980/1999 (%)



Source: data processing by the Bank of Italy.

Consequently, in the last decade, even if progress has been made towards the creation of the EU, the field of direct taxation, although it has become of crucial importance in the EU perspective, is still attached to traditional models: despite tax fragmentation, a stronger tax competition and new forms of distortion, the EU has increasingly reduced the scope of its initiatives, in order not to lose Member States' consensus. As a matter of fact, in the "tax package" proposed in 1997, it is evident that the project to extend harmonization to direct taxes has been definitively abandoned both in the business sector and in the sector of income from capital.

So far, the "tax package" has had no effect (except for the peculiar case of the Code of Conduct) although there was much consensus when it came into existence: State particularism and the unanimity rule, according to Article 94, thwarted the initial impulse to a global approach. Moreover, it should be pointed out that the measures included in the "package" are linked together and therefore failure to adopt one of them prejudices the adoption of the others³.

³ GARBARINO (2000), *Approvazione del "pacchetto fiscale Monti"*, *Diritto e Pratica Tributaria*, III, p.514 and following. Italy, Belgium and Portugal put as a preliminary question to the adoption of the Directive on the abolition of the withholding tax on interest and royalties, the approval of the Directive on taxation of savings. This way, even if the approval of the first proposal of directive met with limited resistance, its fortunes were connected to the approval of the second one, which was much more complex.

3. Tax sovereignty of countries and the level of convergence of fiscal policies in the past decade

The unbalanced European fiscal policy, less hard-hitting in the field of direct taxation than in the field of indirect taxation, originates from the fact that at the beginning the economic integration was essentially based on trading, whereas the diffusion of transnational productive activities was very low and the common capital market was still far from being taken into serious consideration. When the European market became a strongly integrated area, at internal and external level, in spite of distortions related to differences and inadequacies of national laws, the difficulty found by the Commission in carrying out its plans mainly depended on a specific political reason: the States' will not to lose control of their taxation powers. Therefore, in order to preserve indefinitely the prerogative of national taxation power, Member States slow down the international dynamism of economic forces: at present it seems that Member States, instead of converging towards a minimum level of coordination, have established a non-cooperative cohabitation, while the current failure of the so-called "tax package" highlights that, beyond a certain limit, it is not possible to dispute the national tax freedom, and the Code of Conduct (which is not a measure of harmonization) represents such a limit; in fact, it can be considered as a compromise between the need to reduce tax distortions and the States' wills not to deprive themselves of their fiscal instrument.

During the Council meetings, objections have often been raised by few Member States if not by only one State⁴, so that, in order to speed up the process of convergence, it has been deemed convenient to extend the rule of qualified majority to tax matters. To get around the tax sovereignty of Member States by an amendment to Article 94 (former Article 100) would imply not only the revision of the EEC Treaty, but also the creation of a new political subject⁵ and therefore a revision of the constitutional principles on which the institution itself and the relevant decision-making procedures rest⁶. The strengthening of Community powers has always been facing, and still it does face, a pure and typical ideological issue: in the course of history the right to taxation has developed in the Western Countries according to the democratic principle "no taxation without representation", so that it was not possible to accept, from a political point of view, the attribution of powers to the European Community, without a wider institutional reform which would have allowed a democratic control of its actions. The Maastricht Treaty did not introduce greater powers in the tax field, nor did it

⁴ It is not always clear by which country the objection is raised: sometimes behind the objection of one country the disagreement of other countries is concealed. For example, as regards the 1989 Directive for establishing a minimum tax withheld at source on savings income, the official objection was raised by Luxembourg, while it actually concealed the position of Germany, which at first promoted this initiative and later, as a consequence of bad experiences, urged to withdraw the proposal.

⁵ MISCALI (1998), *Armonizzazione fiscale e finanza innovativa*, supplement to *Il Sole 24 ore*.

⁶ VANISTENDAEL (1998), *European Taxation in the 21 Century: The Roads towards Integration*, in *European Taxation*. The Author underlines that, in countries like USA and Germany, political decisions and constitutional development play a crucial role in the promotion of economic integration.

extend Article 93 to direct taxation, so that the fiscal provisions of the Treaty have remained unchanged: the principle of subsidiarity, established at Maastricht, which characterizes the role and the conduct of Member States, has found a substantial implementation in tax matters, since it regards the *sphere of joint competence, even if it is not expressly provided for direct taxation*⁷.

An absurd situation has arisen from the creation of the EMU: leading to the transfer of sovereignty in the monetary field and thus to a considerable limitation of the room for manoeuvre available to the States, such a creation has further stressed the importance of the States' fiscal prerogatives, which have confirmed to be the last important instrument, together with the expenditure policy, for affecting the domestic economy.

The compliance with the macroeconomic parameters set in the Maastricht Treaty, in particular the balance of national budgets, has placed strict obligations on the fiscal policy of Member States, especially in the field of direct taxation, so that, in spite of the clear will of the States to keep their full freedom in the tax field, their fiscal policies are subject to limitations, at least as regards their objectives.

To that end, this paper carries out an analysis of the relation between Tax Burden and Net Borrowing, between Tax Burden and Investment, between Tax Burden and Expenditure in three successive periods, the years 1990-'93, 1993-'96 and 1996-'99, before and after the introduction of European limitations, in order to observe their dynamics.

The analysis of increments (or decrements) in the variables considered for the years from 1990 to 1993 (Chart 7), shows general increments of tax burden, which are particularly high for Italy (4,8%), the Netherlands (3,5%), Austria (2,8%) and Germany (2,3%), and decrements for the United Kingdom (-2,5%) and Sweden, which even gets to -5,3%.

As regards net borrowing, a slight decrease is observed only in the case of Italy (-1,6%) and the Netherlands (-1,9%), whereas a considerable increment is observed for the United Kingdom (6,6%), France (4,2%) and Spain (2,6%) and a particularly high increment is observed for Finland (12,8%) and Sweden (16,4%).

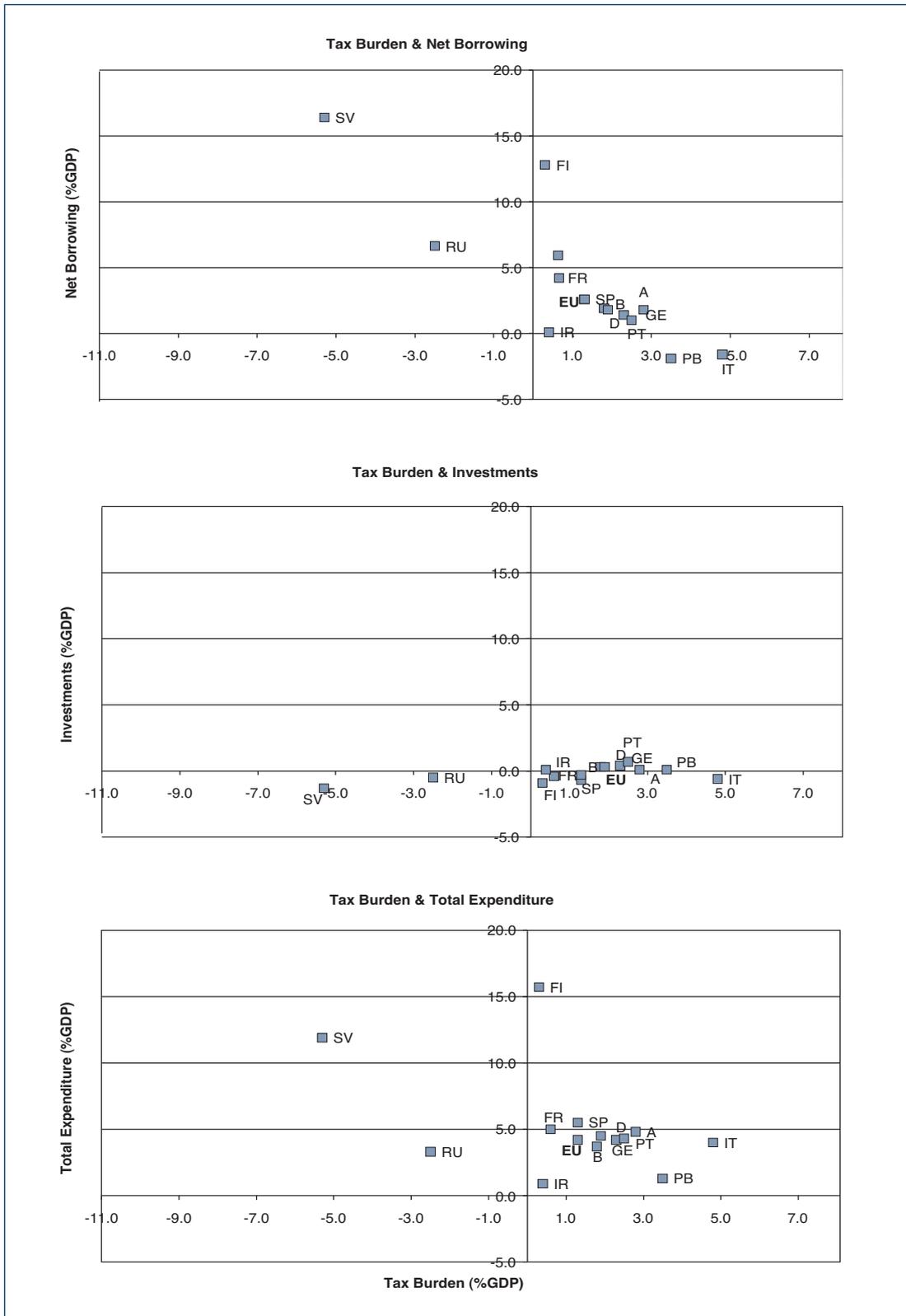
At the same time, a substantial stability is shown by investment increments, with slight decrements only for Italy (-0,6%), Spain (-0,7%), France (-0,4%), the United Kingdom (-0,5%) and Sweden (-1,3%).

The expenditure sector shows a general upward trend especially for Finland (15,7%), Sweden (11,9%), Spain (5,5%), France (5%), Austria (4,8%), Denmark (4,5%) and Italy (4%).

Therefore, in the above period, preceding the introduction of the Maastricht parameters, the relation between Tax Burden and Net Borrowing and the relation between Tax Burden and Expenditure within the different countries show that they are more frequently located in the right upper quadrant, the coordinates of which are both positive numbers, thus showing uniform economic-financial situations, characterized by the concurrent increment of the two indicators. Their

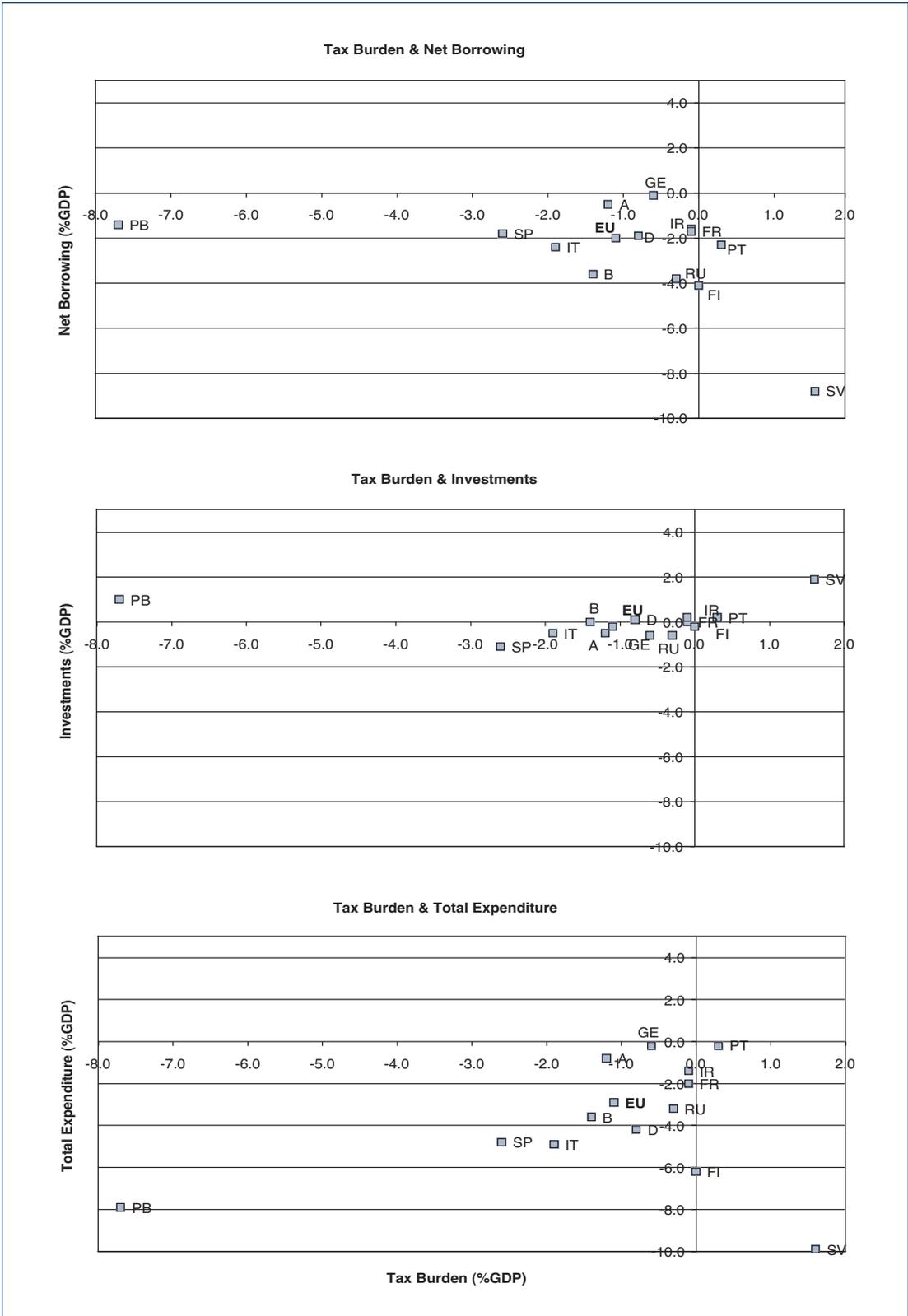
⁷ AMATUCCI (1998), *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua. The Author even maintains that, since the Treaty did not take a stance on direct taxation, which therefore falls within the competence of the States, it could be objected that the principle of subsidiarity is not applicable to direct taxation.

Chart. 7 - Years 1990-93. Percentage variations



Source: data processing by the Bank of Italy.

Chart. 8 -Years 1993-96. Percentage variations



Source: data processing by the Bank of Italy.

relation yet does not allow to observe any causal relationship between the two indicators.

In the following period, from 1993 to 1996, corresponding to the introduction of the Maastricht dictates, we can observe a general and distinct reduction in the increment both of tax burden, especially in the Netherlands (-7,7%), and of net borrowing, above all for Sweden (-8,8%), Finland (-4,1%), the United Kingdom (-3,8%), Belgium (-3,6%) and Italy (-2,4%).

As regards expenditure, we can also observe a substantial decrement, for which Sweden ranks first (-9,9%), followed by the Netherlands (-7,9%), Spain (-4,8%) and Italy (-4,9%).

As far as investment is concerned, a common situation of stability is registered: the only country showing an increment is Sweden with 1,9%.

We therefore observe a budget policy based on controlling tax burden and expenditure as well: the reduction of indebtedness should be especially attributed to the 0,4 percentage point reduction of the incidence of interest expenditure on GDP and to the improvement of the primary balance (registered in all 15 countries), due to the reduction of primary expenditure⁸.

In the period under examination, following the introduction of the Maastricht parameters, if we consider the relations between Tax Burden and Net Borrowing, between Tax Burden and Expenditure, between Tax Burden and Investment within the different countries (Chart 8), we can see that their location moves and they gather above all in the lower left quadrant, the coordinates of which are both negative numbers, pointing out that, even in this period, we can speak of a quite homogeneous public finance framework, yet characterized by a decrement of all the three indicators. Nevertheless, this situation does not prove any relation of close and mutual interdependence.

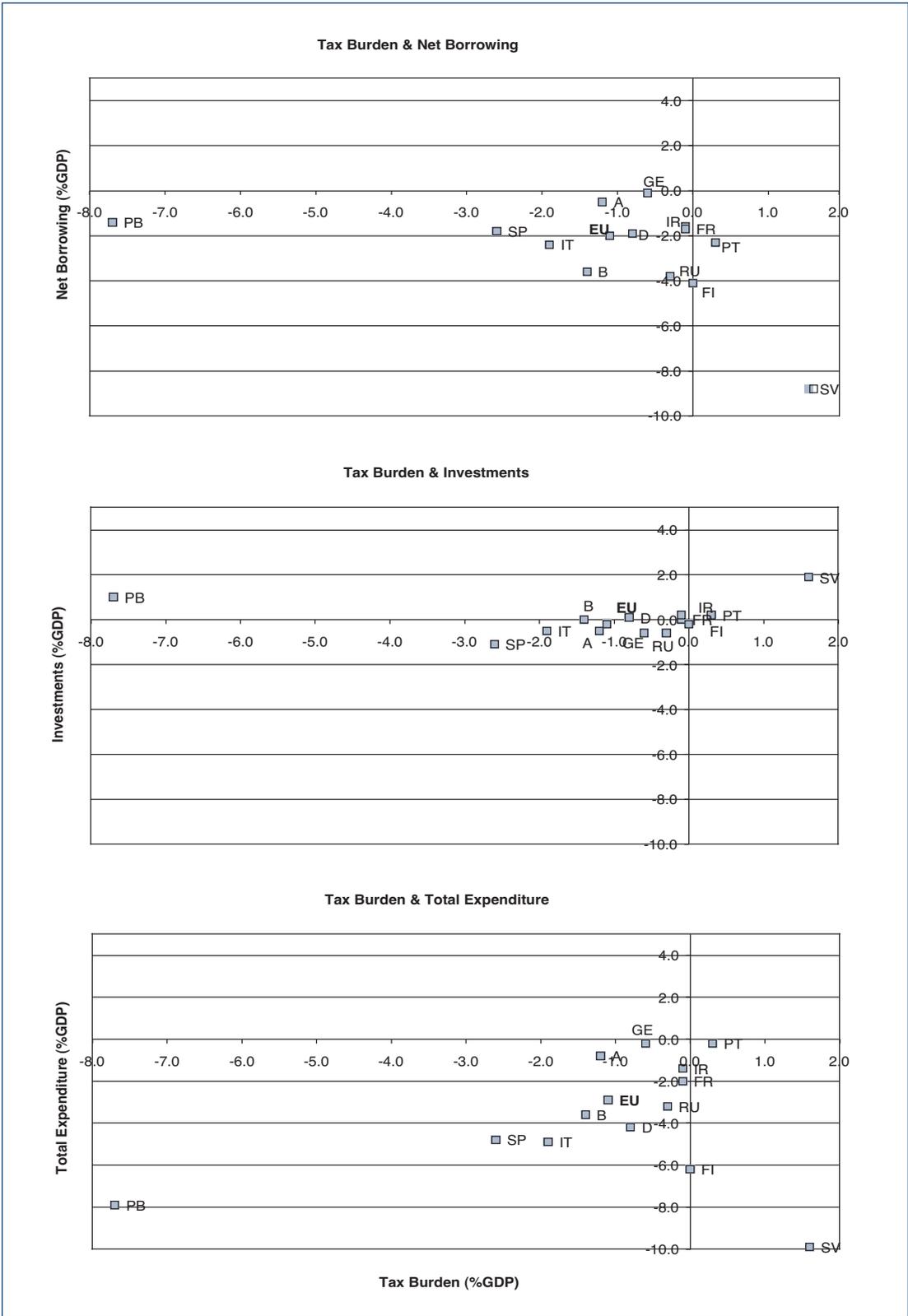
The last period under examination, that is the years 1996-1999, is characterized by the implementation of the *Stability and Growth Pact*, an agreement that, in addition to the Maastricht Treaty, requires Member States to adhere to "the medium-term objective of budgetary positions of close to balance or in surplus" and recommends to keep government deficits within 3% of GDP reference value, exceptional cases excluded, under penalty of money sanctions.

Against a slight and general increment of tax burden registered by Portugal (3,4%), Sweden (2,3%) and Greece (3,5%), this last one quite high if we consider that Greece actually joined the EU only in 1995, a general and considerable reduction of net borrowing can be observed, especially for Italy (-5,2%), Finland (-5,5%), Sweden (-5,3%) and the United Kingdom (-5,6%).

At the same time, a general and considerable reduction of expenditure is registered: Finland ranks first (-7,1%), followed by the United Kingdom (-4,5%), Italy and Denmark (-4,1%).

⁸ The calculation of the aggregates is also affected by the shift from ESA '79 to ESA '95: the value of the aggregate balance (primary expenditure + interest expenditure) is essentially the same in the two systems, but the balance variation presents a different ratio of revenues to primary expenditure. In fact, according to ESA '79, in the years 1993-'97, revenues have remained steady instead of decreasing.

Chart. 9 - Years 1996-99. Percentage variations



Source: data processing by the Bank of Italy.

As regards investment, as in the previous periods, a slight trend towards reduction is shown, while the scenario is substantially unchanged.

Therefore, in comparison with the previous period, we can observe a steady but stronger reduction of net borrowing, and a steady trend of expenditures towards decrease, while tax burden has increased, especially in some countries, thus showing a turnaround.

Even if the process of recovery has important common features in the different countries, some differences, also regarding their dynamics, are shown by Chart 9: always considering the relation between Tax Burden and Borrowing, between Tax Burden and Expenditure for the years 1996-1999, the countries are now located in the lower right quadrant, the coordinates of which are positive numbers for Tax Burden and negative numbers for the other two variables: it is an evidence of a uniform trend, implying yet a not particularly favourable situation for fiscal matters.

The low degree of convergence that countries register as regards the relation between Tax Burden and Investment, is shown by their location in the opposite upper right and lower right quadrants, proving that, against a slight and general increment of Tax Burden, different situations, even if not particularly unbalanced, may take place at the same time, leading to an increase or a decrease of investments.

In compliance with the commitments made under the Stability and Growth Pact, all the countries within the EU area have proceeded with the process of balancing national accounts: the balance improvement, especially registered in 1999 is equally due to the reduction of interest expenditure and to the variation of the primary balance, which has benefited from the good performance of revenues.

As regards the year 2000, the lack of a set of non-aggregate and homogeneous data does not allow a uniform analysis. The most aggregate data from the Bank of Italy show a further improvement in net borrowing for all EU countries (Portugal excepted), so that the objectives shown in the updates of the stability programme can be considered achieved: Belgium has get to the balancing of accounts. The investment expenditure has substantially remained steady, around 2,5% of GDP, and tax burden has decreased, levelling at 43,1%, mainly due to the lower incidence of indirect taxation (-0,2%) and social security contributions on GDP, while direct taxation shows an equal decrease.

As regards the following three years, additional measures aim at further reducing tax burden: they change from one country to another, but their common denominator is the attention paid to social security contributions, especially those chargeable to the employer, and to direct taxation - mainly personal income taxation - and to a lesser extent to capital and corporation taxation, so that we can speak of a third and last "tax barrier" to be dismantled.

4. Final considerations

After the introduction of Euro, *i.e.* in a scenario characterized by a greater dynamism of European economic operators, the fiscal factor affects traders' decisions and becomes a decisive variable for the choice about the localization of economic factors, bringing about, in lack of harmonization, a growing distortion.

Prospects for the future are uncertain and closely linked to the strengthening of the decision-making powers of European institutions, which powers will become more difficult to exert after the enlargement of the Union for the access of new countries, since the rule of unanimity still applies to fiscal matters.

The “absence of a coherent policy” on direct taxation, so far registered especially in the field of direct taxation and pointed out by the Commission itself⁹, could anyway raise many doubts about a policy of greater convergence of the European tax systems: tax competition among the States¹⁰ could not necessarily produce ill effects on competitiveness and economy of the whole EU area, in consideration of the different relevance of the tax competitiveness factors of the different countries, depending on whether they are situated in the “core” of Europe or in the periphery. In fact, the first countries could attract capital and financial resources even just on the basis of their infrastructure, the high supply of services to enterprises as well as the size and dynamism of their markets, therefore availing themselves just marginally of the reduction of tax burden on corporations; this reduction will mainly be used by the other countries, lacking in infrastructure and an adequate market, in order to fill the gap between them and the other countries in terms of development and welfare.

If we follow this approach, we could be less worried about an excessive competition between the States aimed at attracting investments and taxable bases and having adverse repercussions, such as the reduction of tax burden on the more movable factors of production, like capital, and an increase of the pressure of taxes and contributions on the less movable factor, i.e. labour. In addition, the resulting fall in revenue would not be counteracted by the strictness of the budgetary obligations provided for by the Stability and Growth Pact and to be met by EU countries.

Therefore we can make a short-term and a medium-term consideration: in the short-term, as regards the field of indirect taxation, a greater harmonization seems to be achievable in order to make the whole European single market still more efficient, while in the field of direct taxation, especially as far as corporations are concerned, the harmonization process seems to be more complex, as a consequence of the vigorous assertion of tax sovereignty by Member States.

In the medium-term, some convergence seems to be more achievable in the field of indirect taxation, by the introduction of systems allowing to prevent the most harmful consequences of tax competition, such as “the minimum tax rate on business income”¹¹, which would place all countries on the same level, granting them the freedom to fix tax rates and therefore ensuring a revenue higher than the revenue that they would raise if a strong competition should take place among them for attracting investments. It has also been suggested the possibility “to establish common criteria for determining the taxable base”, in order to avoid distortions

⁹ European Commission (2001b), *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Tax Policy in the European Union – Priorities for the years ahead*, COM (2001) 260 fin.

¹⁰ BALDWIN R.E., KRUGMAN P. (2000), *Agglomeration, Integration and Tax Harmonization*, Centre for Economic Policy Research Discussion Paper, n. 2630.

¹¹ GIANNINI S. (2000), *Mercato interno e fiscalità: aspetti economici*, proceedings of the Conference on “Tax co-ordination within European Union”, Stresa, 19-20 May, Giuffrè, Milan.

resulting from 15 different systems of corporate taxation.¹² This principle, which has already been tried out in countries with a federal structure, such as USA and Canada, would have the peculiarity to allow the States to get to a more efficient, impartial and independent tax system.

The requirement that unanimity of consensus be reached, makes the implementation of the proposals quite difficult, above all as regards the determination of taxable bases which have been established in the countries in which the companies carry on their activity, for fear of revenue losses, considered that most of the revenue in Europe comes from multinational companies. Even if the extension of the qualified majority to fiscal matters appears to be the most efficient solution, we hope that a less rigid approach be followed in the meantime, such as for example an enhanced cooperation¹³ or, at least, an approach granting Member States a greater independence in the implementation of convergent fiscal policies.

¹² This criterion is based on an automatic distribution of the taxable income among the States and a corresponding flexibility in the determination of tax rates.

¹³ This mechanism is analogous to the rule of qualified majority, since it does not require that all States agree, but has the merit of not compelling opposing States to participate in the common rules.

Analisi dell'evoluzione delle strutture tributarie dei paesi dell'Unione Europea negli anni '90

Marianicola Villani¹

1. Premessa

L'assetto della struttura tributaria di uno Stato è rappresentativo di una realtà in continua evoluzione, che segue le trasformazioni quantitative e qualitative delle politiche da esso attuate. L'introduzione delle imposte dirette all'inizio del 19° secolo è infatti la diretta conseguenza del passaggio da una concezione minimalista dello Stato (per il cui finanziamento erano sufficienti le sole imposte indirette) ad una più vicina a quella moderna, caratterizzata dalla presenza di nuovi compiti di redistribuzione del reddito e di protezione sociale e da una parallela esigenza di adeguamento delle risorse finanziarie alle accresciute competenze statali.

Considerata la stretta relazione esistente fra le esigenze di finanziamento della spesa pubblica e l'articolazione del sistema impositivo di uno Stato, l'analisi della evoluzione delle strutture tributarie europee, oggetto di questo studio, si è concentrata sugli anni '90 in quanto in questo periodo si è assistito ad una profonda revisione dell'assetto delle finanze pubbliche dei paesi dell'Unione Europea, in relazione allo sforzo intrapreso per centrare i cosiddetti "parametri di Maastricht".

Il lavoro pertanto intende illustrare il processo di convergenza tributaria dei paesi dell'UE e offrire una riflessione sui principali cambiamenti strutturali dei sistemi di prelievo fiscali in Europa all'avvio del processo di integrazione politica ed economica che ha caratterizzato lo scorso decennio, mettendo in rilievo i cambiamenti osservati sul piano delle finanze pubbliche in risposta alle nuove esigenze.

L'analisi si soffermerà dapprima sulla dinamica, più o meno divergente dalla media UE, della pressione fiscale complessiva e delle imposte dirette e indirette; successivamente, alla luce dell'andamento delle finanze pubbliche, si evidenzieranno le tendenze di fondo dei sistemi tributari espresse attraverso indicatori. Lo studio, in particolare, farà il punto sull'attuale grado di convergenza raggiunto dalle politiche finanziarie dei vari Paesi in presenza dei recenti vincoli europei, mettendone in evidenza i diversi livelli di allineamento.

2. Il trend complessivo della pressione fiscale nel ventennio: imposizione indiretta e imposizione diretta

Il processo di cooperazione e di convergenza nei sistemi tributari dell'UE si è sviluppato con molta lentezza rispetto al grado di coordinamento raggiunto contemporaneamente dalle politiche di *welfare*, del lavoro, e della spesa pubblica in generale.

¹ Università di Roma "La Sapienza".

Osservando come ogni Stato membro dell'UE abbia perseguito politiche tributarie basandosi quasi esclusivamente su considerazioni interne, la convergenza sul piano della pressione fiscale si può considerare frutto quasi unicamente di numerosi e laboriosi compromessi raggiunti nel corso degli anni tra criteri di armonizzazione, di coordinamento e di una maggiore concorrenza fiscale dovuta alla libertà conseguita in termini di circolazione dei fattori produttivi.

In sostanza per la politica fiscale comunitaria si evidenzia una decisa asimmetria per cui, sul lato delle imposte indirette, si sono raggiunti elevati gradi di armonizzazione, mentre, su quello dell'imposizione diretta, la competenza resta in modo pressoché esclusivo in mano agli Stati; l'integrazione economica di cui siamo testimoni, lascia sempre più aperte le problematiche legate all'imposizione diretta, rafforzando così l'esigenza di una politica fiscale dell'Unione volta alla convergenza.

L'analisi del *trend* della pressione fiscale dei vari Paesi in rapporto con la media UE nel ventennio 1980/1999 (GRAF. 1) evidenzia come Paesi come Spagna, Irlanda, Portogallo e Regno Unito si siano posti sempre al di sotto della media UE (raggiungendo una differenza minima da essa rispettivamente nel 1992, 1984, 1999, 1990), mentre Belgio, Danimarca, Francia, Austria, Svezia, Finlandia siano rimasti per tutto il periodo analizzato al di sopra della media UE (raggiungendo una distanza minima da essa rispettivamente nel 1989, 1982, 1992, 1989-90, 1993-94, 1984). Italia, Germania, Paesi Bassi in differenti periodi e da differenti punti di partenza si sono allineati in misura maggiore rispetto agli altri Paesi alla media europea, soprattutto dagli anni '90 in poi.

Se poi si considera la media delle percentuali di scostamento tra pressione fiscale e media UE registrate nei vari anni dai singoli Paesi (GRAF. 2), si nota una elevata eterogeneità di divari tra i valori dei Paesi.

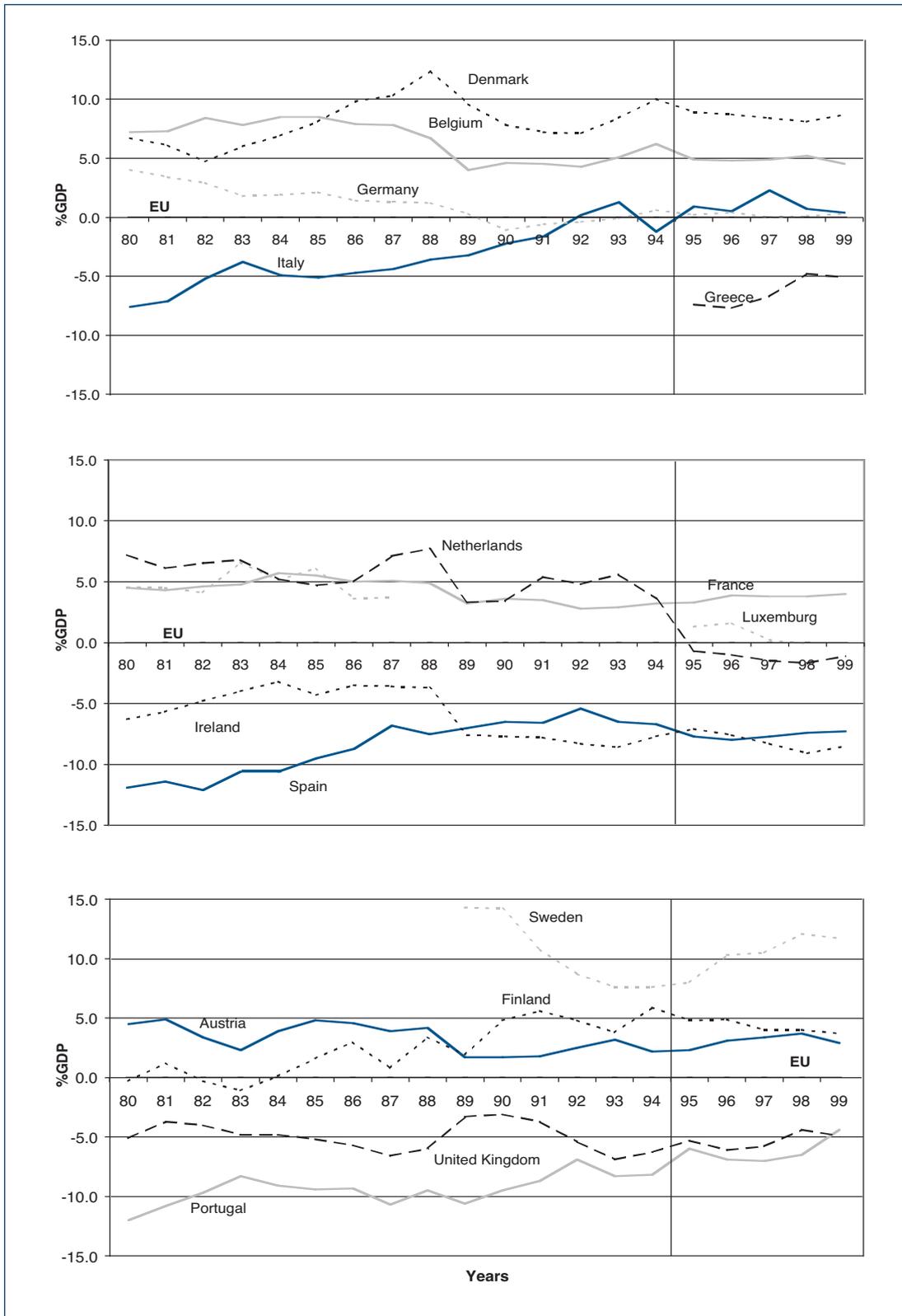
Nel settore della imposizione **indiretta** il ravvicinamento delle legislazioni appare sostanziale: dal punto di vista storico infatti, negli anni '50 non era diffuso un sistema prevalente di imposizione indiretta e soltanto un numero limitato di Stati risultava dotato di una imposta generale sugli scambi quale l'Iva, imposta che ora costituisce la forma comune di imposizione sulla cifra d'affari nella Comunità come in tutti i Paesi candidati alla adesione all'Unione Europea.

Già il Trattato di Roma all'art. 90 e all'art. 93 prevedeva esplicitamente forme di armonizzazione della imposta sulla cifra di affari, di quelle sul consumo e di altre imposte indirette: il processo di armonizzazione del settore infatti, si è adeguato con coerenza all'abbattimento delle barriere per la libera circolazione delle merci e dei servizi, anche in settori nuovi quale il commercio elettronico, di non immediata definizione ai fini fiscali.

Tra il 1987 e il 1990 le proposte della Commissione per uniformare la tassazione indiretta si fondavano sul principio di origine e sulla fissazione di differenti livelli di aliquote (normali tra il 14 e il 20 %, ridotte tra il 5 e il 9 %). Il passaggio al principio di origine non ha però incontrato molti consensi da parte dei paesi membri in quanto, applicandosi l'aliquota del paese di esportazione, laddove si presentasse un avanzo della bilancia commerciale, il gettito sarebbe di gran lunga maggiore rispetto a quanto accadrebbe con l'applicazione del principio di destinazione.

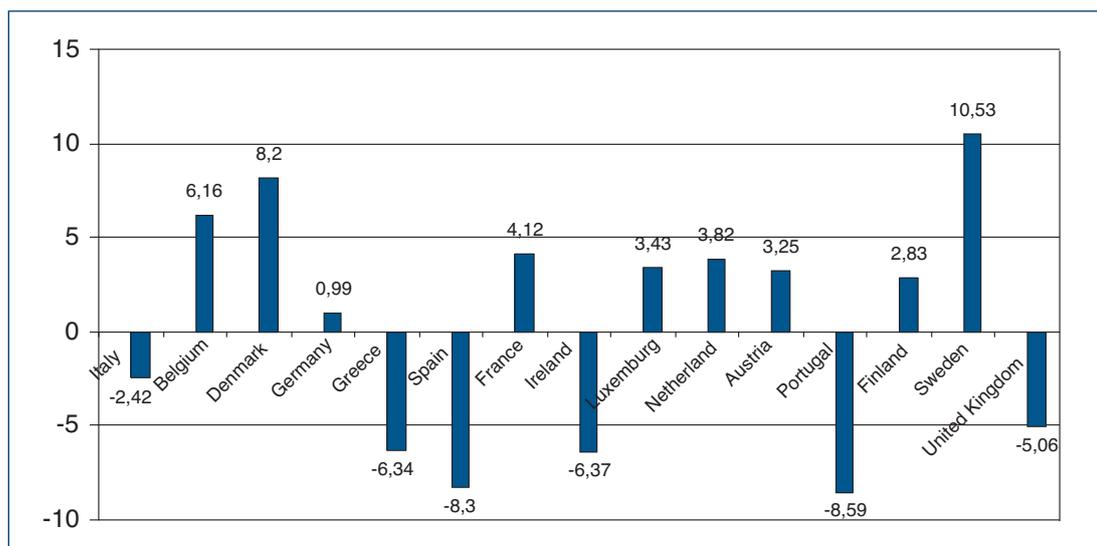
L'introduzione di un periodo di transizione, mantenendo il principio di destinazione (Piano Scrivener, 1989), ha incontrato ugualmente molte resistenze, per ragioni sostan-

Graf. 1 - Pressione fiscale Paesi UE: differenze con media UE (%)



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Graf. 2 - Pressione fiscale Paesi UE: media scostamenti dalla media UE - anni 1980/1999 (%)



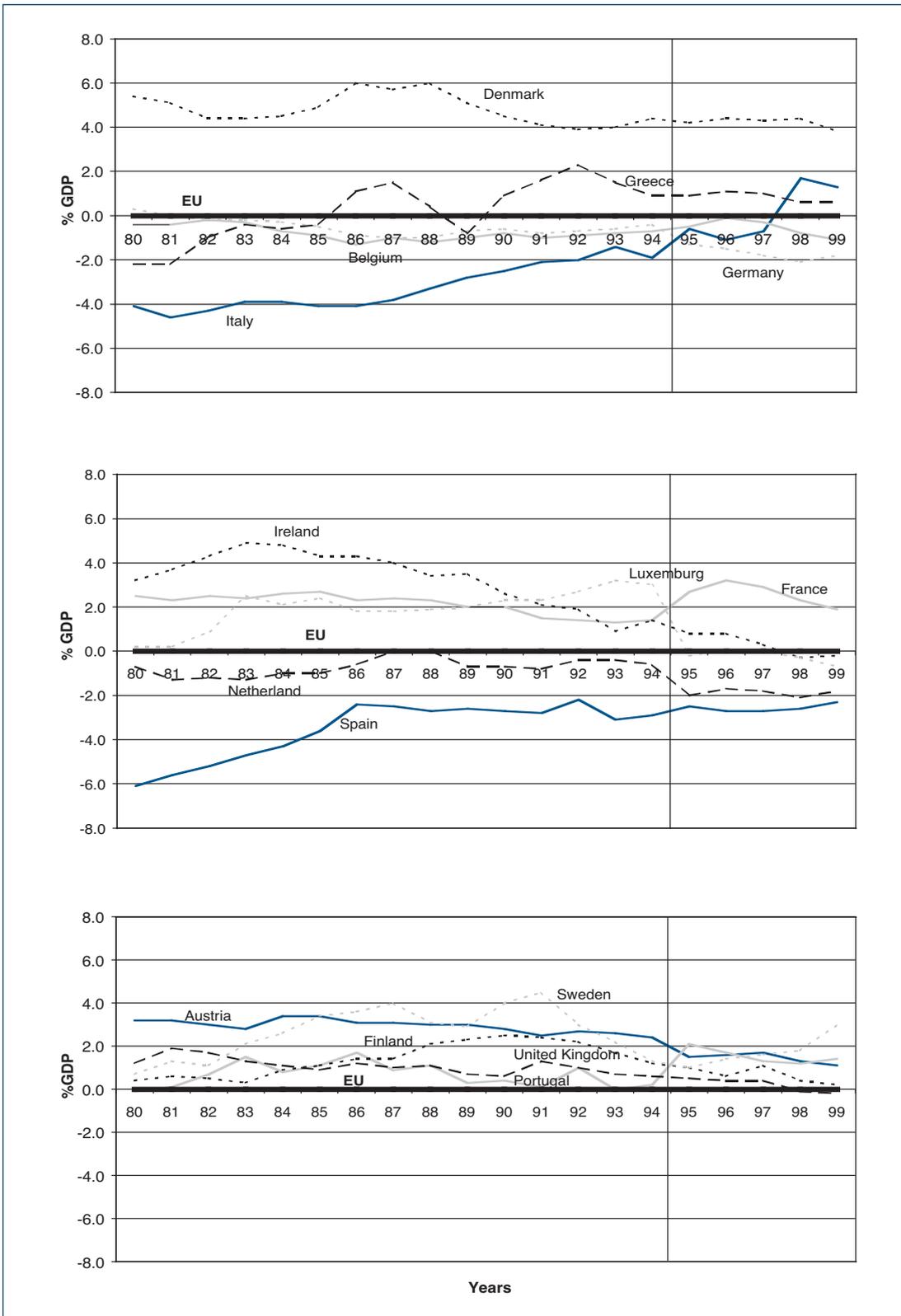
Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

zialmente politiche, in quanto molti Stati avrebbero dovuto rinunciare all'applicazione di aliquote ridotte, vedendo contrarsi notevolmente il gettito relativo. Anche successivamente (1996) sia con la decisione della Commissione di ricondurre l'imposizione al luogo di origine dell'operatore che vende il bene, in modo che ogni operatore fosse assoggettato ad un unico ordinamento tributario, quello del domicilio fiscale, e sia con le ulteriori proposte di un "passaggio progressivo per tappe" (Commissione Europea 2000) i contrasti non si sono assopiti: il criterio del luogo unico di imposizione rendeva indispensabili sia un "altissimo livello di armonizzazione dei meccanismi impositivi al fine di garantire l'uniformità dell'applicazione", sia una maggiore armonizzazione delle aliquote per assicurare la neutralità dell'imposta in presenza del principio di origine.

La difficoltà di pervenire ad un definitivo assetto comunitario nella tassazione dei consumi è testimoniata dalla forte disparità di aliquote tutt'ora vigenti nei diversi Stati membri: anche il fatto che esista ancora il regime transitorio, previsto inizialmente solo per il periodo '93/'96, ma che dovrebbe rimanere fino al 2003, è stato motivo di insoddisfazioni tra cui la problematicità e la facilità di indurre a forme varie di evasioni. Sarebbe necessario uno stretto coordinamento tributario ed un "altissimo livello di armonizzazione" per poter continuare a garantire varie forme di controllo dei flussi commerciali in un contesto quale quello attuale, di smantellamento delle frontiere doganali e di scarso scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie dei vari paesi membri.

In ogni caso, l'analisi dei dati (GRAF. 3) mostra per l'imposizione indiretta un chiaro andamento di convergenza di molti Paesi verso la media UE: esso si manifesta infatti in maniera accentuata per la maggior parte dei Paesi tra cui Italia, Belgio, Germania, Irlanda, Lussemburgo, Portogallo, Austria, Finlandia, Regno Unito. I Paesi Bassi e la Spagna rimangono sempre al di sotto della media UE, mentre Francia e soprattutto Danimarca, si fermano nettamente al di sopra, senza peraltro evidenziare una tendenza alla convergenza per tutto l'arco di tempo considerato.

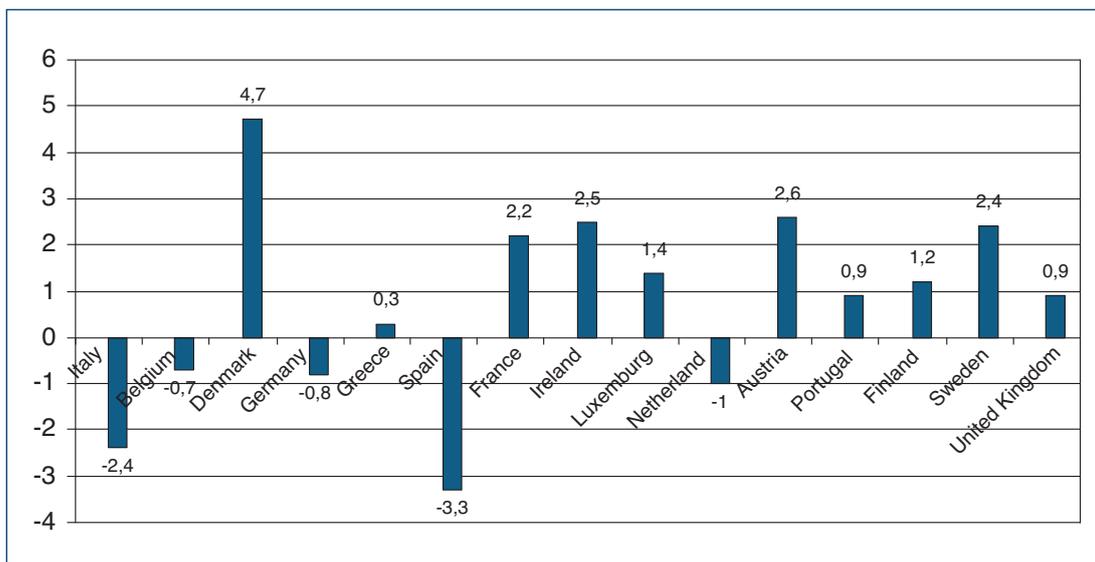
Graf. 3 - Imposte indirette Paesi UE: differenze con media UE (%)



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Anche l'analisi delle medie delle differenze tra l'imposizione indiretta registrata dai singoli Paesi e la media europea (GRAF. 4) conferma il grado di convergenza, in quanto la disomogeneità dei valori tra i Paesi risulta molto modesta.

Graf. 4 - Imposizione indiretta Paesi UE: media scostamenti dalla media europea - anni 1980/1999



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Per quanto riguarda l'**imposizione diretta** si riscontra la mancanza di base giuridica comunitaria per un ravvicinamento delle legislazioni nazionali, nonostante essa rappresenti tradizionalmente, la categoria più importante di entrate tributarie, e costituisca il principale mezzo di finanziamento degli Stati, almeno quelli più sviluppati, e sia tramite essa che si realizzino le politiche economiche e sociali di perequazione, fungendo pertanto come il principale strumento di intervento pubblico nell'economia.

A differenza delle imposte indirette, l'armonizzazione delle imposte dirette infatti non è considerata in modo così esplicito nella legislazione comunitaria: il fondamento giuridico potrebbe essere ritrovato nell'art. 94 o nell'art. 293 del Trattato di Roma, in cui si prevede che gli Stati diano corso a negoziati per la eliminazione della doppia imposizione, ma senza imporre l'obbligo del raggiungimento dell'accordo. Non venendo legalizzata così l'importanza di una sanzione da parte della Commissione nei confronti dei paesi che non abbiano concluso l'accordo, la disposizione risulta priva di efficacia e non risolutiva per la correzione delle eventuali distorsioni.

Infatti in una prima fase, in cui la Comunità europea ha concentrato i propri sforzi nel superamento degli ostacoli fiscali al commercio, le istituzioni comunitarie hanno, in modo parallelo, tentato di procedere in una politica di armonizzazione delle imposte dirette, paradossalmente, i progetti più estesi sono Stati formulati in questo periodo in cui il livello di integrazione raggiunto dall'Europa era relativamente basso. Tale criterio "dirigista" si manifestava sotto due profili: da una parte, nella formula-

zione di progetti estesi ed ambiziosi, dall'altro nel ricorso sistematico a provvedimenti giuridici con effetti vincolanti come la Direttiva.

La Comunità doveva affrontare due ordini diversi problemi: da una parte eliminare quegli ostacoli allo sviluppo degli investimenti transfrontalieri e della cooperazione delle imprese europee, dall'altra procedere ad un'armonizzazione di quelle variabili che incidevano sul prelievo fiscale effettivo e che potevano alterare l'allocazione dei capitali e degli investimenti. Questo secondo ordine di problemi fu affrontato dalla Comunità attraverso tre progetti di armonizzazione: una Direttiva sull'armonizzazione delle aliquote delle società, del sistema di imposta e delle ritenute sui dividendi, una Direttiva per l'armonizzazione della base imponibile delle società (mai ufficialmente presentata) e, infine, una Direttiva per l'introduzione di una ritenuta sui redditi da capitale e, precisamente gli interessi, in tutti i paesi della Comunità sia nei confronti dei risparmiatori residenti che non residenti.

Alla base di questa visione, vi era un approccio "interno" all'armonizzazione, secondo cui un sistema di imposte disarmonico inevitabilmente avrebbe generato distorsioni². Questa strategia fu abbandonata agli inizi degli anni '90 quando il Comitato Ruding produsse il suo Rapporto e confermò la rielaborazione concettuale e politica della strategia di armonizzazione operata dalla Commissione con il Rapporto Scrivener: quest'ultimo suggeriva che, al di là dell'obiettivo della elevata convergenza della pressione fiscale, fosse più necessario stabilire delle priorità riguardo all'azione comunitaria, e proponeva di modulare le forme di intervento a seconda degli effetti distorsivi. Il livellamento della pressione fiscale infatti non teneva conto che le imprese in media non erano così sensibili a questa variabile e comunque meno dei capitali finanziari, per cui occorresse maggiormente far fronte agli ostacoli alla realizzazione degli investimenti transfrontalieri, come la doppia imposizione dei redditi d'impresa transfrontalieri, mentre l'armonizzazione dei tassi effettivi riguardasse in maggior misura il settore del risparmio, più sensibile alla variabile fiscale.

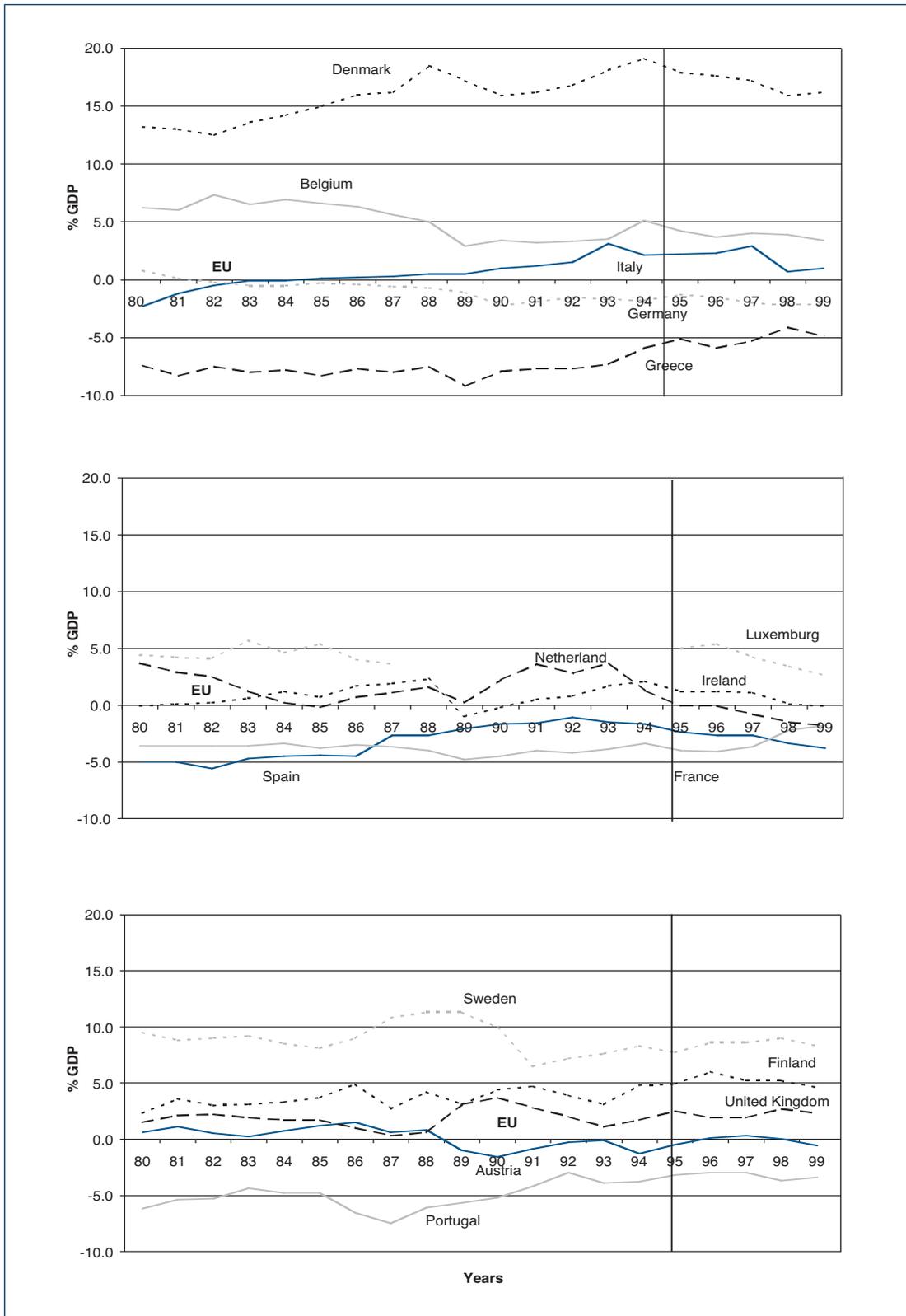
Questo nuovo approccio, più concreto, si è scontrato con il sostanziale distacco dei Paesi membri, contrari a programmi impegnativi e gelosi delle loro prerogative per cui, a parte le misure adottate negli anni '90, il processo di convergenza si è sostanzialmente fermato.

L'analisi dei dati (GRAF. 5) evidenzia come, sul versante dell'imposizione diretta, Belgio, Danimarca, Svezia, Finlandia si siano mantenuti sempre al di sopra della media UE, mostrando una limitata tendenza alla convergenza: gli anni di divergenza massima sono stati rispettivamente il 1989, il 1982, il 1991 e il 1980.

L'Italia, l'Irlanda, i Paesi bassi e il Regno Unito, pur mantenendosi anch'essi al di sopra della media UE, hanno mostrato una maggiore propensione alla convergenza specie dal 1993.

² AA.VV. (2000), *Integrazione economica e convergenza dei sistemi fiscali nei Paesi UE*, Milano. Si fa notare nel testo come la dottrina tradizionale commise l'errore di analizzare il problema dell'armonizzazione in una prospettiva "interna", considerando che le differenze dei sistemi fiscali fosse, *ex se*, in grado di determinare distorsioni al mercato.

Graf. 5 - Imposte dirette Paesi UE: differenze con media UE (%)



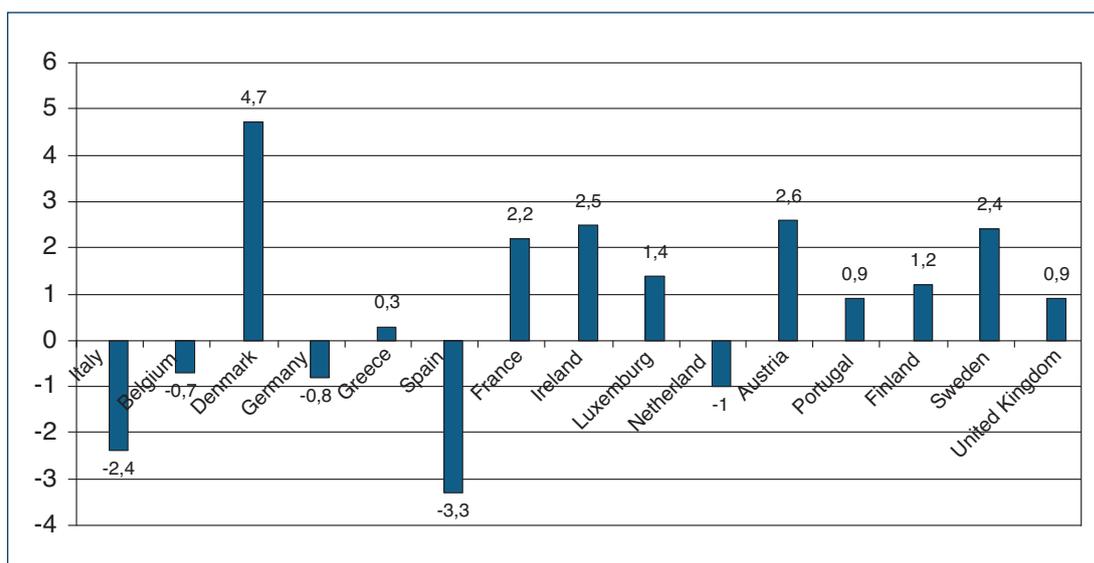
Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Marianicola Villani: *Analisi dell'evoluzione delle strutture tributarie dei paesi dell'Unione Europea negli anni '90*

La Francia e la Spagna sono rimaste sempre al di sotto della media UE, anche se la Francia ha evidenziato una certa tendenza all'allineamento negli anni recenti, in particolare dal 1998.

Lo studio delle medie delle differenze tra l'imposizione diretta registrata dai singoli Paesi e la media europea (GRAF. 6) evidenzia anch'esso lo scarso grado di convergenza, in quanto la disomogeneità dei valori tra i Paesi risulta alquanto elevata.

Graf. 6 - Imposizione diretta: media scostamenti dalla media UE – anni 1980/1999 (%)



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Negli ultimi dieci anni pertanto, se da una parte sono stati attuati dei progressi verso la creazione dell'UE, il settore della fiscalità diretta, anche se diventato centrale nell'ottica dell'UE, è rimasto ancorato agli schemi tradizionali: pur evidenziandosi una frammentazione fiscale, una maggiore concorrenza fiscale, nuove forme di distorsione, l'UE ha ridotto sempre più la portata delle sue iniziative, pur di non scontrarsi con i consensi degli Stati membri. Infatti nel "pacchetto fiscale" proposto nel 1997, è evidente come si sia abbandonato definitivamente il progetto di armonizzazione allargata delle imposte dirette sia nel settore delle imprese, che in quello delle rendite da capitale.

Attualmente, il "pacchetto fiscale", pur essendo nato tra molti consensi, non ha ancora avuto seguito (se si esclude la figura *sui generis* del Codice di Condotta): i particolarismi statuali e la regola dell'unanimità, ai sensi dell'art. 94, hanno vanificato l'iniziale impulso all'approccio globale. C'è inoltre da evidenziare il fatto che le misure presenti nel "pacchetto" sono tra loro collegate per cui la mancata adozione dell'una compromette l'adozione dell'altra³.

³ GARBARINO (2000), *Approvazione del "pacchetto fiscale Monti"*, Diritto e Pratica Tributaria, III, p. 514 e ss. L'Italia, il Belgio e il Portogallo hanno posto come pregiudiziale alla adozione della direttiva sull'abolizione della ritenuta sugli interessi e le *royalties*, l'approvazione della direttiva sulla tassazione del risparmio. In questo modo, anche se la prima proposta di direttiva avrebbe incontrato meno resistenze ad essere approvata, le sue sorti si sono legate a quell'approvazione del secondo provvedimento, molto più complesso.

3. La sovranità fiscale dei paesi e il grado di convergenza delle politiche fiscali nel decennio

La sbilanciata politica fiscale europea, meno incisiva sul versante dell'imposizione diretta e molto più su quella indiretta, si è fondata sul fatto che inizialmente l'integrazione economica poggiava prevalentemente sugli scambi commerciali, mentre la diffusione delle attività produttive transnazionali era molto ridotta e il mercato comune dei capitali era ancora lungi dall'essere preso in seria considerazione. Allorché il mercato europeo è diventato un'area fortemente integrata sia all'interno che all'esterno, pur di fronte alle distorsioni legate alle divergenze e alle inadeguatezze delle legislazioni nazionali, la difficoltà della Commissione nel portare avanti i suoi programmi è dipesa soprattutto da una precisa ragione politica: la volontà degli Stati di non perdere il controllo sui loro poteri fiscali. Gli Stati membri pertanto, difendendo ad oltranza la prerogativa del potere fiscale nazionale, rallentano il dinamismo internazionale delle forze economiche: più che convergere verso un obiettivo di coordinamento anche minimo, sembra essersi instaurata oggi tra gli Stati una convivenza non cooperativa e il fallimento attuale del "pacchetto fiscale" mette in evidenza come, oltre un certo limite, la libertà fiscale degli Stati non può essere messa in discussione e il Codice di Condotta (che non è un provvedimento di armonizzazione) rappresenta questo limite: esso si può configurare infatti come un compromesso tra l'esigenza di ridurre le distorsioni fiscali e la volontà degli Stati di non privarsi dello strumento fiscale.

Il più delle volte la manifestazione di opposizione da parte degli Stati membri, in sede di Consiglio, è provenuta da pochi Stati membri se non, a volte, da uno solo⁴, tant'è che per accelerare il processo di convergenza si è auspicata l'estensione della regola della maggioranza qualificata alla materia tributaria. Il superamento della sovranità fiscale degli Stati membri attraverso l'emendamento dell'art. 94 (ex art. 100), oltre a richiedere una revisione del Trattato CE, significherebbe la creazione di un nuovo soggetto politico⁵ e pertanto una revisione dei principi costituzionali su cui si poggiano sia l'istituzione stessa che i relativi procedimenti decisionali⁶. Il rafforzamento dei poteri comunitari ha sempre incontrato e continua ad incontrare un problema prettamente ideologico: storicamente nei paesi occidentali il diritto al tributo si è sviluppato secondo il principio democratico "*no taxation without representation*" e quindi non era politicamente accettabile attribuire poteri alla Comunità europea, in mancanza di una più ampia riforma istituzionale che permettesse una forma di controllo democratico sul suo operato. E Maastricht oltre a non aver introdotto maggiori poteri in materia fiscale, non ha neanche esteso l'art. 93 all'imposizione diretta, per cui le previsioni fiscali iniziali del Trattato sono rimaste inalterate: l'affermazione del principio di sussidiarietà disposto a Maastricht, che sottolinea il ruolo e la condotta degli Stati membri, ha

⁴ Non è sempre evidente da quale Stato provenga l'opposizione: a volte dietro il dissenso di uno Stato si nasconde quello di altri. Per esempio, in occasione della Direttiva del 1989 in merito alla istituzione di una ritenuta minima sui redditi da risparmio, ufficialmente l'opposizione venne dal Lussemburgo, ma in realtà dietro si nascondeva la Germania, che inizialmente era stata la promotrice dell'iniziativa, mentre in un secondo momento, sulla base di esperienze rivelatesi dannose, premeva per il ritiro della proposta.

⁵ MISCALI (1998), *Armonizzazione fiscale e finanza innovativa*, supplemento de Il Sole 24 ore.

⁶ VANISTENDAEL (1998), *European Taxation in the 21st Century: The Roads towards Integration*, in *European Taxation. L'A. nota come in Paesi come Usa e Germania, le decisioni politiche e gli sviluppi costituzionali giocano un ruolo decisivo nel promuovere l'integrazione economica.*

trovato in materia fiscale una attuazione sostanziale, in quanto materia di competenza concorrente, anche se non espressamente prevista per le imposte dirette⁷.

Paradossalmente poi, la creazione dell'UEM, comportando il trasferimento della sovranità in materia monetaria e quindi una rilevante limitazione della libertà di manovra degli Stati, ha accentuato ancora di più l'importanza delle loro prerogative fiscali, rinnovatesi così ancora una volta come l'ultimo importante strumento, insieme alla politica della spesa, attraverso cui intervenire sull'economia nazionale.

Il rispetto di determinati parametri macroeconomici previsti dal Trattato di Maastricht, tra cui in particolare il risanamento dei conti pubblici, ha posto degli stretti vincoli alla politica fiscale degli Stati membri, soprattutto in materia di imposte dirette, per cui, nonostante la manifesta volontà degli Stati di mantenere una piena libertà sul piano tributario, le loro politiche fiscali sono risultate vincolate, almeno negli obiettivi.

A tal fine, il lavoro presenta una analisi della relazione tra Pressione Fiscale/ Indebitamento netto, Pressione fiscale/ Investimenti e Pressione Fiscale/Spese in tre periodi successivi '90-'93, '93-'96 e '96-'99, precedenti e antecedenti l'introduzione dei vincoli europei, per evidenziarne la dinamica.

L'analisi degli incrementi (o decrementi) verificatisi tra le variabili considerate per il periodo '90-'93 (GRAF. 7), mostrano incrementi generali della pressione fiscale, particolarmente elevati per l'Italia (4,8%), i Paesi Bassi (3,5%), l'Austria (2,8%) e per la Germania (2,3%) e decrementi per il Regno Unito (-2,5%) e la Svezia, la quale arriva addirittura al -5,3%.

Sul versante dell' indebitamento netto si evidenziano lievi riduzioni soltanto per l'Italia (-1,6%) e per i Paesi Bassi (-1,9%), a fronte invece di un considerevole incremento per il Regno Unito (6,6%), Francia (4,2%) e Spagna (2,6%) e particolarmente forte per la Finlandia (12,8%) e la Svezia (16,4%).

Nel contempo, una sostanziale stabilità si mostra per gli incrementi degli investimenti, con leggeri decrementi per l'Italia (-0,6%), Spagna (-0,7%), Francia (-0,4%), Regno Unito (-0,5%) e Svezia (-1,3%).

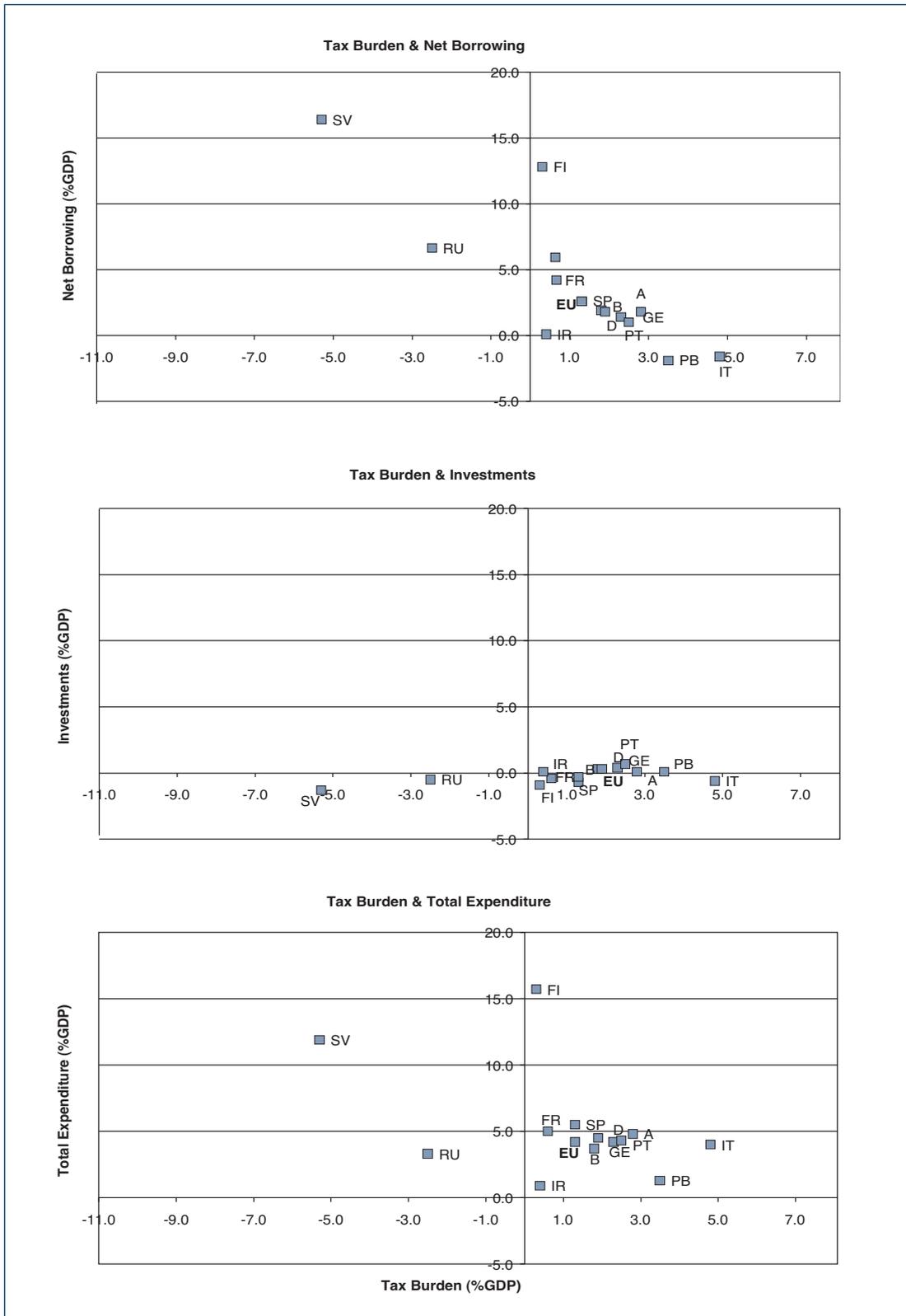
Il settore delle spese mostra un generale *trend* di incrementi soprattutto per la Finlandia (15,7%) e Svezia (11,9%), Spagna (5,5%), Francia (5%), Austria (4,8%), Danimarca (4,5%) e Italia (4%).

Pertanto, nel periodo suddetto che precede l'introduzione dei parametri di Maastricht, la relazione tra Pressione fiscale/Indebitamento netto e Pressione Fiscale/Spese all'interno dei singoli Paesi, mostra come la loro posizione si concentri soprattutto nel quadrante in alto a destra, le cui coordinate sono entrambe di segno positivo, a segnalare una uniformità di situazioni economico-finanziarie caratterizzate dal contestuale incremento dei due indicatori. La relazione tuttavia non permette di evidenziare un eventuale nesso causale tra i due indicatori.

Nel periodo successivo, il '93-'96, all'avvio dei dettami di Maastricht, si evidenzia un deciso e generalizzato calo dell'incremento sia della Pressione fiscale, specie nei Paesi Bassi (-7,7%), e sia dell' indebitamento netto soprattutto per la Svezia (-8,8%),

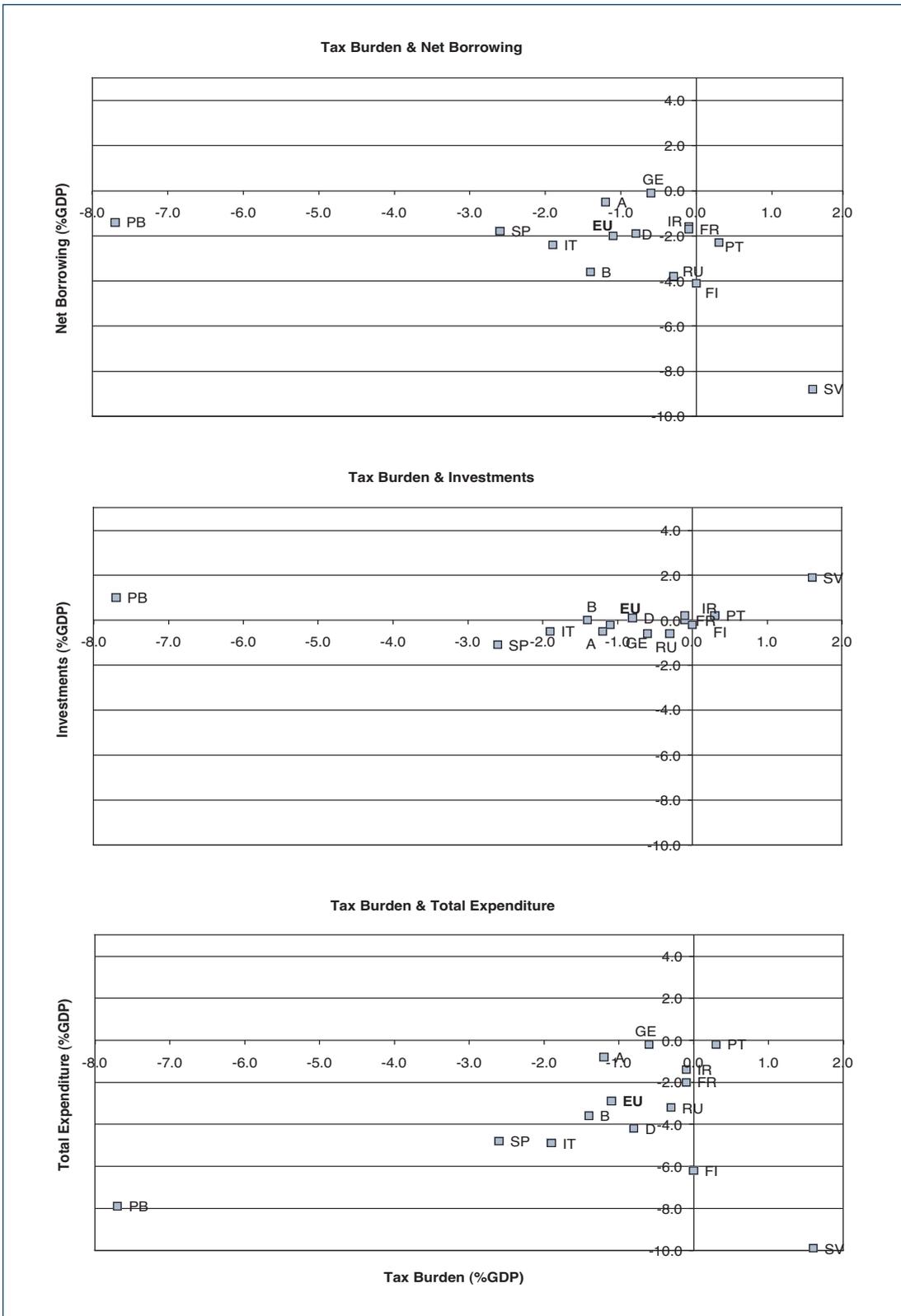
⁷ AMATUCCI (1998), *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova. L'A. afferma addirittura che considerato il fatto che il Trattato non prende alcuna posizione in materia di imposte dirette e che quindi esse siano di esclusiva competenza degli Stati, si potrebbe eccepire la non applicabilità del principio di sussidiarietà alla fiscalità diretta.

GRAF. 7 - Periodo 1990-93: Variazioni percentuali



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

GRAF. 8 - Periodo 1993-96: Variazioni percentuali



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

Finlandia (-4,1%), Regno Unito (-3,8%), Belgio (-3,6%) e Italia (-2,4%).

Anche sul versante delle spese, assistiamo ad un sostanziale decremento che porta al primo posto la Svezia (-9,9%), seguita dai Paesi Bassi (-7,9%), dalla Spagna (-4,8%) e dall'Italia (-4,9%).

Per gli investimenti, permane una comune situazione di stabilità: l'unico Paese che registra un incremento è la Svezia con l'1,9%.

Assistiamo pertanto ad una politica di bilancio basata sul contenimento sia della pressione fiscale sia della spesa: la riduzione dell'indebitamento parrebbe addebitata soprattutto al calo dell'incidenza della spesa per interessi sul Pil di 0,4 punti % e ad un miglioramento del saldo primario (registrato in tutti i 15 Paesi), dovuto al contenimento delle spese primarie⁸.

Nel periodo esaminato, che segue l'introduzione dei parametri di Maastricht, considerando i rapporti tra Pressione fiscale/Indebitamento netto, Pressione Fiscale/Spese, Pressione Fiscale/Investimenti all'interno dei singoli Paesi, (GRAF. 8), le loro posizioni si spostano concentrandosi soprattutto nel quadrante in basso a sinistra, le cui coordinate sono entrambe di segno negativo, a segnalare anche in questo periodo un panorama di finanza pubblica abbastanza omogeneo, caratterizzato però da un decremento di tutti e tre gli indicatori. Ciò non ne comprova tuttavia una stretta e reciproca relazione di interdipendenza.

L'ultimo periodo analizzato, il '96-'99, è contrassegnato dalla istituzione del Patto di Stabilità e Crescita, accordo che, in aggiunta al Trattato di Maastricht, impegna i Paesi a rispettare "un obiettivo di bilancio a medio termine che comporti un saldo vicino al pareggio o positivo" e che comunque sollecita i governi affinché il disavanzo non ecceda il 3% del Pil, se non per eventi eccezionali, pena sanzioni pecuniarie.

A fronte di un leggero e generalizzato incremento della Pressione fiscale, più consistente per la Grecia, entrata in fondo nell'Ue solo nel '95, che registra un incremento del 3,5%, del Portogallo con un 3,4% e della Svezia con un 2,3%, è evidente una complessiva e consistente diminuzione dell'indebitamento netto soprattutto per l'Italia (-5,2%), Finlandia (-5,5%), Svezia (-5,3%) e Regno Unito (-5,6%).

Allo stesso tempo si registra una generalizzata e considerevole diminuzione delle spese: figurano *in primis* la Finlandia (-7,1%), il Regno Unito (-4,5%), l'Italia e la Danimarca (-4,1%).

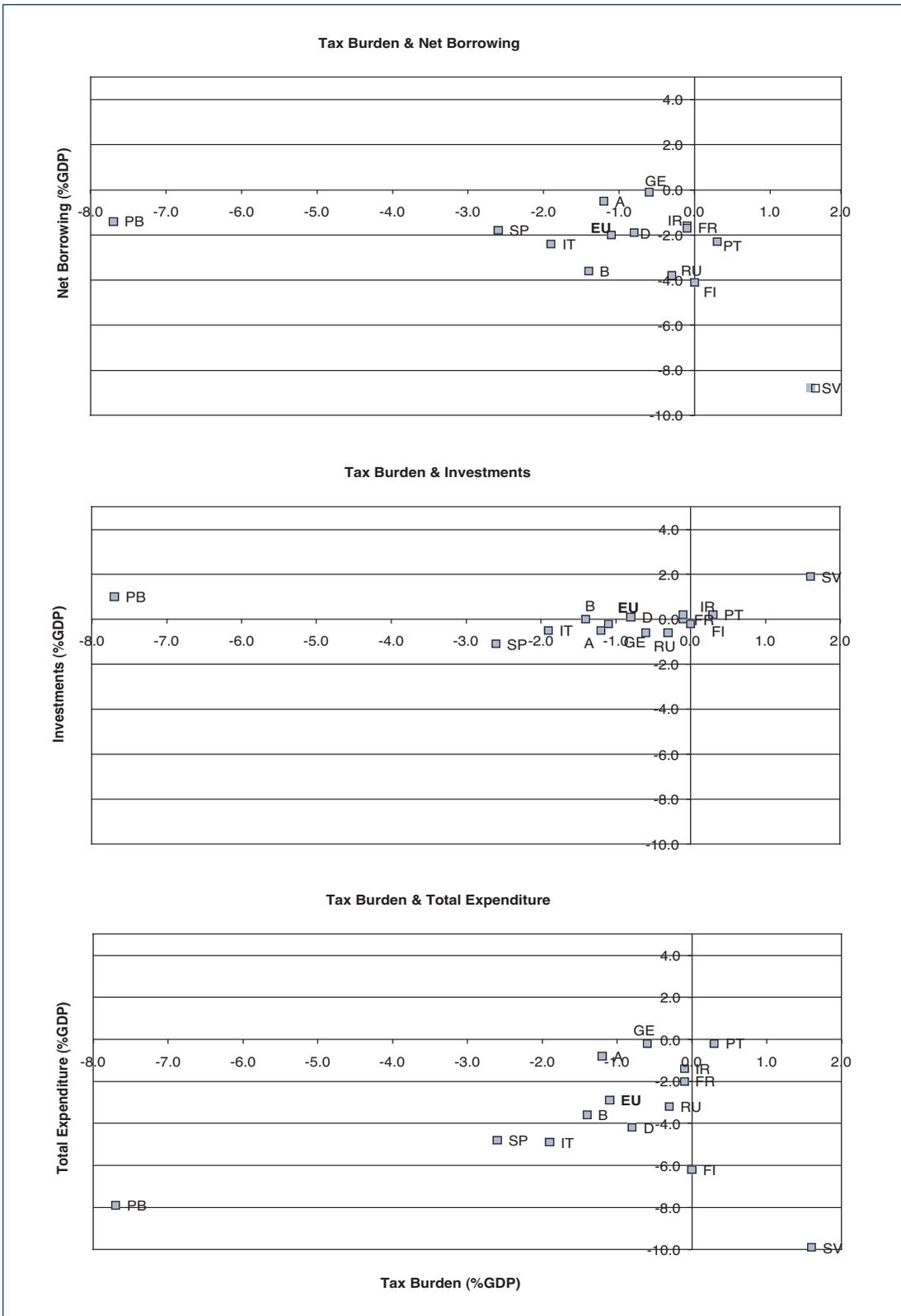
Sul versante degli investimenti, come negli altri periodi, si evidenzia un *trend* di lieve decremento, su una sostanziale situazione invariata.

Quindi, rispetto al periodo precedente, assistiamo ad una persistente, ma più marcata, diminuzione dell'indebitamento netto, al perdurare del *trend* decrescente delle spese, ma ad un andamento della pressione fiscale che non ha continuato la sua discesa, ma risulta incrementata soprattutto in alcuni Paesi.

Sebbene il processo di risanamento dei Paesi presenti significative caratteristiche comuni, le differenze nelle loro dinamiche e nelle loro entità si può evincere dal GRAF. 9: in esso, sempre considerando la relazione esistente tra Pressione fiscale/Indebitamento e Pressione fiscale/Spese per il periodo '96-'99, la posizione dei Paesi

⁸ Sul calcolo degli aggregati incide anche il passaggio dal SEC '79 al SEC '95: il valore del saldo complessivo (spesa primaria + spesa per interessi) e di base uguale per i due sistemi, ma è diversa la composizione della variazione del saldo tra entrate e spese primarie. Infatti in base al SEC '79, nel periodo '93-'97, le entrate invece di ridursi, sono rimaste stabili.

GRAF. 9 - Periodo 1996-99: Variazioni percentuali



Fonte: elaborazione dati Banca d'Italia.

si si sposta ora sul quadrante in basso a destra, in cui le coordinate sono positive per la Pressione Fiscale e negative per le altre due variabili: testimonianza di uniformità di tendenze sì, ma non particolarmente favorevoli sotto l'aspetto fiscale.

Lo scarso grado di convergenza dei Paesi in merito alla relazione tra Pressione fiscale/Investimenti si evince dalla loro distribuzione contrapposta tra i due quadranti di destra superiore ed inferiore, a testimoniare che a fronte di un leggero e generalizzato incremento della pressione fiscale, si verificano contemporaneamente contesti difformi, anche se non particolarmente sbilanciati, di aumento o decremento degli investimenti.

Coerentemente con gli impegni assunti con il Patto di Stabilità e di Crescita, il processo di riequilibrio dei conti pubblici è proseguito nel complesso dei Paesi dell'area UE: il miglioramento del saldo verificatosi soprattutto nel 1999 è dovuto in pari misura alla riduzione delle spese per interessi e alla variazione del saldo primario, che ha beneficiato di un buon andamento delle entrate.

Per il 2000, la mancanza di serie di dati disaggregati ed omogenei non ci consente una uniformità di analisi. I dati più aggregati di Banca d'Italia indicano, da parte di tutti i Paesi dell'area UE (ad eccezione del Portogallo) un ulteriore miglioramento dell'indebitamento netto, risultando così conseguiti gli obiettivi indicati negli aggiornamenti del programma di stabilità: il Belgio ha raggiunto il pareggio di bilancio. La spesa per investimenti è rimasta sostanzialmente stabile, intorno al 2,5% del Pil e la pressione fiscale è diminuita, attestandosi al 43,1%, grazie soprattutto alla diminuita incidenza sul Pil delle imposte indirette (-0,2%) e dei contributi sociali, mentre le imposte dirette mostrano un aumento di pari ammontare.

Per il triennio successivo provvedimenti aggiuntivi mirano a ridurre ulteriormente la pressione fiscale: essi sono diversi da Paese a Paese, ma hanno tutti un comune denominatore rappresentato dall'attenzione rivolta ai contributi sociali, specie a carico del datore di lavoro, e all'imposizione diretta, soprattutto sui redditi delle persone fisiche, e in misura minore all'imposizione sui capitali e le imprese, facendo sì che quest'ultima costituisca in sostanza la terza ed ultima "frontiera fiscale" da abbattere.

4. Considerazioni finali

Con l'adozione dell'Euro, in un contesto cioè contraddistinto da un maggiore dinamismo degli operatori economici europei, il fattore fiscale incide sulle scelte degli operatori economici, diventando una variabile decisiva nella scelta della localizzazione dei fattori economici, assumendo così, in assenza di armonizzazione, un peso sempre più distorsivo.

Le prospettive future sono incerte e strettamente legate al rafforzamento del potere decisionale delle istituzioni europee, potere che a causa dell'allargamento dell'Unione a nuovi paesi, diventerà probabilmente più difficilmente esercitabile, stante la regola dell'unanimità in materia fiscale.

L' "assenza di una politica coerente" registrata fin'ora soprattutto sul versante delle imposte dirette e ammessa dalla stessa Commissione⁹, potrebbe comunque

⁹ Commissione Europea (2001 b), *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Tax Policy in the European Union- Priorities for the years ahead*, COM (2001) 260 fin.

sollecitare molti dubbi su una eventuale politica di convergenza dei sistemi tributari europei più accentuata: la concorrenza fiscale fra Stati¹⁰, soprattutto in ambito europeo, potrebbe non necessariamente generare effetti negativi sulla competitività e sull'economia dell'intera area dell'UE a causa della differente importanza relativa che presentano i vari fattori di competitività fiscale nei Paesi, a seconda che essi si trovino nel "core" dell'Europa o nella periferia. I primi infatti potrebbero attrarre capitali e risorse finanziarie anche solo sulla base della propria dotazione di infrastrutture, della elevata offerta di servizi alle imprese e delle dimensioni e del dinamismo del proprio mercato, avvalendosi pertanto in modo solo marginale del sistema di riduzione del prelievo fiscale sulle imprese, lasciando che esso venga utilizzato soprattutto dagli altri Paesi, meno dotati di infrastrutture e di un mercato adeguato, in modo colmare il divario di sviluppo e di benessere che li separa dagli altri.

Se si aderisce a questa impostazione, potrebbero assumere toni meno preoccupanti i timori di una competizione eccessiva fra Stati che attragga di investimenti e basi imponibili, con ripercussioni negative quali la riduzione del peso fiscale sui fattori produttivi più mobili, come il capitale, e un aumento di quella tributaria e contributiva sul fattore meno mobile, come il lavoro. La contrazione di gettito che ne scaturirebbe, non sarebbe oltretutto controbilanciata dalla rigidità dei vincoli di bilancio previsti dal Patto di Stabilità e di Crescita ai quali i Paesi dell'UE si devono attenere.

Si possono pertanto esprimere due considerazioni di breve e di medio periodo: nel primo, sul versante dell'imposizione indiretta appare più raggiungibile una maggiore armonizzazione per rendere ancora più efficiente il mercato unico europeo nella sua globalità, mentre sul versante dell'imposizione diretta, soprattutto quella sulle imprese, il processo di armonizzazione appare più complesso a causa, come già detto, della strenua rivendicazione della sovranità fiscale da parte dei Stati membri.

Nel medio periodo invece appare più realizzabile il conseguimento di punti di convergenza in tema di imposizione indiretta attraverso l'introduzione di sistemi che prevenano le conseguenze più negative della concorrenza fiscale, come "l'aliquota minima sui redditi di impresa"¹¹, che porrebbe tutti i Paesi sullo stesso piano, lasciando loro autonomia nella fissazione delle aliquote e garantendo quindi un gettito maggiore di quello che perseguito qualora si verificasse tra loro una forte competizione per l'attrazione di investimenti. E' stata proposta anche la possibilità di una "definizione dei criteri comuni di determinazione della base imponibile", per evitare le distorsioni provocate dalla esistenza di 15 diversi sistemi di tassazione societaria¹². Il principio già collaudato in Paesi a strutturale federale come Usa e Canada, avrebbe la prerogativa di giungere ad un sistema fiscale più efficiente, imparziale ed autonomo degli Stati.

¹⁰ BALDWIN R.E., KRUGMAN P. (2000), *Agglomeration, Integration and Tax Harmonization*, Centre for Economic Policy Research Discussion Paper, n. 2630.

¹¹ GIANNINI S. (2000), *Mercato interno e fiscalità: aspetti economici*, Atti del Convegno "Coordinamento fiscale dell'Unione Europea", Stresa, 19-20 maggio, Giuffrè, Milano.

¹² Il criterio si fonda su una ripartizione automatica dell'imponibile tra i Paesi e una parallela flessibilità nella fissazione delle aliquote.

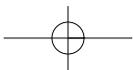
Il vincolo dell'unanimità del consenso, rende comunque difficile l'attuazione delle proposte, soprattutto quella relativa alla definizione delle basi imponibili consolidate tra i paesi in cui le società svolgono la loro attività, per il timore di perdite di gettito, considerato che la parte più consistente di esso proviene in Europa dalle società multinazionali. Anche se la soluzione più efficace parrebbe quella dell'estensione della maggioranza qualificata alla materia fiscale, si auspica nel frattempo un orientamento meno rigido, quale quello della cooperazione rafforzata¹³, o quanto meno un indirizzo che garantisca una maggiore autonomia agli Stati membri circa le modalità di effettuazione delle politiche fiscali convergenti.

¹³ Meccanismo analogo alla regola della maggioranza qualificata, poiché non richiede il consenso di tutti gli Stati, ma ha il pregio di non obbligare gli Stati contrari a partecipare alla disciplina comune.

SEZIONE II

GIURISPRUDENZA

Decisions of the Courts



Italy - Supreme Court of Cassation - Tax Section

Judgment 20 December 2001 - 10 December 2002

no. 17564 (Chairman CANTILLO - Rapporteur DI PALMA)

EC decisions in state aids subject are directly applicable from the Member States when they contain a substantial prohibition that is sufficiently clear, exact and unconditional

Direct application of Commission decisions and reserve of law in tax matter*

Domenico Ardolino

1. The case; 2. The relationship between Community provisions and national law on the latest innovations by Italian constitutional reform; 3. The direct application of Commission's decisions on State aids; 4. Direct application and reserve of law.

In the judgment n. 17564, the Court of Cassation¹ brings up again the problem of the relationship between Community directly applicable provisions and national law; for the first time the judges raise the question of the latest changes of art 117 Cost. and settle the direct application of EC Commission's decisions on state aids.

1. The case

By the decision n. 91/500/CEE of 28th of May 1991,² the EC Commission, declared state aid, incompatible with common market, a ten year income-tax exemption in force by Italian law n. 26/86, artt. 2 and 4, and abolished it as from 30th June 1992; the Italian government complied with that decision repealing the aid by an administrative act, a CIPE resolution³.

That operation was found not legal by a Regional Tax Commission⁴ which stated an administrative act, as a CIPE resolution, can not modify a tax aid passed by law; so, the tax exemption couldn't be considered as abolished.

In third instance, the Court of Cassation quashes that sentence because of the omission by CTR which didn't apply to the case directly the European decision: for the first time, the Court states that the legitimacy of the national act (by which the Italian government complied the European decision) isn't relevant because the tax aid has been abolished directly by the EC Commission decision.

* Translated in English by the author.

¹ Below even just: the Court.

² In *EC Official Journal* L 262 of 19.09.91.

³ C.I.P.E. resolution of 26.11.91, in *Official Journal* n. 38 of 15.02.92.

⁴ The Italian tax Court of second instance, hereinafter even CTR.

[†]That is *Modifiche al titolo V delle parte seconda della Costituzione* by constitutional law n. 3 of 18.10.01 in force on 8th November 2001.

2. The relationship between Community provisions and national law and the latest innovations by constitutional reform

The Court deals with the latest constitutional reform⁵ and, in particular, determines whether the new wording of art. 117, para 1 Cost. could make innovations in the question of the relationship between directly applicable Community provisions and conflicting national law.

The Court notes at the outset that, according to the settled case-law^{6,7}, Community provisions, on condition they present some qualifications⁸, may be relied upon as against any incompatible national provision or in so far as the provisions define rights which individuals are able to assert against the State.

That principle is differently justified by the European Court and the national judges. In fact, the ECJ has always stated the thesis of *the integration between Community and national laws*, while Constitutional Court and Court of Cassation have drawn up the theory of *the two autonomous and distinct laws even if coordinated*⁹.

⁵ The principle dates back to the beginning of the Communities, stated by the European Court of Justice (hereinafter even: ECJ), for the first time, in the judgment of 5.02.63, case 26/62, *Van Gend en Loos* ("article 12 of the Treaty establishing the European Economic community produces direct effects and creates individual rights which national courts must protect"); on the 1970 ECJ settled that: "a directive ... does not concern solely the relations between the Commission and that state, but also entails legal consequences of which both the other member states concerned in its performance and individuals may avail themselves when, by its very nature, the provision establishing the obligation is directly applicable (judgment of 17.12.79, case 33/70 of 17.12.70, *SACE v. Ministero delle finanze della Repubblica italiana*); finally, the Ecj, in the judgment of 22.06.89, case 103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, stated that "when the conditions under which the Court has held that individuals may rely on the provisions of a directive before the national courts are met, all organs of the administration ... are obliged to apply those provisions".

⁶ Since the judgments nn. 183/1973 and 182/1976, the Constitutional Court has acknowledged the direct application of the community directives, as stated by the ECJ; sentence by sentence the range of that principle has been enlarged to all the European provisions, ECJ sentences included (see judgments nn. 170/1984, 113/1985, 389/1989 and 168/1991).

⁷ According to ECJ (see, for example, judgments of the Court: 14.07.71, case 10/71, *Muller*; 4.12.74, case 41/74, *Van Duyn*) the Community provision 1) must impose on the member State a clear and precise obligation, that 2) appears to be unconditional and 3) doesn't afford to the State a degree of latitude.

⁸ That is the well known conflict between the monist thesis and the dualist one.

The direct and immediate application of Community rules in the member states has been always justified by ECJ stating the *integration* thesis and the principle of the precedence of Community law; in the *Van Gend en Loos* case the European Court stresses the fact that "*EEC Treaty is more than an agreement which merely creates mutual obligations between the contracting states ... the conclusion to be drawn from this is that the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields and the subjects of which comprise not only member States but also their nationals*". Furthermore "*in accordance with the principle of the precedence of Community law, the relationship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the member states on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but ... also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with community provisions*" (judgment of 09.03.78, case *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. Simmenthal SpA*).

In other terms, ECJ states that the directly applicable Community law is *an integral part of and takes precedence in the national legal orders* (case *Simmenthal* cit.).

The Italian Courts have always disowned that thesis. In truth, the position of the Constitutional Court is changed since, at the beginning of the Communities, it affirmed that the two legal orders were completely autonomous and Community law was assimilated to the ordinary national law because the Treaties had been entered in force by an ordinary law (judgment n. 14 of 1969, case *Costa/Enel*).

In fact, during the *long community way* (using a wording by P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, at 2405 ff) the adopted position has suffered a continuous evolution; finally the Constitutional Court has elaborated the thesis of the *two distinct and autonomous, even if coordinated laws* (see judgments nn. 98/1965, 183/1973, 170/1984, 126/1996, 93/1997). According to that thesis, doesn't exist a precedence of Community law over all the national law; instead, because of the limitation of sovereignty (justified and allowed by art. 11 Cost.), there is a separation of jurisdictions that allows, only in the Community fields, the direct application of Community provisions (see L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996, at 431 and B. Beutler - R. Bieber - J. Pipkorn - J. Streil - J.H.H. Weilez, *L'Unione Europea*, il Mulino, 2001, at 121 ff.).

⁹ "*The legislative power is exercised by the State and the Regions in observance of the Constitution and the ties by Community law and international obligations*"

After the Constitutional reform, the article 117, comma 1, Cost. now states: “*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”¹⁰; and because of that new wording, it would seem that the legislator had been brought in a new autonomous parameter for the constitutional legitimacy of the national laws, i.e. the compliance with the Community law¹¹.

The Court points out the consequences that theory could entail; in fact, if that was the right interpretation of new art. 117 Cost., a national law incompatible with a Community provision¹² would become unconstitutional and that conflict could be judged only by the Constitutional Court¹³.

That would represent a relevant involution because the ordinary judges couldn’t determine directly any more whether national provisions were or not compatible with Community law and couldn’t apply the Community law.

The Court disagrees with that theory and states that, by the last reform, the legislator didn’t want to touch on the question of the Community provisions and conflicting national law. According to the judges, the innovation would regard only the constitutional relationship between State and Regions¹⁴; in fact the article would seem to put on the same level their legislative powers that are limited by the same ties (Constitution, Community law and international obligations)¹⁵.

The Court, on the point, draws the conclusion that the wording “*rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario*” is so extremely vague that it can’t introduce a new constitutional parameter and it doesn’t suffice to state that Italian legislator has accepted the monistic thesis.

3. The direct application of Commission’s decisions on state aids

Solved that the last constitutional reform hasn’t affected the relationship between Community and national laws the Court settles that an administrative act, as a C.I.P.E. deliberation, can’t modify a law; so, from the internal point of view, the tax exemption couldn’t be considered as abolished.

Nevertheless the Commission’s decision on the tax aid defines an obligation that seems to be, in the abstract, directly applicable in the case; then, the Court verifies if that Community provision prevails directly against the conflicting national law.

In subject, there’s only one precedent, a case settled by the Council of State¹⁶ which stated that Commission decisions are to be considered as the “ordinary”¹⁷ directives, entailing obligations that concern solely the relation between the Commission and the

¹⁰ The doubt has been raised, for example, by L. Torchia (see Senato della Repubblica - XIV Legislatura - I Commissione Affari costituzionali *Indagine conoscitiva sugli effetti nell’ordinamento delle revisioni del titolo V parte II della Costituzione*, 10th relation, session of 28.11.001, audience of professors S. Cassese, A. Romano Tassone e L. Torchia).

¹¹ Obviously if that provision is self executing or it produces direct effects.

¹² Because in Italian legal system only the Constitutional Court can determine whether a law is in contrast with the Constitution.

¹³ See L. Elia (Senato della Repubblica, *Indagine conoscitiva cit.*, 1st relation of 23.11.01, at 6) and A. Corasaniti (Senato della Repubblica, *Indagine conoscitiva cit.*, 6th relation of 7.11.01, at 5 ff.) who stresses the fact that there isn’t any innovation about Community law while the new art. 117 Cost could have changed the relationship with the international obligations. And in fact, the doctrine has pointed out especially that problem; see G. Gemma, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2002, at 606 and A. Mangia, *Ancora sugli obblighi internazionali nel titolo V*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2002, at 805 ff.

¹⁴ See A. Mangia, *Ancora sugli obblighi internazionali nel titolo V cit.*, at 806 and 807.

¹⁵ Council of State (the Italian administrative Court of second instance), 6th section, judgment of 24.01.89 n. 30.

¹⁶ i.e. not self executing

¹⁷ See note n. 8

state. In other terms, the administrative judges have denied that such decisions can be considered as national law: being administrative acts, they can only force the state to change the conflicting national provision.

In the commented sentence, instead, the Court states, for the first time, the opposite and enunciates the conditions and the requisites in presence of which a negative decision on state aids can be directly applied.

First of all, the control over state aids in the single market is assigned, by EC Treaty, exclusively to Community organs and, according to the thesis of the competences separation, that justifies the prevalence of European law in that field.

Furthermore, that prevalence is direct because the Commission decision imposes a clear, precise and unconditional obligation that doesn't afford to the State any degree of latitude¹⁸.

Finally, the art. 23 Cost. doesn't constitute an obstacle to such reconstruction, having the Constitutional Court already stated¹⁹ the possibility that Community provisions have direct effects also in subjects covered by reserve of law.

Therefore, according to the Court, "*on the base of the principles here confirmed and of the developed considerations, we can state that the Commission decision in the case - in absence of Constitutional obstacles and owing to its substantial characteristics - is directly applicable and defines rights which individuals can assert in Italian courts*".

4. Direct application and reserve of law

The conclusions the Court draws, that could seem a further step in the long Community way²⁰, insinuates however some doubt about their compatibility with the Constitutional principles.

First of all, arises a question: can a Community administrative act, as the decision in the case²¹, directly modify a tax rule, moreover, an exemption rule, i.e. a tax and special law?

The judges take for granted that the reserve of law foreseen by the art. 23 Cost. doesn't represent an obstacle for the direct application of the decision in the Italian law and they deduce *per relationem* quoting two sentences of the Constitutional Court: the n. 183 of 1998 and the n. 383 of 1973.

In the judgment n. 383, the Constitutional Court, stated, with reference to articles 33 and 34 Cost., that the reserve of law can be respected not only by ordinary law and equivalent acts (law decrees and legislative decrees) but also by Community law.

¹⁸ Constitutional Court, judgments nn. 183/1973 and 383/1998.

¹⁹ Toward the destination of the integration thesis? It has been noticed that dualistic principle would seem by now outdone by the events but the monistic principle would still anticipate the times because it would describe a federal system to which the European integration has not landed yet (see G. Coco, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, at 643 ff).

²⁰ The decisions on state aid, in force of articles 87 ff. of EC Treaty, don't define general and abstract rules. Moreover they are settled by the Commission without any intervention of the Parliament or the Council (except the marginal and prohibitive case foreseen by the paragraph 2 of the art. 88 ECT); ECJ can control only the procedural mistakes (see ECJ, judgment of 14.01.97, case C-169/95; judgments of 6.10.99, case T-110/97, and of 26.02.02, case T-323/99).

²¹ In that case was judged, by the Constitutional Court, the art. 17, para 116, of law n. 127/97 that delegated the University Ministry to determine limitations to attended the University. Being the subject covered by reserve (art. 33 Cost.), the Court had been called to verify the constitutional legitimacy of that law which conferred the power of ruling without fixing the general principles of the discipline. Despite that, the Court stated that it was lawful because the general principles had been fixed by a series of Community directives.

In that case, the judges faced up to the question of the Constitutional reserve only from the point of the limits to the administrative action, stressing that, in subjects covered by reserve, the government decisions must be limited by laws that don't afford a relevant degree of latitude. A Community provision can hold the same function of the national law²² in the sense that can represent, for the government, an analogous tie. Then, in the judgment n. 383 the Court didn't faced the matter of the direct application of a Community provision.

The judges instead have specifically dealt with that problem in the other judgment quoted by the Cassation, the n. 183 of 1973²³, in which they state that levies forced by Community provisions don't represent a derogation of the law reserve "*because the article 23 Cost. formally is not applicable to the Community law, which is autonomous and distinct from the national one. On the other hand, also under a substantial profile, it seems obvious to observe that we can't say that historical guarantee has been violated, considering that the Community rules are informed by the principles of the institutive Treaty*".

With such motivation, the judges seem to stop only on one of the so many aspects of the art. 23 Cost., i.e. on the guarantee that a rule in force by law, being submitted to the control of Constitutional Court, complies with Constitutional principles; from that point of view the direct application of Community provisions in tax matter should not set problems because they respect the Community principles that are similar to that ones stated in our Constitution.

But we can't forget old teachings according to which the art. 23 Cost. expresses a reserve of procedure but even of competence²⁴; in fact the Constitution is clear stating that the financial activity of the State must be determined by political and not technical choices;²⁵ the reserve of competence of the Parliament guarantees, in fact, that tax provisions are made by the political majority, in presence of the minorities, on the base of political evaluations²⁶.

So, we cannot omit to wonder whether an administrative organ, as the EC Commission, formed by commissioners that protect only a particular interest, i.e. the single market,²⁷ could replace the political evaluations of a Parliament that is able to consider all the conflicting interests and must pursue the substantial equality and the redistribution ordered by the art. 3 Cost.

Maybe, it would need to verify if the decisions settled by the national Courts, complying with the ECJ, are totally compatible with Constitution principles in tax matter, with the reserve of law (in the terms so delineated) and, above all, with the main purpose of the redistribution and the substantial equality.

²²In that judgment the Constitutional Court settled the legitimacy of the national law (art. 2 of law n. 1203/57) that put in force in Italy the EEC institutive Treaty; among the so many doubts of constitutionality, was submitted to the attention of the judges the fact that the art. 189 of EEC Treaty allowed the Community Commission to emanate rules imposing obligations even in tax matter that is covered by the reserve of art. 23 Cost.

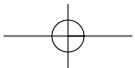
²³G. Abbamonte, *Principi di diritto finanziario*, Liguori 1975, at 107.

²⁴G. Abbamonte, *op. cit.*, at 116; A. Amatucci, *L'ordinamento giuridico finanziario*, Jovene, 1999, att. 23-24.

²⁵"The financial activity of the state is influenced by a wide range of political motivations ... the political motivation is influenced by a lot of conflicting interests (economic, social, technical, local ones) ... in any case the politicians, when they make the choice, are able to consider all the national interests" G. Abbamonte, *op. cit.*, att. 11-12.

²⁶G. Abbamonte, *op. cit.*, pp. 11-12.

²⁷"The role of the Commission stops where the political decisions of the Council start and more and more it will be confined to the single market; somehow the Commission is only the administrator of the single market", R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Laterza 2001, at 40.



Italia - Suprema Corte di Cassazione - Sezione tributaria

Sentenza 20 dicembre 2001 - 10 dicembre 2002,

n. 17564 (Presidente CANTILLO - Relatore DI PALMA)

Le decisioni comunitarie in materia di aiuti di Stato sono direttamente applicabili nel diritto interno degli Stati Membri quando contengono un divieto consistente in un obbligo sufficientemente chiaro, preciso ed incondizionato

Svolgimento del processo

1.1 Con due istanze all'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Gorizia del 28 luglio 1992, la T.C.M. S.r.l. – esercente l'attività di torrefazione del caffè e con sede a Gorizia – chiese il riconoscimento dell'esenzione decennale, per la metà, dall'I.R.P.E.G. e, totale, dall'I.L.O.R., a far data dal periodo d'imposta 1992, ai sensi dell'art. 2 commi 1 e 2 della legge 29 gennaio 1986 n. 26 (Incentivi per il rilancio dell'economia delle Province di Trieste e Gorizia).

Con decisioni nn. 1311 e 1312 del 19 febbraio 1994, l'Ufficio interpellato respinse le domande, sia perché le stesse erano state presentate oltre il termine del 30 giugno 1992, fissato dalla deliberazione del C.I.P.E. 26 novembre 1991, sia perché la Società non aveva risposto alla richiesta di informazioni, formulata dall'U.T.E. di Gorizia, impedendo all'Ufficio di verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla predetta legge per la fruizione delle agevolazioni.

1.2 La Società, con due distinti ricorsi del 22 aprile 1994, impugnò le decisioni dinanzi alla Commissione tributaria di I° grado di Gorizia, chiedendone l'annullamento e deducendo, in particolare, che, a fronte del diritto alla agevolazione previsto dalla legge, l'Ufficio

non aveva alcun potere né di fissare un termine di decadenza per la presentazione della domanda, non stabilito per legge, né di fondarne la reiezione sulla base dell'omessa comunicazione di informazioni, tenuto conto che spettava all'Ufficio stesso accertare la sussistenza, o non, delle condizioni per il riconoscimento delle agevolazioni richieste.

In contraddittorio con l'Ufficio – che instò per la reiezione dei ricorsi – la Commissione adita, con decisione n. 49/2/95 del 21 aprile 1995, riuniti i ricorsi, li accolse.

1.3 A seguito di appello dell'Ufficio, la Commissione tributaria regionale del Friuli – Venezia Giulia, con sentenza n. 102/06/98 del 1° ottobre 1998, rigettò il gravame, confermando la decisione di primo grado.

In particolare, la Commissione ha così, testualmente, motivato: "Prima di tutto bisogna esaminare la legittimità del termine posto dal C.I.P.E. per la presentazione delle domande di esenzione. A tale proposito si deve riconoscere che correttamente ha operato l'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Gorizia, uniformandosi alla procedura stabilita dal C.I.P.E., in quanto non ha la competenza per sindacare i provvedimenti emanati da autorità governative e gli ordini impartiti dall'autorità superiore, es-

sendo subordinato gerarchicamente. Compete invece al giudice non amministrativo la disapplicazione degli atti amministrativi ritenuti illegittimi. E tale è quello dell'apposizione del termine da parte del C.I.P.E. in quanto tutte le disposizioni di carattere restrittivo o limitativo devono essere stabilite con legge. Se la legge non prevede un termine di decadenza o non delega l'Autorità amministrativa a fissarlo, non può, in sua vece, stabilirlo l'Amministrazione pubblica. Secondo il noto brocardo, *ubi lex voluit, dixit*. Peraltro per l'accertamento dei requisiti previsti per la concessione dei benefici, rimane sempre il potere dell'Amministrazione finanziaria in sede di esame delle dichiarazioni dei redditi".

1.4 Avverso tale sentenza il Ministro delle Finanze ha proposto ricorso per cassazione, deducendo un unico motivo di censura.

Resiste, con controricorso, la T.C.M. S.r.l.

Motivi della decisione

2.1 Con l'unico motivo (con cui deduce: "Violazione e falsa applicazione dei principi generali sulla prevalenza delle disposizioni comunitarie su quelle interne contrarie, della decisione della Commissione CEE del 28 maggio 1991 – 91/500/CEE –, dell'art. 92, paragrafo 1, del Trattato CEE e della delibera C.I.P.E. del 26 novembre 1991 – in G. U. n. 38 del 15 febbraio 1992 –, nonché della L. 26 gennaio 1986 n. 26, e omessa, insufficiente motivazione su punti decisivi della controversia, in relazione all'art. 360 comma I nn. 3 e 5 c. p. c. "), il ricorrente critica la sentenza impugnata, sostenendo che:

a) la Commissione CEE, a seguito di procedura di infrazione intrapresa nei confronti del Governo Italiano, ha pro-

nunciato la decisione 28 maggio 1991, con la quale ha statuito che gli aiuti previsti dagli artt. 2 e 4 della legge n. 26 del 1986 sono incompatibili con il mercato comune ai sensi dell'art. 92 prf. 1 del Trattato CEE; e che, tuttavia, a titolo transitorio, gli aiuti stessi possono essere accordati fino al 30 giugno 1992;

b) che – sulla base dei principi della prevalenza del diritto comunitario su quello interno, e della efficacia immediata delle decisioni emesse in sede comunitaria – i Giudici d'appello non avrebbero dovuto disapplicare la deliberazione del C.I.P.E. del 26 novembre 1991, in quanto adottata in esecuzione della predetta decisione della Commissione, bensì la legge n. 26 del 1986.

2.2 Il ricorso merita accoglimento nei sensi qui di seguito precisati.

2.2.1 Come emerge chiaramente dalla motivazione della sentenza impugnata – dianzi integralmente riprodotta (cfr., supra, n. 1.3) – la sua ratio decide ndi può essere così sintetizzata; ancorché l'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Gorizia abbia correttamente ottemperato alla deliberazione del C.I.P.E. (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica) del 26 novembre 1991, in quanto ufficio tributario gerarchicamente subordinato a quest'ultima "autorità governativa "e, quindi, incompetente a sindacarne i provvedimenti, tuttavia "il giudice non amministrativo" – cui è attribuito il potere di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi (ex art. 5 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E) – può esercitare tale potere nel caso di specie, disapplicando appunto la predetta deliberazione, nella parte in cui ha apposto un termine per la fruizione delle agevolazioni previste dalla legge n. 26 del 1986, "in quanto tutte le disposizioni di carattere restrittivo o limitativo devono essere stabili-

te con legge”, ed in quanto, “se la legge non prevede un termine di decadenza e non delega l’Autorità amministrativa (nella specie, il C.I.P.E.) a fissarlo, non può, in sua vece, stabilirlo l’Amministrazione pubblica”.

È, pertanto, evidente il ragionamento seguito dai Giudici d’appello: dal momento che la legge statale n. 26 del 1986 non stabilisce direttamente alcun termine di decadenza per la proposizione delle domande di agevolazioni previste dall’art. 2 commi 1 e 2 – pacificamente applicabili nel caso di specie – né delega alcuna autorità amministrativa a fissarlo, il C.I.P.E., nel porre, con la deliberazione del 26 novembre 1991, il termine del 30 giugno 1992 per la presentazione delle domande medesime, ha provveduto in totale difformità dalla legge agevolativa ed ha, conseguentemente, adottato un atto amministrativo illegittimo, come tale disapplicabile dall’autorità giudiziaria ordinaria.

2.2.2 Ma la vicenda giuridica che ha coinvolto alcune disposizioni della legge 29 gennaio 1986 n. 26, tra le quali quelle contenute nel suo art. 2, applicabile alla fattispecie, è ben più complessa.

L’art. 1 comma 1 della legge ne enuncia gli scopi: “Al fine di contribuire alla rimozione delle condizioni di marginalità e di squilibrio socio – economico conseguenti alla particolare collocazione territoriale sono istituite le provvidenze previste dalla presente legge per l’incentivazione ed il rilancio di attività economiche localizzate nei territori delle Province di Trieste e Gorizia e concernenti: a) la produzione industriale, ivi compresa quella attinente al settore edilizio; b) la ricerca scientifica e tecnologica, c) i settori della produzione e dei servizi connessi con le attività portuali ed i trasporti esclusi gli istituti di credito e le imprese di assicurazione”.

Il comma 2 del medesimo articolo ne stabilisce, invece, il termine generale di efficacia: “Le provvidenze previste dalla presente legge si applicano sino al 31 dicembre 1995”.

Per quanto in questa sede rileva, l’art. 2 prevede specifiche agevolazioni, fissandone il periodo decennale d’efficacia dal 1° gennaio 1986 (comma 5) al 31 dicembre 1995.

E così: “Nelle Province di Trieste e Gorizia si applicano sino al 31 dicembre 1995 le disposizioni” di cui all’art. 105 del D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218 (T. U. delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno), e cioè la riduzione delle imposte sul reddito delle persone giuridiche e di registro (comma 1).

I due successivi commi, utilizzando la medesima tecnica legislativa del rinvio ad altre, e precedenti, disposizioni agevolative (in particolare, attinenti all’esenzione dall’imposta locale sui redditi), ne prorogano parimenti l’efficacia “sino al 31 dicembre 1995”.

Tutte le disposizioni ora richiamate non risultano essere state modificate od abrogate da leggi successive e sono, pertanto, attualmente in vigore.

2.2.3 Nell’esercizio del potere di controllo, avente ad oggetto la compatibilità degli “aiuti di Stato” concessi dagli Stati membri con il mercato comune, attribuite dall’art. 93 del Trattato CE (ora, art. 88), la Commissione delle Comunità Europee, esperito il procedimento di indagine formale prefigurato dall’art. 93 prf. 2 comma 1 del Trattato (ora, art. 88 pr. 2 comma 1), con decisione del 28 maggio 1991 n. 91/500/CEE, pubblicata nella G.U.C.E. serie L n. 262/29 del 19 settembre 1991 (relativa a talune misure di aiuti adottate a beneficio delle imprese della Regione Friuli-Venezia Giulia, tra le quali anche quelle previste dagli artt. 2

e 4 della legge n. 26 del 1986) – dopo aver ritenuto, nella motivazione, che (anche) gli aiuti previsti da queste due ultime disposizioni, sotto forma di agevolazioni fiscali riconosciute a determinate imprese, “costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell’art. 92 prf. 1, poichè per la loro natura possono falsare il gioco della concorrenza e pregiudicare gli scambi intracomunitari migliorando il rendimento che il beneficiario trae dal suo investimento rispetto ai concorrenti comunitari che non beneficiano dell’aiuto stesso”; che essi “ricadono sotto il divieto generale statuito dall’art. 92 prf. 1”; che gli aiuti stessi, “non essendo stati notificati preliminarmente alla Commissione conformemente all’art. 93 prf. 3, sono illegali per violazione delle norme di procedura”; e che, tuttavia, “potendo la soppressione immediata di questi aiuti avere ripercussioni negative sull’economia di queste due Province (Trieste e Gorizia), la Commissione autorizza, a titolo transitorio, l’applicazione di questi aiuti fino al 30 luglio 1992” – ha stabilito (art. 4) che “gli aiuti previsti dagli artt. 2 e 4 della legge nazionale italiana del 29 gennaio 1986 n. 26 sono incompatibili con il mercato comune a norma dell’art. 92 prf. 1 del Trattato CEE “e che” tuttavia, a titolo transitorio, tali aiuti possono essere accordati fino al 30 giugno 1992”.

2.2.4 Alla decisione “negativa” della Commissione, ora ricordata, il Governo italiano ha dato attuazione, nell’ordinamento interno, mediante la già menzionata (cfr., supra, n. 2.2.1) deliberazione del C.I.P.E. del 26 novembre 1991 (pubblicata nella G. U., serie generale, n. 38 del 15 febbraio 1992, recante “Coordinamento, ai sensi dell’art. 2 della legge 16 aprile 1987 n. 183, sugli incentivi alle imprese nella Regione Friuli-Venezia Giulia”).

Con tale provvedimento, il C.I.P.E. – dopo aver menzionato, nel preambolo, tra l’altro, l’ora richiamata legge n. 183 del 1987 (Coordinamento delle politiche riguardanti l’appartenenza dell’Italia alle Comunità Europee ed adeguamento dello ordinamento interno agli atti normativi comunitari) e, in particolare, il suo art. 2, “relativo ai compiti del CIPE e degli altri Comitati interministeriali in ordine alle azioni necessarie per armonizzare la politica economica nazionale con la politica comunitaria di concorrenza”, nonché la predetta decisione negativa della Commissione; e dopo aver considerato che “appare opportuno coordinare la politica di intervento ed i nuovi indirizzi per i trasferimenti alle imprese, così come definiti dal documento di programmazione economico – finanziaria per gli anni 1992-1994, con gli orientamenti comunitari, tendenti ad evitare che le politiche attuate dai vari Paesi alterino la concorrenza”, che “la sopra citata politica di trasferimenti alle imprese prevede interventi da riferire a periodi determinati” e che “occorre prevedere una diversa intensità degli aiuti, in funzione dei destinatari e delle zone di intervento” – ha deliberato, tra l’altro, che: “I benefici alle imprese, di cui alla presente delibera, sono destinati al perseguimento di finalità di politica economica nel rispetto delle norme comunitarie di concorrenza” (punto I); “Detti benefici sono assoggettati alle seguenti modalità: a) le agevolazioni fiscali di cui all’art. 2, commi 1, 2 e 3 della legge n. 26 (del 1986)... possono essere concesse fino al 30 giugno 1992;... e) le agevolazioni a carattere pluriennale permangono nel rispetto delle scadenze sancite dai punti precedenti, fino al compimento del periodo previsto dalle relative disposizioni, in quanto unità non frazionabili”

(punto II lett. a ed e); “Salvi i tempi diversamente indicati dalla citata decisione della Commissione delle Comunità europee, le modalità di cui al punto II entrano in vigore a far data dalla pubblicazione della presente delibera nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana” (punto III; e cioè, dal 15 febbraio 1992).

2.2.5 È del tutto evidente che, in conseguenza della decisione della Commissione e, in attuazione di questa, della deliberazione del C.I.P.E., si è determinata una antinomia tra le disposizioni della legge n. 26 del 1986 – laddove fissano, per quanto in questa sede rileva, quale termine generale (art. 1 comma 1) e particolare (art. 2) per il riconoscimento delle agevolazioni ivi previste, quello del 31 dicembre 1995 – e quelle contenute nei predetti provvedimenti, comunitario ed interno di conforme attuazione, nella parte in cui stabiliscono, invece, il termine stesso alla data del 30 giugno 1992.

A) La prima peculiarità della fattispecie sta, dunque, in ciò, che un “aiuto di Stato” – tale qualificato dalla Commissione CE – introdotto dallo Stato italiano mediante legge formale ordinaria (la legge n. 26 del 1986, appunto, adottata, cioè, ai sensi degli artt. 70 -74 Cost.), è stato ritenuto, oltretutto “illegale” (perché non previamente “notificato” alla Commissione ex art. 93 prf. 3 primo periodo del Trattato (ora, art. 88 prf. 3 primo periodo)), incompatibile con il mercato comune con decisione della Commissione stessa, adottata ai sensi dell’art. 93 prf. 2 primo alinea del Trattato (ora, art. 88 prf. 2 primo alinea); e che a tale decisione è stata data conforme attuazione dal Governo italiano con deliberazione del C.I.P.E., adottata ai sensi della legge n. 183 del 1987: vale a dire,

con un atto sicuramente amministrativo, sia pure con efficacia generale.

La predetta antinomia è stata risolta, dai Giudici a quibus (cfr., supra, n. 2.2.1), con l’affermazione, secondo la quale la fonte di diritto interno (la deliberazione del C.I.P.E., appunto), prescelta dal Governo italiano per dare attuazione alla decisione comunitaria, non è idonea a modificare (sia pure soltanto quoad diem) le richiamate disposizioni della legge formale ordinaria n. 26 del 1986, con la conseguenza che l’illegittimità delle norme dettate dalla fonte secondaria ne impone la disapplicazione in *parte qua*.

Seguendo, in prima approssimazione, tale prospettiva, non può esservi dubbio che, effettivamente, la fonte prescelta dal Governo italiano nella specie non è idonea a porre un atto normativo interno costituzionalmente idoneo, secondo l’ordine interno delle fonti, alla modificazione della legge n. 26 del 1986.

In proposito, deve osservarsi, in primo luogo, che, secondo la prevalente dottrina, la disciplina delle agevolazioni tributarie – nel cui novero si iscrive la legge de qua sia per il suo oggetto (che attiene pur sempre alla “materia” tributaria), sia per il suo contenuto (che può comportare, come nella specie, anche l’esonero totale dal tributo) e sia per la sua natura derogatoria rispetto al principio costituzionale generale, sancito dall’art. 53 comma 1, secondo cui “tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva” – deve ritenersi assoggettata alla riserva relativa di legge prefigurata dall’art. 23 Cost. (“Nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”), la quale richiede che la legge, statale o regionale, stabilisca quantomeno gli elementi fondamentali

dell'agevolazione prevista, lasciando, poi, libero il legislatore di demandare a fonti secondarie o al potere dell'amministrazione la specificazione e/o l'integrazione della disciplina legislativa (cfr., da ultimo, sull'interpretazione dell'art. 23 Cost., Corte costituzionale, sent. n. 435 del 2001). Sotto tale profilo, il Governo italiano, adottando la più volte richiamata deliberazione del C.I.P.E., non ha certamente esercitato un potere di integrazione e/o specificazione della disciplina dettata dalla legge n. 26 del 1986, ma ha modificato *tout court*, sia pure in attuazione di una decisione comunitaria (ma, in questa prospettiva, ciò non rileva), la disciplina stessa, ponendo un limite temporale all'esercizio del diritto alle agevolazioni ivi previsto "diverso" da quello legislativamente stabilito.

In secondo luogo, va sottolineato che sia dalla legge n. 183 del 1987 cit., sia dalla legge 9 marzo 1989 n. 86 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari) si desume chiaramente il principio, secondo cui l'attuazione amministrativa degli atti normativi comunitari nell'ordinamento interno non era, e non è, comunque, consentita nelle materie riservate alla legge o già da questa disciplinate. Infatti, a tal ultimo riguardo – posto che l'art. 11 della legge n. 183 del 1987 (che reca la rubrica "attuazione amministrativa degli atti normativi comunitari"), certamente ancora in vigore (cfr. artt. 4 comma 7 e 15 della legge n. 86 del 1989), dispone che "il Governo o le Regioni, se la raccomandazione o la direttiva non riguarda materia già disciplinata con legge o coperta da riserva di legge, ne danno attuazione entro i termini previsti dalla stessa mediante regolamenti o altri atti amministrativi genera-

li di competenza dei rispettivi organi e con i procedimenti previsti per l'adozione degli stessi"; e che il richiamo, operato dalla deliberazione del C.I.P.E., alla legge n. 183 del 1987 (cfr., *supra*, n. 2.2.4) costituisce indizio significativo della natura amministrativa della deliberazione stessa, anche in considerazione del fatto che, alla data della sua adozione (26 novembre 1991), era già in vigore la legge n. 86 del 1989 – la decisione comunitaria, nella parte in cui ha ad oggetto (gli artt. 2 e 4 del) la legge n. 26 del 1986, avrebbe dovuto essere attuata nell'ordinamento italiano, ai sensi dell'art. 1 comma 1 lett. a) della legge n. 86 del 1989, mediante l'adozione di atto normativo interno costituzionalmente idoneo a determinare la modificazione, in *partibus quibus*, della legge stessa: e cioè, o con legge formale ordinaria; o con atto avente forza di legge (cfr., ad es. e da ultimo, il preambolo del d.l. n. 36 del 2002, recante disposizioni urgenti per ottemperare ad obblighi comunitari in materia di autotrasporto, conv., con mod., nella legge n. 96 del 2002, ove si afferma la "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di recupero di somme nei confronti degli autotrasportatori per dare esecuzione alle decisioni della Commissione delle Comunità europee confermate dalle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee"); ovvero secondo forme, procedure e contenuti propri della "legge comunitaria" e/o degli atti sulla stessa fondati (cfr. combinato disposto degli artt. 1 comma 1 lett. a, 3, 4 e 6 della legge n. 86 del 1989).

In questa prospettiva e con queste integrazioni, la sentenza impugnata parrebbe, quindi, corretta anche nella conclusiva affermazione del dovere giurisdizionale di disapplicazione dell'atto am-

ministrativo illegittimo (cfr., supra, n. 2.2.1).

B) Una volta stabilita l'inidoneità della deliberazione del C.I.P.E. a dare attuazione alla decisione della Commissione della Comunità europea nell'ordinamento italiano, la seconda peculiarità della fattispecie sta, conseguentemente, in ciò, che la Società M., odierna controricorrente – la quale ha presentato domande, tese ad ottenere il riconoscimento delle agevolazioni previste dall'art. 2 della legge n. 26 del 1986, in data 28 luglio 1992 – mentre, sulla base della disposizione “interna”, sarebbe astrattamente titolare del diritto alle agevolazioni stesse (la concreta spettanza del diritto dipendendo dalla sussistenza delle condizioni previste dalle norme richiamate dalla legge agevolativa de qua: cfr., supra, n. 2.2.2) – sulla base, invece, della predetta decisione comunitaria sarebbe decaduta *tout court* dal diritto medesimo, tenuto conto che il termine ultimo per esercitarlo è stato fissato dalla decisione stessa, in via transitoria, alla data del 30 giugno 1992.

2.2.6 È chiaro, dunque, che, seguendo soltanto la prospettiva dei Giudici a quibus, la decisione della Commissione (cfr., supra, n. 2.2.3) resterebbe del tutto “inattuata” nell'ordinamento italiano e, comunque, considerata *tamquam non esset* nella presente fattispecie.

E ciò, in palese violazione sia dell'obbligo fondamentale, vincolante gli Stati membri della Comunità europea, di adeguare gli ordinamenti interni all'ordinamento comunitario, secondo quanto stabilito dall'art. 10 (ex art. 5) comma 1 primo periodo del Trattato CE, il quale impone a tutti gli Stati membri – e, quindi, anche ai loro giudici nazionali, nell'ambito delle attribuzioni agli stessi conferite dai singoli ordinamenti –

di adottare “tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità”; sia della conseguente e specifica “garanzia” di adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alla Comunità, assicurata dalla più volte citata legge n. 86 del 1989 (art. 1) ed ora anche dall'art. 117 comma 1 Cost. nel testo sostituito dall'art. 3 della legge costituzionale n. 3 del 2001 (v., infra, n. 2.2.8 lett. A).

Deve, al riguardo, rammentarsi che la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha, da tempo, affermato i principi, secondo cui, quando l'aiuto concesso da uno Stato ha costituito oggetto di una formale decisione, con la quale la Commissione ha accertato la sua incompatibilità con il mercato comune, lo Stato membro interessato ha l'obbligo di dare esecuzione alla decisione stessa, entro il termine, adottando i provvedimenti necessari per la formale abrogazione delle norme che la Commissione ha dichiarato contrarie a quanto prescrive l'art. 92 (ora, 87) del Trattato (cfr. sent. 11 luglio 1984, in causa 130/83); secondo cui l'art. 189 comma 4 del Trattato deve essere interpretato, tenuto conto della preminenza del diritto comunitario, nel senso che la decisione indirizzata ad uno Stato membro è obbligatoria per tutti gli organi di questo, ivi compresi quelli giurisdizionali (cfr. sent. 21 maggio 1987, in causa 249/85); e, con più specifico riferimento alla fattispecie, secondo cui, nonostante che la materia delle imposte dirette rientri nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (cfr. sent. 14 febbraio 1995, in causa C - 279/93).

Il vizio di legittimità della sentenza impugnata sta, pertanto, proprio nell'omessa considerazione, da parte dei Giudici d'appello – indipendentemente dalla illegittimità della norma attuativa di diritto interno; ed indipendentemente dal persistente obbligo dello Stato italiano di adeguarsi, mediante l'adozione di atto normativo interno costituzionalmente idoneo, alla decisione comunitaria – della questione della natura e degli effetti, nell'ordinamento italiano, della predetta decisione “negativa” della Commissione in materia di “aiuti di Stato”: decisione, che, invece, in quanto fonte di diritto comunitario “derivato” (cfr.combinato disposto degli artt. 249, ex art. 189, comma 4 e 88 prf. 2 comma 1, ex art. 93 prf. 2 comma 1, del Trattato) ed elemento normativo della fattispecie de qua, avrebbe dovuto formare oggetto di puntuale esame da parte dei Giudici stessi.

2.2.7 Nell'ambito delle funzioni di “vigilanza”, conferitele dal Trattato CE (art. 211, ex art. 155), l'art. 88 (ex art. 93), ai fini dell'applicazione (anche) dell'art. 87 (ex art. 92), attribuisce alla Commissione della Comunità europea – “quale autorità amministrativa incaricata dell'attuazione e dello sviluppo della politica della concorrenza nell'interesse comunitario” (così, testualmente, l'autoqualificazione contenuta nella “Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato”, 95/C 312/07, II, 4) – “la competenza specifica a decidere in merito alla compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune quando si tratti di esaminare i regimi esistenti, di decidere su aiuti da istituire o modificare e di intervenire in caso di mancato rispetto delle sue decisioni o dell'obbligo di notifica”

(cfr.primo “considerando” del Reg. n. 659/1999 CE del Consiglio del 22 marzo 1999, recante modalità di applicazione dell'art. 93 – ora art. 88 – del Trattato, il quale ha sostanzialmente codificato, come emerge chiaramente dal secondo “considerando”, le regole ed i principi precedentemente elaborati dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa comunitarie in materia di aiuti di Stato).

È noto che la decisione, presa dalla commissione anche nell'esercizio di siffatta specifica ed esclusiva attribuzione, oltre a costituire fonte di produzione di diritto comunitario – e cioè, “atto della Comunità”, ovvero “atto di diritto comunitario” c. d. “secondario” o “derivato” – è qualificato siccome atto di portata individuale, vale a dire diretto a soggetti determinati (Stati membri, persone fisiche o giuridiche), che la stessa decisione identifica, ed a carattere “obbligatorio in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati” (cfr.art. 249, ex art. 189, commi 1 e 4).

Con più specifico riferimento alla fattispecie (cfr., supra, n. 2.2.3), deve rammentarsi che il già richiamato art. 88 prf. 2 comma 1 dispone che, “qualora la Commissione, dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune a norma dell'art. 87, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato”.

Dunque, all'esito di tale procedimento, denominato di “indagine formale” (cfr.art. 6 del Reg. n. 659/1999 cit.), tra i vari tipi di decisione, che la Commissione può prendere, v'è anche quella c.d. “negativa”, con la quale l'organo co-

munitario constata che l'aiuto di Stato non è compatibile con il mercato comune e ne vieta esecuzione (cfr.art. 7 prf. 5 Reg. cit.).

Il valore normativo, anch'orché privo dei requisiti della generalità e della astrattezza, l'efficacia vincolante nei confronti dei destinatari e, tuttavia, la carenza della caratteristica della "diretta applicabilità" (riservata dall'art. 249 comma 2 alla sola norma regolamentare) – predicabili anche rispetto a siffatto tipo di fonte di diritto comunitario derivato – esigono, pertanto, innanzitutto, come già accennato (cfr., supra, n. 2.2.6), che, nelle ipotesi in cui, quale quella di specie, ne sia (necessario) destinatario lo Stato o membro, questo debba darvi attuazione nel proprio ordinamento con atto normativo interno costituzionalmente idoneo a "sopprimere" o "modificare", nel termine fissato dalla Commissione, l'atto "interno" con il quale è stato concesso l'aiuto, oggetto della decisione negativa.

"Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di Giustizia, in deroga agli artt. 226 e 227": così, l'art. 88 prf. 2 comma 2 del Trattato prevede la facoltà di ricorso "diretto" alla Corte di giustizia, e cioè senza il previo svolgimento della fase c. d. "precontenziosa", sostituita, in siffatte ipotesi, dal procedimento di indagine formale di cui al comma precedente.

Si è già più volte rilevato (cfr., supra, n. 2.2.5) che, però, nella specie, lo Stato italiano ha adeguato in modo illegittimo il proprio ordinamento interno alla decisione negativa della Commissione.

2.2.8 La Corte di Lussemburgo si è più volte espressa sulla sussistenza del

vincolo del giudice nazionale al rispetto delle decisioni della Commissione, sia in via generale (cfr. sent. 21 maggio 1987, in causa 249/85 cit.), sia con specifico riguardo alla materia degli aiuti di Stato.

Infatti, a tal ultimo proposito – e tenuto conto che il caso in esame è caratterizzato dalla duplice, pacifica circostanza che l'aiuto concesso, oltreché incompatibile con il mercato comune, è stato ritenuto anche "illegale", perché non previamente notificato alla Commissione; e che la decisione negativa di quest'ultima è divenuta "inoppugnabile", perché non impugnata né dallo Stato italiano, né da alcun altro soggetto interessato e/o legittimato ai sensi dell'art. 230 (ex art. 173) del Trattato – la stessa Corte di Giustizia ha affermato, in primo luogo, il principio, secondo cui l'illegittimità degli aiuti pubblici, ove venga accertata dalla Commissione con decisione ex art. 93 prf. 2 (ora, art. 88 prf. 2) del Trattato, divenuta inoppugnabile in quanto non investita da tempestivo ricorso per annullamento ai sensi dell'art. 173 (ora, art. 230), non è più suscettibile di essere sindacata neppure dal giudice nazionale, il quale, conseguentemente, ne resta vincolato (cfr. sent. 9 marzo 1994, in causa C - 133/92).

In secondo luogo, nella sentenza 21 novembre 1991, in causa C – 354/90, la Corte – in un caso di aiuti concessi da parte di uno Stato senza previa notificazione del relativo progetto alla Commissione, ancorché da questa riconosciuti (poi) compatibili con il mercato comune – ha, tra l'altro, affermato che l'attuazione del sistema di controllo degli aiuti statali spetta, da un lato, alla Commissione e, dall'altro, avuto riguardo all'efficacia diretta riconosciuta all'ultima frase dell'art. 93 prf. 3 (ora, art. 88 prf. 3): "Lo Stato membro interessato non può dare

esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto ad una decisione finale”), ai giudici nazionali; che l’efficacia immediata del divieto di dare esecuzione all’aiuto, previsto da tale disposizione, investe qualsiasi aiuto posto in essere senza preventiva notifica, mentre, in caso di avvenuta notifica, spiega i suoi effetti durante la fase preliminare e, qualora la Commissione promuova la fase contraddittoria, sino al momento in cui è adottata la decisione finale; e che il fatto che la Corte non abbia riconosciuto alla Commissione il potere di dichiarare illegali gli aiuti per la sola ragione che l’obbligo di comunicazione non sia stato rispettato, e senza dover ricercare se l’aiuto fosse o meno compatibile con il mercato comune, non influisce affatto sui doveri dei giudici nazionali, in quanto il ruolo centrale ed esclusivo, riservato dagli artt. 92 e 93 del Trattato (ora, 87 e 88) alla Commissione, è sostanzialmente diverso da quello che spetta ai giudici nazionali: mentre spetta alla Commissione, e solo ad essa, esaminare la compatibilità del progettato aiuto con il mercato comune, anche nel caso in cui lo Stato membro trascuri il divieto di attuare i progetti d’aiuto, i giudici nazionali non devono far altro che salvaguardare, fino al momento della decisione finale della Commissione e senza pronunciarsi sulla compatibilità delle misure di aiuto con il mercato comune, i diritti dei cittadini comunitari di fronte ad un’eventuale inosservanza, da parte delle autorità statali, del divieto sancito dall’art. 93 prf. 3 ultima frase.

Tuttavia, di fronte a tale orientamento giurisprudenziale, deve essere sottolineata la peculiare circostanza – emergente dal testo della decisione de qua, dianzi riprodotto (cfr., supra, n. 2.2.3) – che la decisione stessa non si è

limitata soltanto a dichiarare incompatibili con il mercato comune gli aiuti introdotti (tra l’altro) dall’art. 2 della legge n. 26 del 1986 ed a vietarne l’esecuzione (“gli aiuti previsti dagli artt. 2 e 4 della legge nazionale italiana del 29 gennaio 1986 n. 26 sono incompatibili con il mercato comune a norma dell’art. 92 prf. 1 del Trattato CEE”: cfr. artt. 7 prf. 5 e 13 prf. 1 secondo periodo del Reg. n. 659 del 1999 cit.), ma ha anche, discrezionalmente, ammesso, a titolo transitorio, la continuazione della concessione degli aiuti da parte dello Stato italiano fino al 30 giugno 1992 (“tuttavia, a titolo transitorio, tali aiuti possono essere accordati fino al 30 giugno 1992”).

Orbene – posto che, come già detto, siffatta decisione vincola, ai sensi dell’art. 88 prf. 2 comma 1 cit. (ex art. 93 prf. 2 comma 1) del Trattato CE (“Qualora la Commissione constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato comune a norma dell’ art. 87 decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato”), innanzitutto, lo Stato italiano a “sopprimere” o a “modificare” l’aiuto conformemente a quanto stabilito dalla decisione stessa; e che, nella specie, manca un legittimo adeguamento ad essa dell’ordinamento interno – la decisione medesima, nella parte in cui ammette, in via transitoria, la continuazione della concessione degli aiuti fino alla data del 30 giugno 1992, finisce sostanzialmente con il (ri)determinare il termine di efficacia della predetta disposizione agevolativa. In altre parole, in questa parte, ed in assenza di atto normativo interno dello Stato italiano costituzionalmente idoneo a darvi attuazione, la decisione appare astrattamente idonea ad incidere con immediatezza,

quoad diem, sull'esercizio dei diritti, prefigurati dall'art. 2 della legge n. 26 del 1986, da parte delle imprese italiane potenziali beneficiarie delle agevolazioni ivi previste, come accade nel caso di specie (cfr., supra, n. 2.2.5 lett. B).

Ed allora, i concorrenti rilievi – relativi al contenuto della decisione ed al suo destinatario (Stato italiano), alla illegittima attuazione della stessa da parte dello Stato italiano ed al fatto che, a differenza delle norme dettate dalla fonte comunitaria regolamentare, quelle poste da una decisione della Commissione europea anche in materia di aiuti di Stato non sono caratterizzate dalla “diretta applicabilità” in ciascuno degli ordinamenti degli Stati membri – impongono di verificare se la decisione de qua sia idonea a spiegare “effetti diretti” nell'ordinamento italiano.

Pertanto, la specifica questione, che, per la prima volta, viene sottoposta all'esame di questa Corte consiste nello stabilire, in generale, se, ed a quali condizioni, alle disposizioni poste dalla predetta fonte di diritto comunitario – decisione negativa della Commissione delle Comunità europee in materia di aiuti di Stato – possa essere riconosciuta, nell'ordinamento italiano, “efficacia diretta e prevalente” rispetto ad una collidente norma di diritto interno, anche a prescindere dal “grado” della fonte che l'abbia posta; e, in particolare, se siffatta efficacia possa essere riconosciuta alla predette, specifiche disposizioni dettate dalla decisione in esame, sì da determinare la risoluzione della rilevata antinomia (cfr., supra, n. 2.2.5) in favore della norma comunitaria.

La risposta positiva ai quesiti si impone per le considerazioni che seguono.

A) In limine, il Collegio ritiene indispensabile, in ragione della novità del-

la questione esaminata, sottolineare schematicamente – ribadendoli – alcuni punti di riferimento, pur nella consapevolezza che i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamenti interni degli Stati membri si inseriscono in un processo più ampio e complesso, non sempre lineare ed in evoluzione continua.

È noto che, nell'ambito dei principi, elaborati da tempo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee – che hanno contribuito a segnare il c. d. “processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario” ed a realizzare progressivamente la “effettività” e la uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto comunitario – assumono rilievo assolutamente preminente e congiunto, soprattutto nella dimensione dell'interpretazione e dell'applicazione (anche) giurisdizionale delle disposizioni comunitarie, quelli del c. d. “primato” e dei c. d. “effetti diretti” del diritto comunitario.

In base al primo (principio della supremazia o del primato) – fondato sull'esplicita premessa della “integrazione” dell'ordinamento giuridico comunitario in ciascuno di quelli dei singoli Stati membri (tesi c. d. “monista”) – ogni norma di diritto comunitario, ritenuta dalla Corte gerarchicamente sovraordinata a quelle interne degli Stati membri in ragione dell'ora ricordata premessa e della natura “comunitaria” delle fonti europee, deve prevalere su qualsiasi norma di diritto interno, d'ogni ordine e grado, anteriore o successiva alla prima, collidente con que st'ultima.

In forza del secondo (principio degli effetti diretti o della “efficacia diretta”) – fondato sulla esplicita premessa che “il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri, nello stesso modo in cui attribuisce

ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi” – le norme giuridiche prodotte da fonti primarie (Trattati e loro modificazioni) o derivate (direttive e decisioni) del diritto comunitario – ad eccezione di quelle prodotte dai regolamenti, cui l’art. 249, ex art. 189, comma 2 del Trattato attribuisce già, espressamente, il carattere della “diretta applicabilità” in ciascuno degli Stati membri – purché, connotate da determinate caratteristiche di contenuto, debbono essere giuridicamente trattate dagli Stati membri “come diritto nazionale”: vale a dire, come immediatamente costitutive di situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi al giudice nazionale al pari di quelle costituite, appunto, sulla base delle norme di diritto nazionale.

E ciò – si ribadisce – indipendentemente dalla attuazione delle norme stesse nei singoli ordinamenti con atto normativo interno costituzionalmente idoneo a tal fine: attuazione, che, perciò – ove non intervenuta, come nella specie – continua a formare, comunque, oggetto di distinto, specifico e vincolante obbligo di ciascuno degli Stati membri (cfr., relativamente ad entrambi i principi, Corte di Giustizia CE, sentt. 5 febbraio 1963, in causa n. 26/62, Van Gend & Loos; 15 luglio 1964, in causa 6/64, Costa/Enel; 17 febbraio 1970, in causa 11/70; 9 marzo 1978, in causa 106/77, Simmenthal, e successive conformi).

L’applicazione coordinata e congiunta di entrambi tali principi determina, nella ricostruzione della Corte di Giustizia, la regola essenziale, secondo cui il diritto comunitario, idoneo a spiegare “efficacia diretta”, deve essere giuridicamente trattato, nell’ordinamento giuridico dei singoli Stati membri, come “diritto nazionale prevalente” su quello “interno” – d’ogni ordine e grado, ante-

riore o successivo – con esso collidente; con la conseguenza che, in tal caso, la norma interna incompatibile con quella comunitaria deve essere, comunque, disapplicata dal giudice nazionale.

In particolare, la Corte di Giustizia di Lussemburgo – argomentando nel senso che l’attitudine della norma comunitaria alla “efficacia diretta” si desume in via ermeneutica e, quindi, deve essere individuata caso per caso: e cioè, relativamente a ciascuna singola norma – ha, nel tempo, elaborato i seguenti requisiti essenziali di contenuto delle disposizioni comunitarie “non direttamente applicabili”, soltanto in presenza dei quali le stesse possono dirsi idonee ad esplicare “effetti diretti” in ciascuno degli ordinamenti degli Stati appartenenti alla Comunità: 1) – le norme comunitarie debbono stabilire un “obbligo sufficientemente chiaro e preciso” (quanto, ad es., alla fattispecie considerata ed al contenuto del precetto) nei confronti degli Stati membri; 2) – siffatto obbligo deve risultare “incondizionato”, vale a dire, ad es., non, o non più, subordinato a condizioni o termini quanto alla sua attuazione; 3) – le norme non debbono prevedere, o presupporre, un “potere discrezionale” degli Stati membri o delle istituzioni comunitarie quanto alle modalità di attuazione o di esecuzione dell’obbligo dalle stesse posto.

La Corte è anche ferma nel ritenere che – mentre alla “diretta applicabilità”, propria dei soli regolamenti, conseguono, di norma, effetti sia nei rapporti giuridici intercorrenti tra privati e pubblici poteri (c. d. “effetti verticali”), sia in quelli intercorrenti tra privati (c. d. “effetti orizzontali”) – alla “efficacia diretta” conseguono soltanto, in linea di massima, “effetti verticali”.

È, altresì, noto che i predetti principi si sono progressivamente affermati anche nell'ordinamento italiano, non senza rilevanti distinzioni e precisazioni, soprattutto ad opera della elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale e di questa Corte.

In particolare, per quanto riguarda il principio del "primato", il Giudice delle leggi lo ha riconosciuto, ricostruendolo, però, con alcune importanti puntualizzazioni, sempre sostanzialmente ribadite:

a) diversamente da quanto affermato dalla Corte di Lussemburgo (tesi monista), quello comunitario e quello interno dello Stato italiano costituiscono, secondo la dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, ordinamenti "distinti ed autonomi, ancorché coordinati" (tesi c. d. "dualista": cfr., e pluribus, sentt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984, 126 del 1996, 93 del 1997);

b) il fondamento costituzionale dei principi comunitari del primato e degli effetti diretti, nonché dei corollari da essi derivanti, sta nelle "limitazioni di sovranità" (quindi, ad es., anche quelle relative all'esercizio della funzione legislativa da parte delle due Camere o della funzione giurisdizionale), che l'art. 11 secondo periodo Cost. consente all'Italia di accettare "in condizioni di parità con gli altri Stati" contraenti il vincolo comunitario (cfr., oltre alle sentt. citt., tra le ultime, sentt. nn. 85 del 1999 e 337 del 2001);

c) in conseguenza dell'affermazione della distinzione, autonomia e coordinamento dei due predetti ordinamenti, il principio della prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne con esse collidenti non si giustifica in termini di sovraordinazione gerarchica delle prime, bensì soltanto in quanto, e nella misura in cui, il potere normativo comunitario

sia esercitato dalle istituzioni della Comunità, alle quali sia attribuito, "secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato" (così, testualmente, fra le altre, sent. n. 170 del 1984, n. 4 del Considerato in diritto; cfr. anche art. 5, ex 3 B, del Trattato CE);

d) detto principio di prevalenza è destinato ad operare, comunque, fino al limite insuperabile costituito dal rispetto dei "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e dei "diritti inalienabili della persona umana" (c. d. "controlimiti", rispetto alle "limitazioni di sovranità", come, ad es., quello costituito dal diritto alla tutela giurisdizionale: oltre quelle già cit., cfr. sentt. nn. 98 del 1965, 1146 del 1988, 232 del 1989 e 168 del 1991): il cui controllo, peraltro – avvocato a s, dalla Corte costituzionale – è stato "rivendicato" anche dalla Corte di Giustizia, la quale ha affermato il principio, secondo cui la validità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità può essere valutata unicamente alla luce del diritto comunitario, sicché, il richiamo a trasgressioni dei diritti fondamentali formulati dalla costituzione di uno Stato membro non può, di per s., inficiare la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio di tale Stato (cfr., ad es., sentt. 17 dicembre 1970, in causa 11/70 cit. e 8 ottobre 1986, in causa 234/85).

Per quanto attiene al principio degli "effetti diretti", la Corte costituzionale, in maggiore sintonia con la Corte di Giustizia, ne ha riconosciuto, espressamente e specificamente, l'operatività in relazione alle statuizioni delle sentenze interpretative di norme comunitarie, pronunciate dalla Corte di Lussemburgo sia in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato (ora, art. 232), sia in sede contenziosa, ai sensi dell'art. 169

(ora, art. 226) (cfr., rispettivamente, sentt. nn. 113 del 1985 e 389 del 1989); ed inoltre, relativamente alle direttive aventi le predette caratteristiche di contenuto, quali individuate dalla Corte di Giustizia (cfr., ad es., sent. n. 168 del 1991 cit.).

L'applicazione coordinata e congiunta di entrambi i principi determina, perciò, nella ricostruzione operata dalla Corte costituzionale, le diverse (rispetto a quelle risultanti dalla elaborazione della Corte di Giustizia) regole essenziali, secondo cui il diritto comunitario, connotato dalla "diretta applicabilità" (regolamenti) o dotato di "efficacia diretta", deve essere giuridicamente trattato, nell'ordinamento giuridico italiano, siccome "diritto prevalente" su quello "interno" – d'ogni ordine e grado, anche costituzionale (c.d. peculiare "forza attiva" delle norme di diritto comunitario, che le abilita a derogare anche a norme di grado costituzionale: cfr., ad es., Corte costituzionale, sent. n. 117 del 1994), anteriore o successivo – con esso collidente, a condizione, però, che lo stesso disciplini materie attribuite dal Trattato alla competenza esclusiva degli organi della Comunità, non risulti in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e non violi i diritti inalienabili della persona umana; secondo cui, nella ripartizione di attribuzioni fra Corte costituzionale e giudici comuni per la risoluzione delle antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, spetta ai giudici comuni risolvere i conflitti tra norma interna e norma comunitaria direttamente applicabile o avente effetti diretti (cfr., e pluribus, Corte costituzionale, sent. n. 170 del 1984 ed ord. n. 238 del 2002); e, secondo cui, una volta affermata nel caso concreto la diretta applicabilità o l'efficacia

diretta e la prevalenza del diritto comunitario, ne conseguono l'applicazione di quest'ultimo e la "non applicazione" del diritto interno incompatibile (piuttosto che la sua "disapplicazione", in ragione della autonomia dei due ordinamenti e, quindi, della non predicabilità di un "vizio" della norma interna alla stregua del diritto comunitario: cfr. sent. n. 168 del 1991 cit.).

D'altro canto, anche gli orientamenti giurisprudenziali di questa Corte, relativi ai principi del "primato" e degli "effetti diretti" – dopo iniziali "chiusure", determinate anche dall'originario indirizzo accolto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 14 del 1964, secondo cui le norme comunitarie, in ragione della loro origine pattizia internazionale, dovevano essere collocate, nel sistema "interno" delle fonti, sullo stesso piano della legge ordinaria, che aveva reso esecutivo il Trattato di Roma, e, quindi, assoggettate anch'esse alle regole della successione delle leggi nel tempo (*lex posterior derogat priori*), salva, ovviamente la responsabilità internazionale dello Stato (cfr., ad es., sentt. nn. 797 del 1976, 4686 e 5266 del 1981) – si sono progressivamente e sostanzialmente iscritti nei solchi tracciati dal Giudice delle leggi con l'overruling segnato dalle sentenze nn. 183 del 1973 e 170 del 1984, non senza, però, anche precedenti ed immediate aperture all'indirizzo seguito dalla Corte di Lussemburgo. Infatti, a tal ultimo riguardo, il principio della possibilità di riconoscere "efficacia diretta" (verticale) anche ad una norma posta dal Trattato in presenza di determinate caratteristiche sostanziali (affermato nelle sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa/Enel* citt., relativamente all'art. 12 (ora, 25) – che impone agli Stati membri il divieto di introdurre dazi

doganali all'importazione o all'esportazione, tasse di effetto equivalente o dazi doganali di carattere fiscale) – è stato affermato, dalle Sezioni Unite di questa Corte (cfr. sentt. nn. 1773 del 1972 e 2 del 1975), anche relativamente alla norma contenuta nell'art. 95 (ora, 90) del Trattato, che, stabilendo il principio del trattamento di assoluta parità fiscale ed in quanto non subordinata ad alcun presupposto o condizione, costituisce, dal 1° gennaio 1963, diritto interno dello Stato italiano senza alcuna limitazione e senza alcuna condizione di compatibilità con la legislazione italiana preesistente ed anche sopravvenuta, avendo acquistato efficacia immediata ed automatica e creato diritti soggettivi nell'ordinamento interno direttamente o a favore dei singoli (effetto orizzontale), senza bisogno di uno specifico processo di adattamento legislativo dell'ordinamento interno a quello comunitario.

In particolare, questa Corte, in numerosissime pronunce, ha ritenuto, espressamente od implicitamente, operante la combinazione dei due principi – del primato e degli effetti diretti – sia relativamente alle direttive connotate dalle predette caratteristiche di contenuto, quali individuate dalla Corte di Giustizia, limitatamente ai rapporti tra pubblici poteri e privati (efficacia verticale: cfr., e pluribus e tra le ultime, sentt. nn. 3693 del 1994, 3974 del 1995, 11571 del 1997, 752 del 2002), sia in relazione alle statuizioni delle sentenze interpretative di norme comunitarie, pronunciate dalla Corte di Lussemburgo in via pregiudiziale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato (ora, art. 232), e in sede contenziosa, ai sensi dell'art. 169 (ora, art. 226) (cfr., e pluribus e tra le ultime, sentt. nn. 15316 del 2000 e 3841 del 2002).

Infine, è indispensabile soggiungere che non parrebbe che su tale complessa costruzione giurisprudenziale – elaborata nel corso degli anni dalla Corte comunitaria e dalla Corte costituzionale, recepita dai Giudici italiani e che rispecchia sostanzialmente l'attuale stato dei rapporti tra fonti dell'ordinamento comunitario e fonti dell'ordinamento interno, per quanto attiene specificamente all'affermazione, all'interpretazione ed all'applicazione dei principi del primato e degli effetti diretti – possa significativamente incidere la disposizione contenuta nel nuovo testo dell'art. 117 comma 1 Cost. (sostituito dall'art. 3 della legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, entrata in vigore l'8 novembre 2001), la quale stabilisce che “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

È noto che mancano, finora, sia specifiche pronunce della Corte costituzionale sul significato e sulla portata delle norme poste da tale disposizione, sia leggi attuative della Novella costituzionale, mentre sono già numerose le riflessioni della dottrina pubblicistica sui vari aspetti della Riforma (cfr., ad es., in proposito, Senato della Repubblica – XIV Legislatura – I Commissione – Costituzione, Regioni e Autonomie locali, indagine Conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione, Roma 2002).

Tra le molteplici e gravi questioni interpretative generate dalla disposizione stessa – la cui formulazione, peraltro, è stata da più parti ritenuta scarsamente meditata – occorre soffermarsi, in quan-

to rilevanti in questa sede, sul significato e sul contenuto precettivo della norma (“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto... dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario...”), che impone appunto al legislatore statale e regionale di esercitare la rispettiva potestà legislativa “nel rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario”, e chiedersi, in particolare: se l’esplicito riferimento a siffatti vincoli ponga, insieme ad un evidente limite alla legge statale e regionale, un nuovo, espresso e specifico parametro – quello, è stato detto, della “conformità comunitaria” – alla cui stregua ragguagliare la legittimità costituzionale della legge stessa; se, conseguentemente, il mancato rispetto dei vincoli medesimi da parte del legislatore statale o regionale determini l’automatica invalidità della legge (per illegittimità costituzionale, in ragione del mancato rispetto dei vincoli stessi, in quanto richiamati dalla nuova norma); e se, come ulteriore conseguenza, la relativa violazione sia sindacabile soltanto (in forma esclusivamente “accentrata”) dalla Corte costituzionale, secondo le regole proprie del controllo di costituzionalità delle leggi, e non più anche dai giudici comuni (in forma “diffusa”), segnatamente nelle ipotesi in cui il diritto comunitario ritenuto violato sia direttamente applicabile, ovvero connotato dalle caratteristiche sostanziali della efficacia diretta: ipotesi, queste – di giudizi aventi ad oggetto la risoluzione di conflitti tra diritto interno e diritto comunitario direttamente applicabile o avente effetti diretti – unanimemente ritenute escluse, finora, dalle attribuzioni della Corte costituzionale (alla quale, peraltro, secondo l’opinione prevalente e nonostante l’insorgenza di ulteriori e non lievi problemi,

competono il sindacato incidentale di costituzionalità delle norme interne contrastanti con il diritto comunitario non direttamente applicabile o non dotato di effetti diretti, la risoluzione delle antinomie prospettate nei giudizi promossi in via principale, nonché la risoluzione delle questioni di legittimità costituzionale delle norme comunitarie che ridondano in violazione dei predetti “controlimiti”) ed incluse, invece, in quelle dei giudici comuni.

È del tutto evidente che, dando risposta positiva a questi quesiti, ne risulterebbe sconvolta – come pure è stato osservato – gran parte della costruzione giurisprudenziale dianzi delineata: nel caso di specie, ad esempio, a prescindere del tutto dall’accertamento circa l’attitudine della decisione negativa de qua ad esplicare effetti diretti nell’ordinamento italiano, di fronte alla segnalata antinomia (cfr., supra, n. 2.2.5), questa Corte avrebbe il dovere – previo, se del caso, quale Giudice di ultima istanza, rinvio alla Corte comunitaria sul significato e sulla efficacia delle norme poste dalla decisione stessa – di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 commi 1 e 2 della legge n. 26 del 1986, nella parte in cui stabiliscono il termine di efficacia del 31 dicembre 1995 per la fruizione delle agevolazioni ivi previste, per assunta violazione del combinato disposto degli artt. 11 secondo periodo e 117 comma 1 Cost. (in ragione de 1° rilievo che il raccordo costituzionale con l’ordinamento comunitario non starebbe più solo nell’art. 11 secondo periodo, ma, appunto, anche nel nuovo testo dell’art. 117 comma 1), in relazione all’art. 88 prf. 2 comma 1 del Trattato CE ed alla decisione in esame, nella parte in cui questa stabilisce l’in-

compatibilità delle agevolazioni stesse con il mercato comune ed il diverso termine di efficacia del 30 giugno 1992.

Tuttavia, le prime riflessioni della dottrina, specialmente costituzionalistica – ancorché molto problematiche e prospettanti soluzioni divergenti sul punto – indurrebbero, a ritenere, con una sua parte, che l'accento della norma cada non tanto sul rapporto tra fonti (cui, pure, la disposizione allude, stabilendo limiti generali alla “potestà legislativa” dello Stato e delle Regioni e, quindi, relativi al rapporto tra fonti), quanto piuttosto, avuto anche specifico riguardo alla *sedes materiae* (Ordinamento della Repubblica: Parte II – Le Regioni, le Province, i Comuni: Titolo V della Costituzione), sul rapporto tra ordinamenti: da un lato, su quello tra “ordinamento generale” della Repubblica, la cui fonte è la Costituzione, ed “ordinamenti parziali” dello Stato e delle Regioni (e ciò, conformemente al nuovo disegno costituzionale prefigurato dall'art. 114 comma 1, nel testo sostituito dall'art. 1 della legge cost. n. 3 del 2001, secondo cui “la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”); dall'altro, su quello tra ciascuno di questi ultimi (Stato e Regioni) e gli ordinamenti comunitario ed internazionale. E ciò, peraltro, senza alcuna pretesa della norma di ridisegnare immediatamente e specificamente i rapporti tra le fonti dei rispettivi ordinamenti.

In tale ipotesi ricostruttiva, relativamente ai rapporti di Stato e Regioni con l'ordinamento comunitario, si collocherebbe anche la previsione della facoltà di esercizio, da parte del Governo, quale organo dello Stato, del “potere sostitutivo” nei confronti di “organi delle Regio-

ni”, in caso di mancato rispetto, da parte di questi ultimi, della normativa comunitaria (cfr.art. 120 comma 2 Cost., nel testo sostituito dall'art. 6 della legge cost. n. 33 del 2001: “Il Governo può sostituirsi a organi della Regione nel caso di mancato rispetto della normativa comunitaria”; cfr.anche art. 117 comma 5).

Sicché, – e in ciò consisterebbe la reale novità della norma – interpretato in tal senso, il testo costituzionale porrebbe su un piano di parità gli ordinamenti “parziali” dello Stato e delle Regioni anche per quanto attiene alla determinazione dei limiti che l'esercizio delle rispettive potestà legislative incontra (rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali) e vieterebbe, in particolare, che limiti ulteriori possano essere dettati o desunti da leggi dello Stato, proprio in quanto anch'esse espressive di altro ordinamento “parziale” e sostanzialmente “equordinato”. Con l'ulteriore conseguenza – ed è questo il punto che rileva specificamente – che, a maggior ragione, dovrebbe escludersi ogni ipotesi di surrettizia innovazione della disciplina dei rapporti (tra l'altro) della legge statale con la normativa comunitaria derivata; anche perché la nuova formulazione dell'art. 117 comma 1 (laddove parla di “... rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario”, e non già di “rispetto del diritto comunitario” *tout court*) confermerebbe che il fondamento costituzionale del significato e del contenuto precettivo di tali “vincoli” dovrebbe essere ricercato altrove, nella *sedes materiae* sua propria: vale a dire, ancora nella disposizione che la Costituzione, quale fonte dell'ordinamento generale della Repubblica appunto, dedica ai rap-

porti tra fonti dello Stato e fonti dell'ordinamento comunitario, e cioè, nell'art. 11 secondo periodo, laddove questo, "limitando la sovranità" dello Stato, che si esprime (anche) mediante l'esercizio della funzione legislativa, "consente" al diritto comunitario di "prevalere" (entro i limiti indicati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale) su quello interno con esso collidente e disciplina, quindi, anche gli effetti di tale riconosciuto "primato".

In tale prospettiva, è possibile ipotizzare che il legislatore costituzionale del 2001 – indubbiamente consapevole dell'esistenza della complessa costruzione giurisprudenziale (peraltro, in continua evoluzione) sui rapporti tra fonti del diritto comunitario e del diritto interno, nonché tra istituzioni comunitarie e nazionali competenti a regolarli – non abbia inteso negarla o sostanzialmente intaccarla, ma abbia, piuttosto, inteso, con l'introduzione dell'art. 117 comma 1 nella parte che in questa sede rileva, rendere esplicita, enunciandola espressamente, una soltanto delle molteplici regole disciplinanti i rapporti stessi, già implicitamente contenuta nell'art. 11 secondo periodo Cost.: quella, cioè, del dovere del legislatore statale e regionale di rispettare, nell'esercizio dell'attività legislativa, quale massima espressione della rappresentanza generale, i "vincoli" progressivamente emersi e continuamente emergenti nel processo di costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario.

In questo senso, sembrano deporre una serie di concorrenti rilievi. In primo luogo, il radicamento, al momento dell'entrata in vigore della Riforma, nell'ordinamento giuridico italiano, tra gli altri, dei surrichiamati principi del primato, degli effetti diretti e dei loro corolla-

ri in tema di interpretazione ed applicazione del diritto comunitario, in base ai quali, come già accennato, una parte della dottrina aveva sottolineato che le norme comunitarie sono, comunque, connotate da un "plusvalore" rispetto alle leggi ed agli atti con forza di legge "interni" sia dal punto di vista della loro "forza attiva", abilitante anche alla deroga di norme interne di grado costituzionale, sia da quello della loro "forza passiva". In secondo luogo, la permanente necessità, stabilita dai Trattati a carico dello Stato italiano, di adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento comunitario: che si traduce negli obblighi specifici di recepimento delle norme comunitarie non direttamente applicabili, di piena attuazione di tutto il diritto comunitario (anche se direttamente applicabile o dotato di effetti diretti) e di eliminazione dall'ordinamento interno di tutte le norme collidenti con quelle comunitarie; il tempestivo e puntuale adempimento dei quali è stato assicurato dal legislatore italiano mediante l'adozione di idonei strumenti normativi sempre più rispondenti allo scopo. In terzo luogo, la consolidata individuazione, nell'essenziale ed ampia formula ("limitazioni di sovranità") dell'art. 11 secondo periodo Cost., del fondamento costituzionale, del senso e del contenuto dei molteplici "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario". Infine, e per contro, l'estrema insufficienza e genericità – se riferita alla disciplina del rapporto tra fonti – dell'espressione "rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": la cui formulazione, infatti, parrebbe inadeguata, per un verso, ad integrare un nuovo, autonomo e specifico parametro di legittimità costituzionale, rispetto a quello posto dall'art. 11 secondo periodo, di tutte le leggi italiane

e, per l'altro, a rappresentare la base testuale per ritenere definitivamente superata l'affermazione della "distinzione ed autonomia" dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento italiano.

B) Come già dianzi rilevato, non esistono, invece, precedenti di questa Corte in tema di "efficacia diretta" delle decisioni della Commissione e, in particolare, delle decisioni negative in materia di "aiuti di Stato".

L'unico (a quanto consta) precedente, in fattispecie molto simile a quella oggetto del presente giudizio, è costituito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 24 gennaio 1989 n. 30. Nel caso oggetto di tale pronuncia, lo Stato italiano aveva previsto, con la legge 27 novembre 1980 n. 315, la concessione di credito agevolato a favore delle imprese operanti nel settore dell'autotrasporto merci per conto terzi, provvedendo all'attuazione della agevolazione creditizia mediante l'adozione di due circolari del Ministro dei trasporti del 1981; la Commissione C. E. E., con decisione del 20 luglio 1983 – ritenuto tale regime di aiuti "illegale" ed incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'art. 92 del Trattato – aveva stabilito che l'Italia dovesse "sopprimerlo" entro tre mesi dalla notificazione della decisione, comunicando alla Commissione stessa le disposizioni adottate per conformarvisi; e il Ministro dei trasporti aveva attuato la decisione, abrogando con una circolare del 1984 – impugnata dinanzi al Giudice amministrativo – quelle precedenti del 1981.

Il Consiglio di Stato è pervenuto all'annullamento della circolare del 1984 attraverso, tra gli altri, i seguenti passaggi argomentativi: –" a differenza di quanto avviene per i regolamenti ed al-

cune direttive, che presentano completezza di contenuto dispositivo (self executing), l'obbligatorietà delle decisioni, che non hanno, a differenza dei regolamenti, portata generale assume la stessa forza che è propria delle direttive rivolte agli Stati e non aventi un contenuto astratto e ben delineato e quindi, come tale, direttamente non applicabile. Obbligano, cioè, lo Stato destinatario a realizzare il risultato pratico da esso indicato (nel caso di specie: soppressione degli aiuti), lasciando, però, gli Stati stessi liberi circa le modalità più adatte a raggiungere tale scopo, in conformità alle peculiarità dei singoli ordinamenti"; – "Era, pertanto, nel caso di specie, lo Stato italiano direttamente coinvolto dalla decisione comunitaria e non il solo Ministero dei trasporti, che non poteva, di sua sola iniziativa, assumersi la pretesa di dare attuazione alla decisione della Commissione C. E. E., annullando con un atto amministrativo circolari precedentemente emanate sulla base di una norma di legge ancora operante", sicché, per attuare la decisione comunitaria, sarebbe stato necessario "provvedere, innanzitutto, alla abrogazione della L. 27 novembre 1980 n. 315 e quindi rimuovere gli atti amministrativi sulla base della stessa emanati"; – non può condividersi la tesi, "secondo cui, quando una decisione comunitaria è emanata ex art. 93 del Trattato C. E. E., il conflitto non sorgerebbe tra legge interna e la decisione comunitaria, bensì tra legge interna e norma del Trattato, con conseguente prevalenza della seconda e sua immediata applicabilità nell'ordinamento"; – "Neppure può venire in considerazione, nel caso esaminato, un problema di gerarchia tra le fonti posto che le decisioni comunitarie sono atti concreti e puntuali che, se pur vinco-

lando lo Stato destinatario in merito a quanto deciso, non possono, tuttavia, proprio perché non contengono disposizioni generali ed astratte, trovare immediata applicazione sul piano diretto dell'ordinamento interno".

Siffatto orientamento – condivisibile, nella parte in cui afferma l'inidoneità della "fonte" normativa interna, nella specie prescelta dallo Stato italiano per attuare la decisione negativa della Commissione: e ciò, alla luce delle considerazioni dianzi svolte con riguardo alla presente fattispecie (cfr., supra, n. 2.2.5) – non può, invece, essere seguito, relativamente alla negazione, in linea di principio, che una decisione negativa della Commissione europea in materia di "aiuti di Stato" possa spiegare "effetti diretti" nell'ordinamento italiano.

C) Si tratta, allora, di accertare, come già detto, in primo luogo, se, ed in presenza di quali requisiti e condizioni, una decisione negativa della Commissione della Comunità europea in materia di aiuti di Stato sia idonea a spiegare "effetti diretti" nell'ordinamento italiano; in secondo luogo, se le specifiche disposizioni contenute nella decisione de qua possano qualificarsi siccome "direttamente efficaci" nell'ordinamento stesso; ed infine, in caso di risposta affermativa ai due precedenti quesiti, di risolvere l'antinomia tra norma comunitaria e norma interna con la stessa confliggente.

1) Deve porsi, in via preliminare, la questione se i predetti accertamenti (e, quindi, il conseguente esercizio del potere di risolvere l'eventuale antinomia tra norma comunitaria dotata di efficacia diretta e collidente norma di diritto interno) siano integrabili nella funzione di controllo di legittimità delle sentenze, attribuito alla Corte di cassazione dall'art. 360 comma 1 n. 3 cod. proc. civ.

"per violazione o falsa applicazione di norme di diritto".

La risposta positiva è agevole: infatti – se, come dianzi (cfr., supra, lett. A) rilevato, il nucleo del principio degli effetti diretti elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, considerato di per se solo, sta nel trattamento giuridico del diritto comunitario, connotato da determinate caratteristiche sostanziali, come diritto nazionale di ciascuno degli Stati membri – ne consegue che anche la violazione o la falsa applicazione della norma comunitaria dotata di efficacia diretta, al pari di quella di fonte regolamentare "direttamente applicabile", rientra appieno nel parametro di legittimità prefigurato dal codice di rito civile.

Non può, conseguentemente, nemmeno dubitarsi che – come ai giudici di merito compete l'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario nelle fattispecie concrete – così alla Corte di cassazione, nell'esercizio della propria funzione di "nomofilachia", è attribuito il potere di accertare la presenza, nella norma comunitaria di cui si denuncia la violazione o la falsa applicazione, delle caratteristiche di contenuto che valgano a qualificarla siccome "direttamente efficace" e, quindi, a trattarla giuridicamente come diritto nazionale: al riguardo, è sufficiente osservare che – ferma la competenza esclusiva della Corte di Lussemburgo a pronunciarsi in via definitiva e vincolante sulla esistenza in concreto dei presupposti dell'efficacia diretta di una norma comunitaria; e fermo il dovere della Corte di cassazione (ai sensi dell'art. 234, ex art. 177, commi 1 lett. b e 3 del Trattato CE), nei casi dubbi, di chiedere in proposito alla Corte di Giustizia la pronuncia pregiudiziale – nelle ipotesi in cui, applicando i criteri elabo-

rati dalla stessa Corte europea per l'individuazione delle norme comunitarie atte a spiegare effetti diretti (cfr., supra, lett. A), non sussista alcuna incertezza circa l'esistenza, nella norma comunitaria, dei requisiti sostanziali idonei a connotarla come "direttamente efficace", questa Corte può e deve pronunciarsi immediatamente in tal senso.

Non può dubitarsi, infine, come pacificamente ritenuto in dottrina e giurisprudenza, neppure che spetti al giudice nazionale – e, quindi, alla Corte di cassazione – rilevare l'antinomia, tra norma comunitaria direttamente efficace e norma interna con essa collidente, e risolverla, riconoscendo prevalenza alla prima, in forza dell'applicazione combinata dei due principi più volte richiamati: ed invero, una questione siffatta – avente ad oggetto la risoluzione dell'antinomia, la quale postula l'esistenza di una fattispecie identica disciplinata in modo diverso da norme tra loro confliggenti e, quindi, l'esigenza di individuare la sua (sola) norma regolatrice – appartiene istituzionalmente (ai sensi dell'art. 65 del r. d. n. 12 del 1941) alla predetta funzione nomofilattica attribuita alla Corte di cassazione.

In tale prospettiva, deve essere ribadito il principio, recentemente affermato da questa Corte (cfr. sent. n. 7909 del 2000), secondo cui il giudice nazionale deve verificare la compatibilità del diritto interno con le norme comunitarie vincolanti ed applicare queste ultime anche d'ufficio; con la conseguenza che, nel giudizio di legittimità, il predetto controllo di compatibilità non è condizionato dalla deduzione di uno specifico motivo e – come nelle ipotesi di applicazione del jus superveniens e di pronuncia sugli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale – le relative que-

stioni possono essere conosciute anche d'ufficio, purché, l'applicazione del diritto interno sia ancora controversa, costituendo oggetto del dibattito introdotto con i motivi del ricorso.

Peraltro, tale principio – che deve essere, comunque, coordinato con l'altro, costantemente affermato (cfr., e pluribus, sentt. nn. 12020 del 1995 e 4910 del 1998), secondo cui la proposizione di nuove questioni di diritto resta preclusa nel caso in cui esse implicino una modificazione dei termini di fatto della controversia – va integrato, con riferimento specifico alla fattispecie, relativamente all'ipotesi in cui la fonte di diritto comunitario, produttiva di norma direttamente efficace, sia costituita da una decisione negativa della Commissione in materia di aiuti di Stato.

In tal caso, ove la decisione fosse stata adottata – come avvenuto nella specie (cfr., supra, n. 2.2.3) – al di fuori della procedura di c. d. "codecisione", non era prevista la sua pubblicazione né nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, quale condizione di efficacia e/o di vigenza della stessa, né, comunque, alcun'altra forma di pubblicazione "notiziale" in sede comunitaria (cfr. combinato disposto degli artt. 254, ex art. 191, e 251, ex art. 189 B, del Trattato), ovvero nazionale (cfr. artt. 20 del D.P.R. n. 1092 del 1985 e 11 del D.P.R. n. 217 del 1986), essendo soltanto stabilito, nel Trattato, che essa è notificata ai suoi destinatari ed ha efficacia in virtù di tale notificazione (art. 254 prf. 3); anche se, nella prassi comunitaria, le decisioni più importanti del Consiglio e della Commissione sono state anche pubblicate, come nella specie, nella serie L della G.U.C.E. (cfr., supra, n. 2.2.3). D'altro canto, il recente reg. n. 659/1999 del Consiglio del 22 marzo

1999 cit., entrato in vigore il 16 aprile 1999 (art. 30), prevede espressamente (art. 26 prf. 3) la pubblicazione nella G. U. C. E. anche delle predette decisioni negative. Sicché, in fattispecie analoghe alla presente e, comunque, per decisioni siffatte, prese prima del 16 aprile 1999, forma oggetto di un preciso onere (puntualmente assolto nella specie: cfr., supra, n. 2.1) della parte – che invochi l'efficacia diretta di una norma posta dalla decisione stessa dinanzi al giudice italiano (e, quindi, anche dinanzi alla corte di cassazione) – la produzione della decisione nel suo testo integrale, ovvero l'indicazione della fonte ufficiale di cognizione, ove la stessa risulta “pubblicata”: e ciò, per il decisivo rilievo che il riconoscimento degli effetti diretti, da parte del giudice stesso, presuppone necessariamente l'esame dell'oggetto e del contenuto della decisione medesima e, in particolare, delle sue caratteristiche sostanziali secondo i criteri individuati dalla Corte di Lussemburgo.

2) Tanto premesso, possono individuarsi – alla luce dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia e dalla Corte costituzionale; nonché dei criteri individuati dalla prima in ordine alle predette caratteristiche sostanziali della norma comunitaria, atte a conferirle efficacia diretta – le condizioni ed i requisiti di contenuto, soltanto in presenza dei quali una decisione negativa, presa dalla Commissione comunitaria in materia di aiuti di Stato, può essere riconosciuta idonea a spiegare effetti diretti nell'ordinamento italiano.

Non è, innanzitutto, necessario, ai fini di tale riconoscimento, che la decisione sia “definitiva”.

È vero che, come riconosciuto dalla stessa Commissione (cfr. Comunicazione cit. sub 2.2.7), la natura dell'atto è so-

stanzialmente “amministrativa”; che il Trattato (art. 230, ex art. 173) prefigura, anche in ordine ad esso, un sindacato giurisdizionale di legittimità, promovibile dai soggetti legittimati dinanzi alla Corte di Giustizia o al Tribunale di primo grado (art. 225, ex art. 168 A); e che la stessa giurisprudenza comunitaria ammette che la questione della validità della decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato possa formare oggetto di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 comma 1 lett. b) (cfr., ad es., sent. Trib. 22 ottobre 1996, in causa T-330/94).

Ma è altrettanto vero, in primo luogo, che “la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati” (art. 249 comma 4) ed è “efficace” in virtù della notificazione al suo destinatario (art. 254 prf. 3); in secondo luogo, che “i ricorsi proposti alla Corte di giustizia non hanno effetto sospensivo” (art. 242, ex art. 185, comma 1); ed infine, specificamente, che il sindacato di legittimità del giudice comunitario – avente ad oggetto una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato – incontrando i limiti connessi alla esclusiva attribuzione ed alla discrezionalità che l'art. 87 conferisce alla Commissione, non può svolgersi sulle valutazioni discrezionali, anche di carattere economico, di quest'ultima, ma deve intendersi ristretto ai soli vizi di legittimità tipizzati nel tempo dalla giurisprudenza comunitaria (come, ad es., violazione delle norme di procedura o del dovere di motivazione; inesattezze nella ricostruzione dei fatti; errore manifesto di valutazione; sviamento di potere: cfr., tra le altre, CG, sent. 14 gennaio 1997, in causa C-169/95; Trib., sentt. 6 ottobre 1999, in causa T-110/97, e 26 febbraio 2002, in causa T-323/99).

Ed allora, su questo punto, il giudice italiano – dinanzi al quale sia invocata l'efficacia diretta di una decisione negativa e che dubiti della sua validità, anche alla luce dei canoni elaborati dal giudice comunitario – salvo l'ovvio caso in cui quest'ultimo abbia dichiarato la sospensione dell'esecuzione della decisione (ai sensi dell'art. 242 comma 2), può o, se di ultima istanza, deve unicamente ricorrere al predetto strumento del rinvio pregiudiziale.

Del resto, che una decisione siffatta debba considerarsi "efficace" in virtù della sua sola notificazione allo Stato destinatario – anche in ipotesi di ricorso di quest'ultimo ai rimedi giurisdizionali previsti dal Trattato CE ed in pendenza del relativo procedimento – risulta, nel nostro ordinamento, dal comportamento dello Stato italiano in questi casi. Vale per tutti, al riguardo, il riferimento, a titolo esemplificativo e recente, all'art. 5 comma 1 primo periodo del d. l. 15 aprile 2002 n. 63 (Disposizioni finanziarie e fiscali urgenti in materia di riscossione, razionalizzazione del sistema di formazione del costo dei prodotti farmaceutici, adempimenti ed adeguamenti comunitari, cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture), convertito, con modificazioni, nella legge 15 giugno 2002 n. 112 (che reca, appunto, la rubrica "adempimenti comunitari iniziali a seguito di condanna per aiuti di Stato"), laddove si dispone, tra l'altro e per quanto in questa sede rileva, che: "In attuazione della decisione della Commissione delle Comunità europee dell'11 dicembre 2001, relativa al regime di aiuti di Stato che l'Italia ha reso disponibile in favore delle banche, ed in attesa della definizione dei ricorsi promossi contro la medesima decisione innanzi alle autorità giudiziarie

dell'Unione europea, il regime delle agevolazioni rese disponibili in favore delle banche è sospeso" In ogni caso, come già dianzi rilevato (cfr., supra, n. 2.2.8), nella specie è pacifico che la decisione in esame è definitiva.

3) In linea di massima, poi, non è nemmeno ipotizzabile – come ostacolo al riconoscimento di effetti diretti nell'ordinamento italiano a siffatto tipo di decisione, in forza del concorrente principio del "primato" del diritto comunitario – un vizio di "incompetenza" delle norme comunitarie poste da tale atto.

Infatti – proprio seguendo l'impostazione della Corte costituzionale (cfr., supra, lett. A, c), secondo cui, in conseguenza dell'affermazione della distinzione, autonomia e coordinamento dei due ordinamenti, il principio della prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne con esse collidenti non si giustifica in termini di sovraordinazione gerarchica delle prime, bensì soltanto in quanto, e nella misura in cui, il potere normativo comunitario sia esercitato dalle istituzioni della Comunità, alle quali sia attribuito, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato – come è indubitabile che la materia degli "aiuti concessi dagli Stati" (inserita nella sez. 2 del Capo I del Titolo VI del Trattato CE), quale disciplina settoriale e specifica delle "regole di concorrenza" e di uno dei principali strumenti per realizzare l'obiettivo comunitario di un corretto funzionamento del mercato, rientra appieno nella competenza attribuita dal Trattato alle istituzioni comunitarie, così non può esservi dubbio che vi rientrino le decisioni prese dalla Commissione, quale unica istituzione competente a qualificare un atto dello Stato membro siccome "aiuto di Stato" ed a giudicarne la compatibilità con il mercato comune

ai sensi dell'art. 87 del Trattato CE, nella materia stessa: relativamente alla quale, perciò, non si pongono, per definizione stessa del Trattato, i delicati problemi di individuazione delle materie attribuite alla competenza esclusiva delle istituzioni comunitarie e dell'organo legittimato a pronunciarsi sull'applicazione del criterio di separazione delle competenze.

4) "Improbabile" (secondo l'espressione utilizzata dalla Corte costituzionale nelle sentt. citt. nn. 183 del 1973 e 170 del 1984), inoltre, è l'eventualità che norme comunitarie risultanti da decisioni siffatte siano poste in violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale o dei diritti inalienabili della persona umana (c. d. "controlimiti" individuati dalla Corte costituzionale: cfr., supra, lett. A, d). E ciò, sia alla luce dei principi affermati nell'art. 6 (ex art. F) prf. 1 e 2 del Trattato UE ("L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri (prf. 1). L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario (prf. 2)"); sia alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 (richiamata dalla Corte costituzionale, nella recente sent. n. 135 del 2002, n. 2.1 del Considerato in diritto, "ancorché priva di efficacia giuridica, per il suo carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei"); sia tenendo conto, in particolare, della disciplina del

procedimento "contenzioso" di applicazione dell'art. 93, ora art. 88, del Trattato (contenuta nel più volte citato Reg. n. 659/1999 del Consiglio), e dei rimedi giurisdizionali previsti anche avverso le decisioni negative della Commissione.

In ogni caso, nell'ipotesi in cui il giudice italiano nutrisse, nella concreta fattispecie sottoposta al suo esame, dubbi in proposito, lo stesso avrebbe il dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato, in relazione agli artt. 87 e 88 dello stesso, come interpretati ed applicati dalla Commissione o dalla Corte di Giustizia, per assunta violazione dei predetti "controlimiti" (vale a dire, delle norme costituzionali che ne forma no, di volta in volta, l'oggetto).

Comunque, il contenuto della decisione in esame non ingenera alcun dubbio di illegittimità costituzionale del tipo di quelli qui astrattamente prospettati.

5) Infine, nelle ipotesi in cui – quale quella di specie – la norma comunitaria posta da una decisione negativa della Commissione intervenga in materia (nella specie, agevolazioni tributarie) che la Costituzione riserva (relativamente) alla legge (cfr., supra, n. 2.2.5), tale riserva costituzionale non costituisce, co munque, ostacolo al dispiegamento dei suoi effetti diretti nell'ordinamento italiano.

La riserva di legge stabilita dall'art. 23 Cost. è generalmente intesa come espressione del principio, secondo cui il fondamento di tutte le c. d. "prestazioni imposte", in ragione della loro possibile incidenza su rilevanti diritti dei cittadini, deve potersi fare risalire alla volontà manifestata dal Parlamento (mediante legge formale ordinaria, anche di delegazione: cfr., ad es., Corte costituzionale, sentt. nn. 126 del 1969 e 127 del 1981)

e, quindi, alla massima forma di esercizio della sovranità popolare previste dall'art. 1 comma 2 Cost. (no taxation without representation). E siffatto principio risulta, ormai, positivamente ribadito anche dalla legge 27 luglio 2000 n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), laddove, nell'art. 1, autoqualifica le disposizioni dalla stessa poste come attuative (anche) dell'art. 23 Cost., stabilisce che esse "possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali" (comma 1), e prescrive che "l'adozione di norme interpretative in materia tributaria può essere disposta soltanto in casi eccezionali e con legge ordinaria, qualificando come tali le disposizioni di interpretazione autentica" (comma 2); e laddove, nell'art. 4, statuisce che "non si può disporre con decreto – legge l'istituzione di nuovi tributi né prevedere l'applicazione di tributi esistenti ad altre categorie di soggetti". Da questo punto di vista, dunque – e tenuto anche conto del c. d. "deficit democratico" comunemente addebitato alla costruzione istituzionale comunitaria – potrebbe dubitarsi dell'idoneità delle norme poste da una fonte di diritto comunitario derivato e provenienti da un organo amministrativo della Comunità a spiegare effetti diretti nella materia tributaria.

Tuttavia (anche a voler prescindere dall'argomento della peculiare "forza attiva", che connota le norme comunitarie rispetto alle leggi ed agli atti con forza di legge "interni" e che le abilita a derogare pure a norme di rango costituzionale: cfr., supra, lett. A), la Corte costituzionale, fin dalla sentenza n. 183 del 1973 – dichiarando non fondata, (anche) con riferimento all'art. 23 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge n. 1203 del 1957,

nella parte in cui ha dato esecuzione all'art. 189 del Trattato, "in quanto permette l'emanazione di regolamenti contenenti imposizione di prestazioni patrimoniali" – ha affermato che "ciò non importa deroga alla riserva di legge sancita dall'art. 23 della Costituzione, poiché questa disposizione non è formalmente applicabile alle norme comunitarie, emanazione di una fonte di produzione autonoma, propria di un ordinamento distinto da quello interno" (n. 8 del Considerato in diritto). E la stessa Corte, nella più recente sentenza n. 383 del 1998 (n. 4.3 del Considerato in diritto), interpretando il contenuto della riserva "relativa" di legge prevista dagli artt. 33 e 34 Cost., ha affermato che la riserva di legge può ritenersi osservata, oltretutto dalla disciplina dettata con legge formale ordinaria o con atti con forza di legge (decreti legge e decreti legislativi), anche da quella dettata da norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo Stato; disciplina comunitaria, che, perciò, può anche costituire valido fondamento all'esercizio, da parte del potere esecutivo o dell'amministrazione, della funzione di specificazione e/o integrazione di quella legislativa interna ("Affinché il principio della riserva di legge possa dirsi rispettato, occorre che il potere dell'amministrazione sia circoscritto secondo limiti e indirizzi ascrivibili al legislatore. Analoga funzione di delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione deve essere riconosciuta alle norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo Stato") . E non può esservi dubbio, alla luce di tutte le considerazioni dianzi svolte, che le norme poste da una decisione negativa della Commissione in materia di aiuti di Stato rientrino nel novero delle "norme comunitarie dalle

quali derivano obblighi per lo Stato”.

È evidente, peraltro, che, anche in tale ultima prospettiva – la quale parrebbe anche comportare, tra le altre implicazioni d’ordine costituzionale, quantomeno una certa “attenuazione” del principio, sempre espressamente ribadito dalla Corte costituzionale, della distinzione ed autonomia dell’ordinamento interno rispetto quello comunitario (cfr., supra, lett. A) – la decisione della Commissione de qua, indipendentemente dalla sua attitudine ad esplicitare “effetti diretti” nell’ordinamento italiano, non avrebbe potuto, comunque, essere in esso attuata mediante la più volte menzionata deliberazione del C.I.P.E.: infatti, altro è il problema degli eventuali ostacoli al dispiegamento di effetti diretti del diritto comunitario nell’ordinamento interno; altro è quello delle forme costituzionali dell’adeguamento di quest’ultimo al primo (cfr., supra, n. 2.2.5).

6) In definitiva – fatte ovviamente salve le osservazioni che precedono – appaiono decisive, per il riconoscimento di effetti diretti alle norme comunitarie poste da una decisione negativa della Commissione in materia di aiuti di Stato, le sue caratteristiche di contenuto, che il giudice italiano deve individuare e valutare esclusivamente alla luce dei criteri elaborati dalla Corte di Giustizia: e cioè, le norme stesse debbono stabilire un “obbligo sufficientemente chiaro e preciso” nei confronti degli Stati membri; siffatto obbligo deve risultare “incondizionato”; e le norme medesime non debbono prevedere, o presupporre, un “potere discrezionale” degli Stati membri o delle istituzioni comunitarie quanto alle modalità di attuazione o di esecuzione dell’obbligo dalle stesse poste.

Inoltre, il giudice italiano deve tener

ferma la regola, parimenti elaborata dalla Corte di Lussemburgo, secondo la quale – mentre la “diretta applicabilità”, propria dei soli regolamenti, determina, di norma, effetti sia nei rapporti giuridici intercorrenti tra privati e pubblici poteri (c. d. “effetti verticali”), sia in quelli intercorrenti tra privati (c. d. “effetti orizzontali”) – alla “efficacia diretta” conseguono soltanto, in linea di massima, “effetti verticali”.

D) Sulla base dei principi qui ribaditi ed esplicitati e delle considerazioni svolte, può affermarsi che la decisione della Commissione in esame (cfr., supra, n. 2.2.3) è idonea – in assenza di ostacoli d’ordine costituzionale; ed in ragione delle caratteristiche sostanziali delle norme dalla stessa poste – a spiegare effetti diretti nell’ordinamento italiano, sia nella parte in cui ha stabilito (art. 4) che “gli aiuti previsti dagli artt. 2 e 4 della legge nazionale italiana del 29 gennaio 1986 n. 26 sono incompatibili con il mercato comune a norma dell’art. 92 prf. 1 del Trattato CEE”, sia in quella che ha disposto che “tuttavia, a titolo transitorio, tali aiuti possono essere accordati fino al 30 giugno 1992”.

È sufficiente la mera lettura di tali statuizioni, per riscontrare, in esse, tutti i requisiti di contenuto che la Corte di Giustizia ritiene necessari per connotare una norma comunitaria siccome idonea ad esplicitare efficacia diretta nell’ordinamento dello Stato membro: innanzitutto, la dichiarazione di incompatibilità dei predetti aiuti con il mercato comune, sancisce – per ciò stesso, in forza dell’esclusiva attribuzione conferita alla Commissione dall’art. 88 del Trattato CE e dell’intervenuta inoppugnabilità della decisione – la definitiva contrarietà delle relative norme interne rispetto al diritto comunitario sulla concorrenza;

inoltre, le norme poste dalla decisione stabiliscono, nei confronti della Repubblica italiana, per quanto in questa sede rileva, gli obblighi, chiari e precisi, di “sopprimere” le agevolazioni previste dall’art. 2 della legge n. 26 del 1986 e di “modificare” il termine – fissato dallo stesso art. 2, per la fruizione delle agevolazioni, al 31 dicembre 1995 – in quello, diverso, del 30 giugno 1992; infine, la decisione comunitaria non subordina ad alcun termine o condizione l’attuazione di siffatti obblighi da parte dello Stato italiano, né prevede l’esercizio di alcun potere discrezionale, da parte di quest’ultimo, relativamente alle modalità di attuazione e di esecuzione degli obblighi stessi. In particolare, come già osservato, la decisione medesima, nella parte in cui ammette, in via transitoria, la continuazione della concessione degli aiuti fino alla data del 30 giugno 1992, in assenza di atto normativo interno dello Stato italiano costituzionalmente idoneo a darvi attuazione, (ri)determina il termine di efficacia della predetta disposizione agevolativa ed incide con immediatezza, *quoad diem*, sull’esercizio dei diritti, prefigurati dall’art. 2 della legge n. 26 del 1986, da parte delle imprese italiane potenzialmente beneficiarie delle agevolazioni ivi previste: e cioè, è immediatamente costitutiva di situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi al giudice italiano.

Deve, peraltro, sottolinearsi, al riguardo, la discordanza tra motivazione e dispositivo della decisione – laddove, nella prima, è detto che “la Commissione autorizza, a titolo transitorio, l’applicazione di questi aiuti fino al 30 luglio 1992”; e, nel secondo, invece, è stabilito che, “tuttavia, a titolo transitorio, tali aiuti possono essere accordati fino al 30 giugno 1992” – rilevante nella specie,

avuto riguardo alla circostanza che le domande di agevolazione de quibus sono state presentate dalla Società M. in data 28 luglio 1992.

Tuttavia, siffatta discordanza deve essere risolta in favore del termine fissato dal dispositivo della decisione stessa – 30 giugno 1992 – per molteplici e concorrenti ragioni: sia perché il Trattato CE distingue nettamente tra fonti di produzione di diritto comunitario vincolante (regolamento, direttiva, decisione) e motivazione degli atti comunitari vincolanti (combinato disposto degli artt. 249 e 253), attribuendo soltanto alle prime, appunto, l’attitudine a dettare norme giuridiche comunitarie; sia, conseguentemente, perché la norma comunitaria non può che ricavarsi dal contenuto precettivo dell’atto – fonte, e non già dalle ragioni di fatto e di diritto che ne hanno determinato l’adozione, la cui obbligatoria esplicitazione è esclusivamente preordinata, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, all’esercizio *vuoi* del diritto alla tutela giurisdizionale degli interessati, *vuoi* del sindacato di legittimità della Corte stessa; sia perché – trattandosi, nella specie, di decisione negativa in materia di aiuti di Stato, che ne ha consentito l’ulteriore concessione soltanto “a titolo transitorio” – deve darsi la preferenza al termine più restrittivo; sia, infine, perché il Governo italiano – ancorché “controinteressato” alla decisione e, quindi, “naturalmente” interessato ad un termine transitorio più ampio – ne ha dato attuazione (sia pure illegittimamente) con atto interno di contenuto pienamente conforme, anche *quoad diem*.

Infine, il principio – secondo cui alla efficacia diretta conseguono soltanto, in linea di massima, “effetti verticali” – risulta anch’esso rispettato: infatti, nella

specie (cfr., supra, nn. 1.1 e 1.2), la controversia, avente ad oggetto la titolarità, o non, del diritto al riconoscimento delle agevolazioni previste dall'art. 2 commi 1 e 2 della legge n. 26 del 1986, è stata instaurata da un'impresa nei confronti dell'Amministrazione finanziaria avverso un esplicito provvedimento di diniego delle agevolazioni stesse, adottato da un ufficio dell'Amministrazione e fondato proprio, sia pure mediamente (attraverso la conforme deliberazione del C.I.P.E.), sulla decisione negativa della Commissione.

Dal riconoscimento di "effetti diretti" alle norme poste dalla decisione stessa e dalla loro "prevalenza" rispetto alle confliggenti norme poste dall'art. 2 della legge n. 26 del 1986 discende la "non applicabilità" alla fattispecie delle norme interne e, quindi, la risoluzione della rilevata antinomia in favore delle norme comunitarie, che costituiscono, pertanto, le sole "norme di diritto" applicabili per dirimere la controversia *de qua*.

2.2.9 La sentenza impugnata deve essere, conseguentemente, annullata, in ragione del vizio dianzi (cfr., supra, n. 2.2.6) rilevato.

La relativa causa, peraltro, può essere decisa nel merito, secondo il combinato disposto degli artt. 62 comma 2 del d. lgs. n. 546 del 1992 e 384 comma 1 secondo periodo cod. proc. civ., non essendo all'evidenza necessari ulteriori ac-

certamenti di fatto, nel senso della reiezione dei ricorsi introduttivi del presente giudizio, proposti in data 22 aprile 1994 dalla T.C.M. S.r.l. dinanzi alla Commissione tributaria di I° grado di Gorizia: infatti – posto che le istanze di agevolazioni, richieste dalla Società, sono state presentate all'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Gorizia in data 28 luglio 1992; e che le stesse erano fondate proprio sul preteso diritto al riconoscimento delle esenzioni previste dall'art. 2 commi 1 e 2 della legge n. 26 del 1986 – è del tutto evidente l'intervenuta decadenza della Società dal diritto medesimo, in quanto le domande risultano presentate oltre la data del 30 giugno 1992, che la decisione negativa della Commissione ha stabilito, a titolo transitorio, quale termine ultimo per la concessione, da parte dello Stato italiano, degli aiuti previsti dallo stesso art. 2.

2.2.10 La novità delle questioni trattate integra giusto motivo per dichiarare compensate per intero, tra le parti, le spese della presente fase e del precedente grado di giudizio.

P. Q. M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo la causa nel merito, rigetta i ricorsi introduttivi del presente giudizio. Compensa le spese.

La forza e valore delle decisioni della Commissione CE tra efficacia diretta e riserva di legge

Domenico Ardolino

1. Il caso; 2. Il rapporto tra ordinamenti comunitario e nazionale, la gerarchia delle fonti e le innovazioni dell'art. 117 Cost.; 3. L'efficacia delle decisioni della Commissione CE in materia di aiuti di stato; 4. Efficacia diretta e riserva di legge.

Con la sentenza 10 dicembre 2002, n. 17564, la Corte di cassazione torna sulla *vetusta quaestio* dei rapporti tra ordinamenti comunitario e nazionale; per la prima volta, i giudici si interrogano sulle conseguenze delle recenti modifiche apportate all'art. 117 Cost. e determinano la forza e valore da attribuire nel nostro ordinamento alle decisioni della Commissione CE in materia di aiuti di Stato.

1. Il caso

I giudici cassano una sentenza di Commissione Tributaria Regionale che aveva affermato l'inidoneità di una delibera C.I.P.E. (emanata per ottemperare a vincoli comunitari) a modificare un'agevolazione tributaria stabilita con legge: confermano la validità, sotto il profilo della gerarchia interna delle fonti, della ricostruzione operata dai giudici di merito ma, allo stesso tempo, dichiarano la preminenza e la diretta efficacia nell'ordinamento nazionale della decisione della Commissione CE cui lo Stato italiano si era maldestramente adeguato con la delibera stessa.

Si tratta della decisione n. 91/500/CEE del 28 maggio 1991¹ che dichiarava aiuti di stato, incompatibili con il mercato comune², le esenzioni decennali IRPEG ed ILOR per la Regione Friuli-Venezia Giulia ai sensi degli artt. 2 e 4 della legge n. 26/86 e fissava al 30 giugno 1992 il termine ultimo della loro efficacia; lo Stato italiano si adeguava il 26 novembre 1991 abrogando le agevolazioni contestate con un atto amministrativo, una delibera C.I.P.E.³

Nel giudizio *de quo*, le Commissioni Tributarie, Provinciale e Regionale, avevano accolto le ragioni di un ricorrente secondo cui l'esenzione non poteva intendersi abrogata, essendo una delibera amministrativa, quand'anche atto con efficacia generale, non idonea a modificare, secondo la gerarchia interna delle fonti, una norma introdotta con legge ordinaria.

La Corte di cassazione, prescindendo dal problema dell'illegittimità della norma attuativa di diritto interno, afferma, per la prima volta, l'efficacia diretta e pre-

¹ In G.U.C.E. n. L 262 del 19.09.91.

² Ai sensi dell'art. 91 del Trattato CEE (ora art. 87 nella versione consolidata con il Trattato di Amsterdam).

³ Delibera C.I.P.E. del 26.11.91 in G.U. n. 38 del 15.02.92.

valente nell'ordinamento nazionale della decisione presa dalla Commissione CE ai sensi degli artt. 87 ss. TCE e rileva l'illegittimità della sentenza di II grado avendo i giudici di merito omesso di esaminare la questione della natura e degli effetti della stessa decisione pur essendo essa fonte di diritto comunitario derivato ed elemento normativo della fattispecie in causa.

2. Il rapporto tra ordinamenti comunitario e nazionale, la gerarchia delle fonti e le innovazioni dell'art. 117 Cost.

Come si accennava, è stata fornita una prima indicazione in merito alla recente riforma costituzionale⁴ essendo stato verificato, in particolare, se la nuova formulazione dell'art. 117 comma 1 Cost. abbia alterato l'equilibrata soluzione raggiunta dalla giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario ed interno, soprattutto in relazione alla questione della forza e valore da attribuire alle fonti comunitarie.

La sentenza si sofferma, preliminarmente, sul cd. principio dell'efficacia diretta – elaborato dalla Corte di giustizia CE⁵ e riconosciuto dalla giurisprudenza nazionale⁶ – secondo cui le norme comunitarie prodotte da fonti primarie e derivate (Trattati, direttive e decisioni)⁷, in presenza di taluni requisiti⁸, devono essere considerate come immediatamente costitutive di situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi al giudice nazionale al pari di quelle costituite sulla base delle norme di diritto interno. Principio pacifico e consolidato che, però, è giustificato dalle supreme Corti con tesi diametralmente opposte, avendo la CGCE sempre affermato l'*integrazione* dell'ordinamento comunitario con quelli nazionali mentre Corte co-

⁴ Si tratta delle *Modifiche al titolo V delle parti seconda della Costituzione* introdotte con la legge costituzionale n. 3 del 18.10.01 entrata in vigore l'8.11.01.

⁵ Il principio, ampiamente consolidato, risale agli albori delle Comunità essendo stato enunciato a partire dalla sentenza del 5.02.63, causa 26/62, *Van Gend en Loos*; nel 1970 la Corte affermava che: “una direttiva ... non riguarda solo i rapporti fra la Commissione e Stato, ma implica conseguenze giuridiche che possono essere fatte valere e dagli altri Stati membri essi pure interessati alla sua esecuzione, e dai singoli qualora, per sua natura, la disposizione che sancisce detto obbligo sia direttamente efficace”, (CGCE, causa 33/70, sent. del 17.12.70, *SACE c. Ministero delle finanze delle Repubblica italiana*); con la sentenza del 22.06.89, causa 103/88, *Fratelli Costanzo SpA c. Comune di Milano*, sottolineava, infine, che “tutte le autorità nazionali, e perciò non solo i giudici in sede contenziosa, ma anche le autorità amministrative centrali e locali, sono tenute a dare immediata applicazione alle norme comunitarie dotate di effetto diretto”.

⁶ Sin dalle sentenze nn. 183 del 1973 e 182 del 1976 la Corte costituzionale ha riconosciuto l'efficacia diretta delle direttive alle condizioni stabilite dalla CGCEE; è arrivata poi ad estendere tale principio a tutti gli altri atti comunitari, comprese le sentenze della CGCE (si vedano le sentenze nn. 170 del 1984, 113 del 1985, 389 del 1989 e 168 del 1991); nella sentenza n. 168 cit. la Corte, argomentando circa la possibile diretta applicabilità delle direttive nella normativa interna italiana, afferma la *non applicabilità* immediata della legislazione nazionale in contrasto con la normativa comunitaria *self executing* (preferendo, dunque, l'espressione “non applicabilità” rispetto a “disapplicazione” che sarebbe relativa ai soli atti amministrativi).

⁷ Non considerando, ovviamente, i regolamenti che, ai sensi dell'art. 249 TCE, sono già direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri.

⁸ Secondo il dettato della CGCE (si vedano, tra le tante, sent. del 14.07.71, causa 10/71, *Muller*; sent. del 4.12.74, causa 41/74, *Van Duyn*; per una ricognizione di tutta la giurisprudenza si rimanda a G. Tesoro, *Diritto comunitario*, Cedam, 2001, pp. 107 ss.), l'attitudine della norma comunitaria ad avere efficacia diretta negli ordinamenti interni deve essere individuata caso per caso sulla base di questi tre requisiti: le norme comunitarie devono stabilire a) un obbligo sufficientemente chiaro e preciso, che b) non risulti subordinato a condizioni o termini, in altri termini, sia incondizionato e, dunque, c) non preveda un residuo potere discrezionale degli Stati membri quanto alle modalità di attuazione o di esecuzione dell'obbligo stesso.

stituzionale e cassazione continuano a richiamare la teoria dei due ordinamenti *distinti ed autonomi, ancorché coordinati*⁹.

Con la sentenza in commento, i giudici verificano se il sistema faticosamente elaborato dalla Corte costituzionale – le norme nazionali contrastanti con quelle comunitarie direttamente applicabili o ad efficacia diretta devono essere “non applicate” dai giudici di merito, essendo le seconde idonee a creare situazioni giuridiche direttamente tutelabili; ai giudici costituzionali compete un residuo sindacato circa il rispetto dei “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e dei “diritti inalienabili della persona umana¹⁰” – sia stato alterato dalla nuova formulazione dell’art. 117 comma 1 Cost. secondo cui “*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”.

L’utilizzo di tale espressione, infatti, ha ingenerato il dubbio che il legislatore abbia voluto introdurre un nuovo parametro di legittimità costituzionale delle leggi, quello della loro conformità ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario¹¹.

⁹ Si tratta della ben nota dicotomia tra la tesi monista e quella del dualismo degli ordinamenti giuridici.

La giurisprudenza comunitaria ha sempre propugnato la tesi della *integrazione*: già nel 1963 (con la sentenza *Van Gend en Loos* cit.) rilevava che i trattati non si erano limitati alla creazione di obblighi reciproci tra gli Stati membri e che, invece, si era inteso realizzare un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati hanno parzialmente rinunciato alla loro sovranità; pertanto, il primato delle norme comunitarie si configurerebbe in termini di vera e propria superiorità gerarchica (sent. del 9.03.78, causa 106/77, *Simmenthal*). L’applicazione combinata di questa premessa con il principio dell’efficacia diretta porta la Corte di giustizia CEE ad affermare che le norme comunitarie *self-executing* devono essere considerate come *diritto nazionale prevalente* su quello interno collidente.

Tale tesi è stata sempre rifiutata dalle supreme Corti italiane che hanno invece impostato i rapporti tra i due ordinamenti secondo il principio dualistico. Invero la posizione della Corte costituzionale è molto cambiata da quando, agli albori delle Comunità, affermava che i due ordinamenti erano completamente autonomi e le fonti comunitarie erano da assimilare alle leggi ordinarie dal momento che i trattati istitutivi erano stati recepiti con una legge avente forza ordinaria (sent. n. 14 del 1969, *Costa/Enel*). Infatti, durante il lungo “cammino comunitario” (usando un’espressione oramai di comune accezione che si deve a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2405 ss.) l’impostazione ha subito una continua evoluzione, fino ad assestarsi con la tesi dei due ordinamenti *distinti ed autonomi, ancorché coordinati* (si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 98 del 1965, 183 del 1973, 170 del 1984, 126 del 1996, 93 del 1997) per cui la gerarchia delle fonti è ricostruita utilizzando il criterio della separazione di competenza: il principio della prevalenza delle norme comunitarie su quelle interne con esse collidenti non si giustifica, allora, in termini di sovraordinazione delle prime, bensì soltanto in quanto, e nella misura in cui, il potere normativo comunitario sia esercitato in base alle competenze “cedute” dallo Stato alle istituzioni europee sulla base dell’art. 11 Cost. che consente all’Italia di accettare limitazioni di sovranità in condizioni di parità con gli altri Stati contraenti (cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, 1996, p. 431).

Diretta conseguenza di questa impostazione è la cd. teoria dei *controlimiti* secondo cui la prevalenza delle fonti comunitarie opera, anche nelle materie di “competenza” europea, fino al limite insuperabile costituito dal rispetto dei “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e dei “diritti inalienabili della persona umana”; il rispetto di tali valori da parte della CE si pone come condizione di costituzionalità delle limitazioni di sovranità (Corte Cost. sentt. nn. 98 del 1965, 170 del 1984 e 232 del 1989) ed è sindacabile dalla Corte costituzionale stessa che opera il controllo di costituzionalità su qualsiasi norma del trattato così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari (sent. n. 232 cit.).

Per una visione completa (e molto meno sintetica) dell’argomento si rimanda all’intero cap.4 (pp. 121 ss.) di B. BEUTLER - R. BIEBER - J. PIPKORN - J. STREIL - J.H.H. WEILEZ, *L’Unione Europea*, il Mulino, 2001.

¹⁰ Secondo la Corte costituzionale (si veda, ad es. sent. 183 cit.) è “improbabile” l’eventualità che le norme comunitarie violino questi principi; in ogni caso, nell’ipotesi in cui un giudice italiano nutrisse tale dubbio, lo stesso dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del TCE in relazione alla norma comunitaria che, così come interpretata ed applicata, violerebbe i “controlimiti”.

¹¹ La posizione è sostenuta, ad es., da L. TORCHIA (si veda Senato della Repubblica - XIV Legislatura - I Commissione Affari costituzionali *Indagine conoscitiva sugli effetti nell’ordinamento delle revisioni del titolo V parte II della Costituzione*, 10° resoconto stenografico, seduta del 28.11.001, audizione dei professori S. CASSESE, A. ROMANO, A. ROMANO TASSONE E L. TORCHIA) secondo cui “*in dottrina, nei primi commenti di questa formula del rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario è stata data una lettura continuista, dicendo che in fondo non fa altro che mettere a regime in maniera ricognitiva quello che l’ordinamento già conosceva, quello che la Corte costituzionale già aveva riconosciuto. Credo che questo sia in parte vero, ma non riconosce fino in fondo, invece, una innovatività della norma che c’è, perché con questa norma sicuramente non si può tornare indietro, la scelta diventa irrettabile, per cui non c’è più una separazione tra ordinamenti, ma c’è un’integrazione. Quindi, il modo dualista in cui la Corte costituzionale ha sempre interpretato il rapporto tra ordinamento interno e comunitario è da ascrivere ad un ragionamento costituzionale, per così dire, che non trova più spazio in questa Costituzione. ... (la nuova formulazione dell’art. 117 Cost.) è una clausola di apertura espressa nella nostra Costituzione ai principi e ai valori dell’ordinamento comunitario*”.

Interpretando in questo senso il nuovo art. 117 Cost., ne deriverebbe che il mancato rispetto dei vincoli comunitari¹² da parte di una legge determinerebbe la sua automatica incostituzionalità e tale violazione sarebbe rilevabile soltanto dalla Corte costituzionale; in altri termini, verrebbe completamente stravolta tutta la costruzione giurisprudenziale su riportata e se ne cadrebbero, soprattutto, i presupposti teorici che ora permettono ai giudici di merito di disapplicare la normativa interna contrastante con quella comunitaria senza ricorrere al sindacato di costituzionalità¹³.

Tale ipotesi interpretativa è rifiutata dai giudici di legittimità che, invece, propendono per quella parte di dottrina secondo cui il nuovo art. 117 Cost. ridisegnerebbe il rapporto tra ordinamenti statale e regionali senza alcuna pretesa di innovare in tema di fonti comunitarie¹⁴. La reale novità del testo sarebbe da rinvenire, infatti, laddove la norma pone su un piano di parità Stato e Regioni anche per quanto attiene la determinazione dei limiti all'esercizio delle rispettive potestà legislative (limiti scaturenti dal rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali)¹⁵.

L'estrema genericità dell'espressione *rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario* – concludono i giudici – non sembra allora idonea ad integrare un nuovo, autonomo e specifico parametro di legittimità costituzionale, rispetto a quello posto dall'art. 11 Cost. e, soprattutto, non è sufficiente per poter affermare il definitivo superamento della teoria dei due ordinamenti *distinti ed autonomi* e l'accettazione, da parte del legislatore italiano, della tesi monista dell'*integrazione*.

3. L'efficacia delle decisioni della Commissione CE in materia di aiuti di Stato

Ribadito che il quadro generale dei rapporti tra fonti ed ordinamenti non è cambiato con la recente riforma costituzionale, i giudici affermano l'illegittimità dell'operato del Governo italiano sotto il profilo della gerarchia interna delle fonti, non po-

¹² Sempre se il diritto comunitario ritenuto violato sia direttamente applicabile, ovvero abbia efficacia diretta.

¹³ I giudici forniscono una prova lampante degli effetti rivoluzionari di tale interpretazione, applicandola al caso in giudizio: "ad esempio, a prescindere del tutto dall'accertamento circa l'attitudine della decisione negativa de qua ad esplicare effetti diretti nell'ordinamento italiano, di fronte alla segnalata antinomia questa Corte avrebbe il dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 commi 1° e 2° della legge n. 26 del 1986, nella parte in cui stabiliscono il termine di efficacia del 31 dicembre 1995 per la fruizione delle agevolazioni ivi previste, per assunta violazione del combinato disposto degli artt. 11 secondo periodo e 117 comma 1° Cost. (in ragione del rilievo che il raccordo costituzionale con l'ordinamento comunitario non starebbe più solo nell'art. 11 secondo periodo, ma, appunto, anche nel nuovo testo dell'art. 117 comma 1), in relazione all'art. 88 prf. 2 comma 1° del Trattato CE ed alla decisione in esame, nella parte in cui questa stabilisce l'incompatibilità delle agevolazioni stesse con il mercato comune ed il diverso termine di efficacia del 30 giugno 1992".

¹⁴ Tale è l'opinione di L. ELIA (Senato della Repubblica, *Indagine conoscitiva cit.*, 1° resoconto stenografico, seduta del 23.11.01, p.6); nello stesso senso A. CORASANITI (Senato della Repubblica, *Indagine conoscitiva cit.*, 6° resoconto stenografico, seduta del 7.11.01, pp.5-6) secondo cui la nuova formulazione non pone alcun problema nell'ambito comunitario mentre potrebbe presentare delle novità nell'ambito del diritto pattizio internazionale: "per quanto concerne il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nulla quaestio, perché la norma trova il suo fondamento - si dice - nell'articolo 11 della Costituzione, ed è accettata pacificamente ... Ma quello che è veramente nuovo sono i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, la cui imposizione vorrebbe essere, se non vado errato una costituzionalizzazione dei trattati internazionali..." Ed infatti, su quest'ultima questione ha prevalentemente posto l'accento la dottrina che ha commentato la norma; v. G. GEMMA, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, su *Quaderni costituzionali*, n. 3/2002, p. 606 e A. MANGIA, *Ancora sugli obblighi internazionali nel titolo V*, su *Quaderni costituzionali*, n. 4/2002, pp. 805 ss.

¹⁵ Cfr. A. MANGIA, *Ancora sugli obblighi internazionali nel titolo V cit.*, pp. 806-807: "la portata innovativa della norma in questione non necessariamente ha da essere colta nella elencazione dei limiti alla funzione legislativa che in questo si ritrova. ... (la nuova formulazione dell'art. 117 Cost.) ... sembra avere lo scopo di rammentare agli interpreti che, a novella intervenuta, leggi dello Stato e leggi delle Regioni dovrebbero essere sottoposte allo stesso ordine di limiti senza alcuna differenza di ruolo o di posizione nel sistema delle fonti. Il che, ad essere schietti, rappresenta una innovazione tutt'altro che secondaria".

tendo una delibera C.I.P.E. modificare una norma introdotta con legge ordinaria; tuttavia, rilevano che la decisione sull'agevolazione dichiarata aiuto di Stato¹⁶ appare astrattamente idonea ad incidere con immediatezza sull'esercizio dei diritti vantati nel giudizio *de quo*. Verificano, allora, se, ed a quali condizioni, le decisioni negative della Commissione CE possano essere considerate ad "efficacia diretta e prevalente" rispetto ad una norma di diritto interno.

In materia, non esistono precedenti pronunce della Cassazione. Ha invece già affrontato il problema, nel 1989, il Consiglio di Stato¹⁷ che si è limitato a ribadire la sostanziale equiparazione delle decisioni con le direttive, obbligando esse a realizzare il risultato indicato lasciando, però, gli Stati liberi circa le modalità più adatte a raggiungere tale scopo¹⁸.

I giudici amministrativi hanno cioè negato che una decisione della Commissione CE possa essere considerata fonte normativa interna: essendo un provvedimento concreto, essa può solo obbligare lo Stato affinché cambi la norma nazionale incompatibile con quelle comunitarie ma non può innovarla direttamente¹⁹.

Nella sentenza in commento, invece, la Cassazione afferma per la prima volta il contrario ed enuncia le condizioni ed i requisiti in presenza dei quali una decisione negativa della Commissione europea in materia di aiuti di Stato può essere riconosciuta idonea ad avere effetti diretti nell'ordinamento italiano.

Innanzitutto, la prevalenza dell'atto sulla normativa interna si giustifica – proprio seguendo l'impostazione della Corte costituzionale sulla distinzione dei due ordinamenti e sulla separazione delle competenze – in virtù dell'attribuzione in via esclusiva agli organi comunitari della competenza in materia di aiuti di Stato e, più in generale, di controllo sul funzionamento del mercato interno.

Tale prevalenza si esplica poi immediatamente, senza necessitare di alcun atto mediato, perché la decisione in giudizio presenta tutti i requisiti elaborati dalla CGCE riguardo al principio di efficacia diretta (stabilendo essa un obbligo chiaro preciso ed incondizionato che non lascia alcuna residua discrezionalità al legislatore interno)²⁰ e non viola i cd. controlimiti.

¹⁶ Le decisioni (che sono fonti di diritto comunitario derivato) sono qualificate come atti di portata individuale (perché diretti a soggetti determinati, stati e singole persone fisiche o giuridiche che la stessa decisione identifica) ed a carattere obbligatorio in tutti i suoi elementi per i destinatari; la Corte di giustizia CE sostiene da tempo che esse, se indirizzate ad uno Stato membro, sono obbligatorie per tutti gli organi di questo, ivi compresi quelli giurisdizionali (cfr. sent. del 21.05.87, causa 249/85).

¹⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza del 24.01.89 n. 30; nel caso oggetto di tale pronuncia era stata impugnata dinanzi al giudice amministrativo una circolare con cui il Ministero dei trasporti aveva abrogato altre circolari attuative della legge n. 315/80, la quale prevedeva un'agevolazione creditizia giudicata aiuto di Stato, incompatibile con il mercato comune, dalla Commissione CE con decisione del 20.07.83.

¹⁸ Ovviamente, il Consiglio di Stato si riferisce esclusivamente alle direttive non aventi efficacia diretta: "...a differenza di quanto avviene per i regolamenti ed alcune direttive, che presentano completezza di contenuto dispositivo (self executing), l'obbligatorietà delle decisioni, che non hanno, a differenza dei regolamenti, portata generale assume la stessa forza che è propria delle direttive rivolte agli Stati e non aventi un contenuto astratto e ben delineato e quindi, come tale, direttamente non applicabile".

¹⁹ Affermano i giudici nella sentenza cit. che non può condividersi la tesi, "secondo cui, quando una decisione comunitaria è emanata ex art. 93 del Trattato CEE, il conflitto non sorgerebbe tra legge interna e la decisione comunitaria, bensì tra legge interna e norma del Trattato, con conseguente prevalenza della seconda e sua immediata applicabilità nell'ordinamento... neppure può venire in considerazione, nel caso esaminato, un problema di gerarchia tra le fonti posto che le decisioni comunitarie sono atti concreti e puntuali che, se pur vincolando lo Stato destinatario in merito a quanto deciso, non possono, tuttavia, proprio perché non contengono disposizioni generali ed astratte, trovare immediata applicazione sul piano diretto dell'ordinamento interno".

Infine, non costituisce un ostacolo a tale ricostruzione la previsione dell'art. 23 Cost., avendo la Corte costituzionale già affermato la possibilità che atti comunitari abbiano efficacia diretta anche in materie coperte da riserva di legge.²¹

Dunque, affermano i giudici, *“sulla base dei principi qui ribaditi ed esplicitati e delle considerazioni svolte, può affermarsi che la decisione della Commissione in esame è idonea - in assenza di ostacoli d'ordine costituzionale; ed in ragione delle caratteristiche sostanziali delle norme dalla stessa poste - a spiegare effetti diretti nell'ordinamento italiano, ... ed è immediatamente costitutiva di situazioni giuridiche soggettive tutelabili dinanzi al giudice italiano”*.

4. Efficacia diretta e riserva di legge

Le conclusioni cui arriva la Cassazione, che pur sembrano un ulteriore, inevitabile passo nel lungo cammino comunitario²², insinuano però il dubbio di una loro incompatibilità con alcuni principi costituzionali in materia tributaria.

Suscitano, innanzitutto, un interrogativo: come può una decisione, comunitaria ma sostanzialmente di natura amministrativa²³, modificare direttamente una norma tributaria, per di più una norma agevolativa, cioè una legge tributaria e speciale?

I giudici danno per acquisito che la riserva prevista dall'art. 23 Cost. non costituisca ostacolo al dispiegamento degli effetti diretti della decisione nell'ordinamento italiano ed argomentano *per relationem* citando due sentenze della Corte costituzionale, le nn. 183 del 1973 e 383 del 1998.

Con la prima è stata dichiarata non fondata, in riferimento all'art. 23 Cost., la questione di legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato CEE che permette l'emanazione di regolamenti contenenti imposizione di prestazioni patrimoniali perché *“ciò non importa deroga alla riserva di legge sancita dall'art. 23 della Costituzione”*.

Con la sentenza n. 383 cit., la Corte costituzionale, ha poi affermato, in relazione al contenuto degli artt. 33 e 34 Cost., che la riserva di legge può ritenersi osservata, oltre che dalla disciplina dettata con legge ordinaria o con atti aventi forza di legge

²⁰ Si veda, più in dettaglio, la nota 8.

²¹ I giudici richiamano le sentenze della Corte costituzionale nn. 183 del 1973 e 383 del 1998.

²² Verso la meta dell'accettazione della tesi dell'integrazione? È stato notato che le continue elaborazioni dottrinali e conclusioni giurisprudenziali hanno portato la questione del rapporto tra gli ordinamenti comunitario e nazionale in uno stallo non superabile allo stato attuale dell'integrazione politica: se il principio dualistico sembrerebbe ormai stato superato dagli eventi, il principio monistico ancora precorrerebbe i tempi perché descriverebbe un sistema federale al quale l'integrazione europea non è ancora approdata; v. G. COCCO, *Una convivenza voluta ma sofferta: il rapporto tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, pp. 643 ss.

²³ Le decisioni, ai sensi degli artt. 87 ss. TCE, sono prese dalla Commissione Ce in assenza di alcun contributo del Consiglio o del Parlamento europeo (tranne un improbabile quanto proibitivo potere di intervento del Consiglio all'unanimità previsto dal comma 2 dell'art. 88) e non sono sindacabili nel merito neanche dai giudici della Corte di giustizia CE. Il controllo della Corte si ferma, infatti, ai soli eventuali vizi procedurali e non entra nel merito delle decisioni; ciò è notato anche dai giudici nella sentenza in commento: *“il sindacato di legittimità del giudice comunitario - avente ad oggetto una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato - incontrando i limiti connessi alla esclusiva attribuzione ed alla discrezionalità che l'art. 87 conferisce alla Commissione, non può svolgersi sulle valutazioni discrezionali, anche di carattere economico, di quest'ultima, ma deve intendersi ristretto ai soli vizi di legittimità tipizzati nel tempo dalla giurisprudenza comunitaria (come, ad es., violazione delle norme di procedura o del dovere di motivazione; inesattezze nella ricostruzione dei fatti; errore manifesto di valutazione; sviamento di potere: cfr., tra le altre, CG, sent. 14 gennaio 1997, in causa C-169/95; Trib., sentt. 6 ottobre 1999, in causa T-110/97, e 26 febbraio 2002, in causa T-323/99)”*.

(decreti legge e decreti legislativi), anche da quella dettata da norme comunitarie dalle quali derivino obblighi per lo stato.

Tale ultima sentenza ha però affrontato il problema della riserva di legge solo sotto il profilo dei limiti all'azione amministrativa²⁴, sottolineando che l'attività normativa *sub* primaria del governo deve essere inserita in un contesto di scelte predeterminate che la delimitino; sotto questo profilo "*analogia funzione ... di delimitazione della discrezionalità dell'amministrazione deve essere riconosciuta alle norme comunitarie*" perché "*gli obiettivi (posti dalle direttive), obbligatori per lo Stato in forza dell'art. 189 del TCE, valgono per dettato legislativo, indipendentemente dalla loro forza cogente diretta, nei confronti dell'amministrazione, comportando che i suoi poteri ... siano esercitati secondo gli obblighi di risultato che la normativa comunitaria impone*"²⁵.

I giudici, in sintesi, hanno affermato che una direttiva, obbligando tutti gli organi dello Stato, può essere assimilata al vincolo cui è sottoposta, in materie coperte da riserva, l'Amministrazione, la quale non opera illegittimamente se la sua attività è comunque delimitata da scelte predeterminate da norme comunitarie (piuttosto che da leggi nazionali).

La sentenza n. 383 del 1998, dunque, non ha affrontato la questione dell'attitudine degli atti comunitari a modificare direttamente norme interne in materie coperte da riserva di legge; problema che invece è stato specificamente trattato nell'altra sentenza citata dalla Cassazione, la n. 183 del 1973²⁶, in cui la Corte costituzionale afferma che l'emanazione di regolamenti contenenti l'imposizione di prestazioni patrimoniali "*non importa deroga alla riserva di legge sancita dall'art. 23 Cost., poiché questa disposizione non è formalmente applicabile alle norme comunitarie, emanazione di una fonte di produzione autonoma, propria di un ordinamento distinto da quello interno. D'altra parte, anche sotto un profilo sostanziale, sembra ovvio osservare che quella storica garanzia non potrebbe dirsi violata, dal momento che i regolamenti comunitari debbono statutariamente corrispondere ai principi e criteri direttivi stabiliti dal Trattato istitutivo della Comunità*"²⁷.

Con questa motivazione, i giudici sembrano soffermarsi solo su uno dei tanti aspetti dell'art. 23 Cost., e cioè sulla garanzia che le norme soggette a riserva siano conformi ai principi costituzionali, essendo gli atti aventi forza di legge sottoposti al vaglio della Corte costituzionale; in questa ottica, l'efficacia diretta di norme comuni-

²⁴ In tale giudizio era stato sottoposto al vaglio dei giudici l'art. 17, comma 116°, della legge n. 127/97 che aveva attribuito al Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica il potere di determinare la limitazione degli accessi ai corsi di laurea universitari. Era stata posta questione di legittimità costituzionale perché la materia è coperta da riserva (art. 33 Cost.) e la disposizione censurata conferiva al Ministro il potere di determinare la limitazione degli accessi all'istruzione universitaria senza alcuna previa fissazione dei principi generali della disciplina. La Corte ha dichiarato infondata la questione perché le linee guida, pur non essendo state elaborate con la legge censurata, tuttavia erano state fissate da una serie di direttive comunitarie.

²⁵ Corte costituzionale, sentenza n. 383 cit., punto 4.3.

²⁶ Con questa storica sentenza la Corte costituzionale si pronunciava sulla legittimità dell'art. 2 della legge n. 1203/57 con cui si rendeva esecutivo in Italia l'art. 189 TCEE in base al quale la Commissione CEE è autorizzata ad emanare regolamenti obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli stati membri; tra i tanti dubbi di costituzionalità era sottoposto all'attenzione dei giudici il rilievo secondo cui "*mediante questi regolamenti possono essere imposte ai cittadini italiani prestazioni patrimoniali, in contrasto con la riserva di legge stabilita dall'art. 23 Cost.*" (sent. 183 cit., 3° considerato in diritto).

²⁷ Corte cost., sent. n. 183 del 1973, ultimo capoverso dell'8° considerato in diritto.

tarie in materia tributaria non dovrebbe porre problemi perché esse scaturiscono da Trattati che si fondano sugli stessi principi della nostra Carta costituzionale.

Ritornano però alla mente vecchi ma non dimenticati insegnamenti secondo cui l'art. 23 Cost. esprime una riserva di competenza oltre che di procedimento²⁸, essendo il testo della Costituzione esplicito nell'affermare che l'attività finanziaria dello stato deve essere determinata da scelte politiche e non tecniche²⁹; la riserva di competenza del Parlamento garantisce, infatti, che le decisioni in materia tributaria non siano determinate solamente dalla burocrazia³⁰ ma siano prese dalla maggioranza parlamentare, al cospetto delle minoranze, sulla base di valutazioni politiche³¹.

Allora, non si può omettere di chiedersi se un organo amministrativo – formato da commissari che tutelano un interesse particolare, avendo l'unica funzione dichiarata di custodire il mercato comune e controllare che niente e nessuno falsi, o minacci di falsare, la concorrenza³² – possa sostituirsi alle valutazioni politiche di un Parlamento che ha il potere/dovere di valutare la globalità degli interessi dello stato e di perseguire l'uguaglianza e la redistribuzione comandate dall'art. 3 Cost.

Forse, bisognerebbe verificare più approfonditamente se i risultati che la giurisprudenza interna continuamente raggiunge, sviluppando sempre più le tesi elaborate dalla Corte di giustizia CE, siano compatibili con i principi che ispirano la Costituzione in materia tributaria, con la riserva di legge (nei termini su delineati) e, soprattutto, con l'imperativo di fondo di ancorare le scelte finanziarie dello Stato all'obiettivo della redistribuzione e dell'uguaglianza sostanziale.

²⁸ G. ABBAMONTE, *Principi di diritto finanziario*, Liguori 1975, p. 107.

²⁹ G. ABBAMONTE, *op. cit.*, p. 116.

³⁰ A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico finanziario*, Jovene, 1999, pp. 23-24.

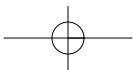
³¹ "...L'attività finanziaria dello stato è caratterizzata dall'ampiezza della sua motivazione politica che deve cogliere, in sede di determinazione del contenuto delle norme, la dimensione nazionale degli interessi coerentemente alla dimensione dell'istituzione statale e dei suoi compiti ... Le scelte per imporre certi tributi avranno una motivazione essenzialmente politica, perché tutta la gamma degli interessi nazionali è presente al soggetto che deve decidere: lo stato che organizza la nazione ... La motivazione politica risente della più ricca gamma di ragioni che possano spingere ad agire o a non agire: saranno esigenze economiche, sociali, tecniche, di stretta opportunità, di situazioni locali molto spesso di carattere comparativo tra varie esigenze che si intendono soddisfare; in ogni caso la motivazione politica che ispira un determinato atto è quella che conduce ad una scelta che tiene conto o che dovrebbe tener conto del maggior numero di elementi storico-economici" G. ABBAMONTE, *op. cit.*, pp. 11-12.

³² "Il ruolo della Commissione si ferma dove cominciano le decisioni politiche del Consiglio dei ministri e sempre di più verrà confinato al mercato unico; in qualche modo la Commissione è l'amministratore del mercato unico", R. DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Laterza 2001, p. 40.

SEZIONE III

DOCUMENTAZIONE

*Laws, administrative practice
and other official documents*



European Union – European Parliament – Committee on Economic and Monetary Affairs – Directorate-General for research – Working paper “Taxation in Europe: recent developments” – Economic affairs series – ECON 131, january 2003 (abstract)

Summary and Conclusions

Introduction

The European Parliament gave its opinion on future taxation policy in the EU in a resolution adopted in March 2002. The report welcomed a degree of tax competition, which was “*not at odds with the completion of the internal market*”, and which had not led to any noticeable “*race to the bottom*”. In addition, Parliament accepted that tax rates should generally remain the exclusive competence of Member States.

The report also, however, drew attention to a number of areas in which action at EU level was necessary:

- the removal of tax obstacles to the cross-border activities of European firms;
- rules preventing “*improper conduct*” in the context of tax competition;
- progress to the promised “definitive” VAT system, based on the origin principle;
 - an agreed system for taxing energy on the “*polluter pays*” principle; and
 - action to align the large number of bilateral tax agreements.

Corporate taxation

The report also commented on the recent Communication on Corporate Taxation, in which the Commission

proposed several approaches for providing companies with a consolidated tax base for their EU-wide activities:

- Home State Taxation (HST).
- An optional Common Consolidated Tax Base (CCTB).
- A European Company Tax.
- A compulsory, fully Harmonised Tax Base.

In order to discuss these proposals, the Commission organised a conference in Brussels on 29 April 2002, which agreed that companies operating in more than one country should be taxed on the basis of a consolidated tax base. For smaller companies (SMEs), the preference was for HST; for larger, CCTB. The Commission announced that it was working on a pilot project covering SMEs and companies using the European Company Statute (*Societas Europaeae*). The project could initially be implemented in a restricted number of Member States which were favourable to the proposals.

One awkward finding of the Commission study was that if overall nominal tax rates were kept constant, a common tax base would tend to *increase* rather than reduce the dispersion in effective tax rates. Nominal rates were the most relevant tax driver affecting competi-

tiveness, incentives to locate and financing decisions. Yet there was little support at the conference for the harmonisation of rates, or even a minimum rate.

The Commission study, however, was based on data from 1999. Since then most Member States have carried out significant tax reforms. Most have reduced statutory corporate tax rates, simultaneously broadening the corporate tax base, mainly through less generous depreciation allowances. As a result, corporate tax rates have converged over the last few years. The EU average corporate tax rate has fallen from 32.42% in 1999 to 29.32% in 2002, and dispersion has decreased by over 10%.

Two qualifying observations are nevertheless necessary.

The way in which corporate tax systems develop in the future may depend to a considerable extent upon international developments. The ability of multi-national companies, in particular, to shift profits between jurisdictions argues for some general agreement on apportionment.

The direction of recent tax reforms – a reduction of nominal rates combined with a broadening of the tax base – is not necessarily economically optimum. There are strong arguments for a system which exempts new capital formation from taxation.

Taxation in the candidate countries

In the last few years, most of the candidate countries have carried out significant tax reforms in order to comply with the main criteria for joining the EU. Nevertheless, on a number of specific technical issues they are not yet completely aligned with the *acquis*. The majority of countries have requested transitional measures.

There are currently wide differences between EU Member States and the candidate countries in every specific element of their tax systems, particularly in the cases of Personal Income Tax and Corporate Tax.

Personal Income Tax is applied at central government level in most candidate countries. In some cases these taxes are supplemented with one or several local taxes, though in the majority of countries personal income taxes at subordinate levels of government are either non-existent or relatively unimportant in terms of yield. Although Personal Income Tax rates at Central Government level are progressive in most candidate countries, Estonia, Latvia and Lithuania apply a flat rate. The maximum number of brackets is 6 and the average is approximately 3 brackets. The first positive rate is at its highest level in Lithuania (33%), and the lowest in the Slovak Republic (10%). The average minimum rate is 19.5%. Top marginal rates of Personal Income Tax levied by central government range from 25% in Latvia to 50% in Slovenia. The average maximum rate is 36.7%. Most candidate countries apply tax allowances; tax credits are applied only in Hungary and Turkey. Poland applies both kinds of tax relief. The most generalised method of giving relief is allowances for actual costs of certain work-related expenses and a standard non-taxable amount.

The many differences in Personal Income Tax between candidate countries and EU Member States are unlikely, however, to cause any distortions of competition in the labour market, nor in choice of workplace, except in the case of frontier workers.

In the field of **corporate taxation**, the rates in candidate countries are lower

than those applied by EU Member States. The average EU corporate tax rate is 29.3%, while the average corporate tax rate of the thirteen candidate countries, at 25.5%, is almost four percentage points lower. After a pending tax reform in Cyprus, which will come into force in January 2003 and when the rate will be reduced from 25% to 10%, the overall average will be even lower, at 24.4%.

There are also wide differences between EU Member States and candidate countries in every specific element of the corporate tax base.

One of the most important elements of the tax base is *allowance for depreciation*. While most EU countries apply the straight line method for buildings, and the option of straight line method or declining balance for machinery, most candidate countries only allow straight line for both: machinery and buildings, and only in some cases (e.g. Poland, Latvia, Malta) apply declining balance. Rates of depreciation also vary widely.

Some EU Member States allow a company to carry the amount of *trading losses* forward for a limited period (from 5 to 10 years); but for most countries the period is unlimited. Some countries allow the carrying back of trading losses (although most of them with certain limitations). Candidate countries allow the carrying forward for a period of no more of 5 years in most cases, with only Malta allowing an unlimited period. No candidate country allows the carrying back of trading losses.

In the *treatment of inventories*, there are also some differences, although an important number of candidate countries do not have specific rules, and usually apply generally accepted accounting principles. The main difference with EU Member States is that, while in EU countries the

LIFO method (last input, first output) is allowed in most cases, in candidate countries only Slovenia applies this method.

These significant differences between Member States and candidate countries in the field of corporate taxation could add new problems to the process of tax co-ordination. In particular:

The Commission's new strategy on the corporate tax base will probably be more difficult to implement.

There will be a renewed downward pressure on tax rates. As far as **Value Added Tax** is concerned, the majority of candidate countries have a regime similar to that of the EU – the average standard VAT rate in the thirteen candidate countries, at 19.1%, is only 0.2 points below the EU average. The standard rate of VAT in all but one candidate country is also above the EU statutory minimum rate of 15%. The exception is Cyprus; but here the standard rate will rise to 15% in 2003. The highest standard rate is 25% (Hungary). Most countries also apply one or two reduced rates, which range from the 12% applied in Hungary to the 1% applied on some products in Turkey, or the 3% applied in Poland. One country, Turkey, applies a higher rate for luxury goods. In the field of **excise duties**, the main problems will arise in the case of tobacco duties, where rates are generally lower than currently in the EU. Recent experience within the EU itself, moreover, shows that there is strong resistance to the harmonisation of rates, but also a serious problem of smuggling from low to high tax jurisdictions.

One general consequence of enlargement will be **the increased difficulty of legislating on taxation**, since unanimity is generally required in Council. Therefore either:

- the Treaty should be changed to allow the use of weighted majority voting in certain areas of taxation, as suggested by the European Parliament (for example, on mutual assistance between tax authorities); or

- greater use should be made of “enhanced co-operation”, which allows a subgroup of Member States to proceed with a policy opposed by a blocking minority.

The Taxation of Savings Income

Following the inter-governmental agreement at Santa Maria de Feira in June 2000, a revised Commission proposal on the taxation of savings income was published in the following year, based on the exchange of information system. Its final adoption, however, was conditional upon “*equivalent measures*” being introduced by a number of non-EU countries, notably Switzerland and the United States. Switzerland, although willing to introduce a withholding tax and to provide information on request in the case of tax fraud, would not agree to the automatic exchange of information, considering its bank secrecy laws “*non-negotiable*”.

Austria, Belgium and Luxembourg did not consider the Swiss proposals “*equivalent*”.

Although the end-2002 deadline for adopting the Monti package – of which the taxation of savings measure formed a key element – was missed, ECOFIN reached a political agreement on 21 January 2003. Subject to the conclusion of formal agreements with Switzerland, Liechtenstein, Monaco, Andorra and San Marino, these countries together with Austria, Belgium and Luxembourg would introduce withholding taxes on interest paid to non residents from the beginning of 2004. The initial rate would be 15%, rising to 20% from the

beginning of 2007 and 35% from the beginning of 2010. Other EU Member States would implement an automatic exchange of information system. This system would only come into effect throughout the EU if third countries, including Switzerland and the US, agreed to implement information exchange on request, as defined in the OECD agreement on the exchange of information on tax matters.

Any move to a full information exchange system would, however, require a unanimous vote in Council. Until then, the agreement in effect implies a return to the originally-proposed “*coexistence model*”.

The Taxation of Energy

In 1997 the Commission proposed extending the existing system for excise duties on mineral oils by applying it to all energy products. Despite intensive discussions, however, no agreement on the proposal has so far been found.

The Commission has now made a new proposal on the taxation of diesel fuel, which would immediately raise the minimum rate of duty, and phase in a harmonised rate – estimated at €10 per 1000 litres – by 2010. The measures would end the distortion of the transport market caused by the existing large disparity in rates; and also produce an environmental gain as a result of reduced fuel consumption and an end to tax-induced journeys.

The UK would be required to reduce its rate of duty; other Member States would need to increase it.

The Taxation of Motor Vehicles

Motor vehicles are currently taxed in a number of ways:

- taxes on the purchase and/or registration of the vehicle;

- taxes on the possession or ownership of the vehicle (e.g. the *vignette*);
- taxes on the use of the vehicle (e.g. fuel duties, tolls, road-use charges, etc.)

The diversity of national systems means that there is no true single market for motor vehicles, either new or second hand.

In September 2002 the Commission therefore published a comprehensive strategy for the taxation of passenger cars. This would involve:

- the gradual abolition of registration taxes;
- meanwhile, a registration tax refund system for cars moved permanently between Member States;
- a switch to taxes on the use of vehicles, based on CO₂ emissions.

The Taxation of Alcoholic Drinks

Article 93 of the Treaty requires measures to harmonise excise duties where this is *necessary to ensure the establishment and functioning of the Internal Market*. Despite a number of attempts by the Commission, however, no agreement has been reached on the taxation of alcoholic beverages since the “*Luxembourg agreement*” of 1992 on minimum rates. The rate for wine was then fixed at 0%.

Disparities between Member States’ rates, however, have given rise to substantial movements of products across certain borders, both legal (for own use) and illegal (for resale). The levels of tax on different products also vary. Two issues have therefore arisen:

- whether rates of duty on alcoholic drinks as a whole in the different Member States should be brought closer together; and
- whether the rates on the different products should be brought closer together, on the grounds that all alcoholic

drinks are to some extent competing products.

A report on competition between alcoholic drinks was published by the Commission in February 2001. This found that competition between products was in fact weak; but that the minimum rates fixed in 1992 now required updating. So far, however, the Commission has not been able to agree on a new proposal, the introduction of a positive minimum rate on wine being the main bone of contention.

The OECD and Tax Havens

In 2000, the OECD’s Forum on Harmful Tax Practices identified 47 possible tax havens outside the OECD Member States themselves. These were given a deadline of 28 February 2002 to commit themselves to co-operation with the OECD.

In April 2002 the resulting updated black list of “*Uncooperative Tax Havens*” was published.

It contained only seven jurisdictions: Andorra, Liechtenstein, Liberia, Monaco, the Marshall Islands, Nauru and Vanuatu. Two OECD Member States, Luxembourg and Switzerland, have also consistently abstained on the OECD actions.

The non-OECD territories now have until the end of 2005 to abolish the practices identified as harmful. A model tax agreement has been drawn up, providing for bilateral or multilateral instruments. It has also been made clear that the blacklist is “*dynamic*”: i.e. that jurisdictions which fail to live up their commitments will be placed back on the list, and that sanctions may be taken against them.

Meanwhile, major tax reforms have also been taking place in territories associated with, or dependent on, EU Mem-

ber States: notably the Dutch Antilles, the Isle of Man and Gibraltar.

Taxation in the United States

In 2001 the US government initiated a process of major tax reforms. The “*Economic Growth and Tax Relief Reconciliation Act of 2001*”, provided significant tax cuts, the largest since 1981. After the terrorist attacks of September 11th, the US government also proposed new measures to provide tax incentives for economic recovery. In December 2001, the House of Representatives passed the “*Economic Security and Worker Assistance Act of 2001*”, which included most of these provisions. At the beginning of 2003 President Bush announced a new tax package, bringing forward tax reductions already announced, and abolishing completely the double taxation of stock dividends.

A number of high-profile American companies have recently renounced their corporate citizenship in favour of relocating off-shore – for example, in Bermuda – to avoid US taxes.

This has prompted a series of proposals designed to prevent US-generated income being transferred off-shore. In July 2002 the US Committee on Ways and Means also developed a comprehensive package of tax reforms designed to improve the international competitiveness of the United States and its companies.

The US corporate tax system has, however, brought it into conflict with the EU. In August 2001 the World Trade Organisation found that that both the

Foreign Sales Corporation and Extraterritorial Income tax structures constituted illegal export subsidies. This is only the latest round in a dispute going back to the US Domestic International Sales Corporation (DISC) scheme, which was declared illegal by GATT in 1981.

The “*American Competitiveness and Corporate Accountability Act*” of 2002 is aimed at complying with the WTO decisions; encouraging companies to remain in the United States; and increasing the competitiveness of US companies in general.

Introduction: Parliament’s View

The European Parliament’s most recent resolution on general tax policy within the EU was adopted in March 2002¹. As the *rapporteur* for Parliament’s Economic and Monetary Affairs Committee, Benedetto Della Vedova, observed when introducing the debate, the Committee’s report was, in particular, reacting to two Commission communications of 2001:

on future priorities in general tax policy²; and

on providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities³.

It also commented on the earlier Commission “*strategy to improve the operation of the VAT system*”⁴.

All three of these Commission documents are summarised in the previous study in this series, *Tax Co-ordination in the EU: the latest position* (ECON 128, March 2002).

¹ [http://www3.europarl.europa.eu/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=P5_TA\(20020314\)0125en.pdf](http://www3.europarl.europa.eu/omk/omnsapir.so/calendar?APP=PDF&TYPE=PV2&FILE=P5_TA(20020314)0125en.pdf) &LANGUE=EN.

² Tax policy in the European Union - Priorities for the years ahead, COM(2001)260, May 2001.

³ 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, October 2001.

⁴ Strategy to Improve the Operation of the VAT System within the Context of the Internal Market, COM(2000)348, June 2000.

The Della Vedova report, however, also dealt with the more general issue of **tax competition versus tax harmonisation or co-ordination**. Though there had been competition between tax systems, observed the *rappporteur*, “*there is no sign of any ‘race to the bottom’*”. Tax receipts within the EU had risen steadily over the last 30 years, from 34.4% of GDP in 1970 to 45.5% in 2000. Nor had there been evidence of a trade-off between tax pressure on labour and that on capital⁵. There had, however, been a correlation between “*excessively high taxes and lack of economic growth*”.

The resolution therefore stressed that “*tax competition is not at odds with the completion of the internal market*”. It might “*in itself be an effective instrument for reducing a high level of taxation*”; and could help in attaining such objectives as a reduction in administrative burdens, increased competitiveness and modernisation of the European social model.

The report also dealt with the related issue of **how far action concerning taxation should be decided at EU level**. In principle, it stressed that “*the subsidiarity principle should guide EU taxation policy*” and that “*decisions on levels of tax must remain within the exclusive competence of the Member States*”. Where action at EU level was undertaken, “*the principle of unanimity should be retained whenever tax bases or rates of taxation are at issue...*”. Nevertheless, the report also drew attention to a number of **areas in which action at EU level was necessary**. In particular:

Increased efforts were needed “*to remove discrimination, double taxation and administrative barriers*”. There was “*an urgent need for the Commission to tackle the*

main tax obstacles to cross-border activity by European firms”, which meant action on the fiscal treatment of intra-group transfer pricing, cross-border loss relief and crossborder flows of income between associated companies.

Tax competition had to take place “*in the context of rules preventing improper conduct*”. This implied support for a number of Commission initiatives. The tax package proposed by former tax Commissioner Mario Monti should be implemented as quickly as possible, and “*especially the removal of those rules which discriminate between residents and non residents or leave loopholes for fraud and are thus incompatible with a single market*”. Likewise, there should be support for the initiatives taken within the OECD to restrict “*the distortions produced by tax havens*”.

Progress towards a “*definitive VAT system which will apply, in full, the country-of-origin principle*” should be a priority, since there was a danger that “*the current system, which was originally a transitional one, is increasingly becoming definitive*”. Measures to improve the current system were nevertheless welcome.

The Council should adopt the framework directive on the taxation of energy products “*without delay*”. The “*polluter pays*” principle should be applied more widely.

“*A multilateral tax agreement for the EU*”, based on the OECD model tax agreement, should be framed to “*overcome the problems faced by companies and tax administrations in the light of the existence of over 100 very different bilateral tax agreements...*”.

The report also supported a limited extension of qualified majority voting in

⁵ See later in this study under “The Taxation of Savings Income. Distortions of tax systems”.

Council“ *for decisions concerning mutual assistance and co-operation between tax authorities*”. In any case, “*Parliament should be given co-decision powers in the taxation area*”.

Company Taxation

The subject of a consolidated tax base for companies operating within the European Union is covered fully in Section I of this study. In particular, the Section analyses the results of the European Conference on Company Taxation, held in Brussels on 29-30 April 2002, at which representatives from business, governments and academia were able to comment on the new Commission strategy. The views of the Parliament, based on the Della Vedova report, were outlined at the conference by the *rapporteur* himself. They broadly supported the Commission’s objectives.

“*[W]ith a view to reducing the legal costs of complying with 15 different tax systems and reconciling their existence with the internal market, it ought to be possible for EU companies with Community-wide operations – including those which in future are constituted as European Companies – to have a consolidated corporate tax base, or one calculated on the basis of a single set of rules, as well as a mechanism for distributing the consolidated tax base across the various Member States.*”

Of the alternatives under consideration, Parliament was “*interested in the idea of Home State Taxation, perhaps as an intermediate stage in moving towards a common tax base*”, understood as “*new harmonised EU rules, existing in parallel to national rules, available to European companies as an optional scheme.*”

Parliament’s report clearly implied that the desirability of such extensive reforms did not make any less urgent those measures to remove the particular obstacles to cross-border activity already noted. There is nevertheless some danger of “*the best being the enemy of the good*”: i.e. that efforts to agree on an overall solution in terms of a consolidated corporate tax base will weaken efforts to arrive at more piecemeal solutions. This problem is added to the most politically contentious issue: whether it is desirable or possible to align Member States’ *corporate tax base* without some alignment of *corporate tax rates*.

Some current EU taxation issues

Two other priorities of Parliament’s report are also covered more extensively in Sections III and IV of this study: the long debate over the **taxation of interest**; and the Commission’s proposals on **energy taxation**, including the most recent concerning excise duties on petrol and diesel fuel⁶. Section IV also covers two issues not directly raised in the Della Vedova Report:

- The **taxation of passenger cars** on which the Commission has recently published a Communication⁷. This outlines a number of *options for action at national and Community levels*, based on a study published in 1997⁸.

- The level of **excise duties on alcoholic beverages**, on which the Commission has promised – but has so far not published – a new draft Directive. A key issue is whether the minimum rate of excise of wine should be increased from the current level of zero. On this second mat-

⁶ Proposal for a Council Directive [...]to introduce special tax arrangements for diesel fuel used for commercial purposes and to align the excise duties on petrol and diesel fuel, COM(2002)410 of 24.7.2002.

⁷ *Taxation of Passenger Cars in the European Union*, COM(2002)431 of 06.09.2002.

⁸ *Vehicle Taxation in the European Union*, XXI/306/98 of 8 September 1997.

ter, Parliament has over the years taken varying positions. In 1992 it called for all alcoholic beverages to be taxed at rates *proportional to the alcoholic strength*; but in 1997 advocated only that there should be no distortion of competition between different alcoholic beverages. In 2002, Della Vedova reported that Parliament “*does not agree with the Commission’s policy with regard to duties on tobacco and alcoholic products, particularly with regard to upwards harmonisation through the constant raising of minimum taxation levels.*”

Parliament, however, has only consultative powers in this field. In 2002 the Council was able to overrule the parliamentary rejection⁹ of the Commission’s proposal on tobacco excises.

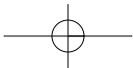
The Candidate Countries and the International Dimension

Finally, this study looks at two subjects which go beyond the EU’s internal tax policies.

Section II examines the tax systems of the thirteen countries of Eastern and Central Europe and of the Mediterranean which are current candidates to become Member States of the European Union. Enlargement to include a number of these will probably take place in 2004; and is likely to have an important impact, particularly in the field of indirect taxation.

The last two Sections, nos. V and VI, cover recent developments at the international level. They update the survey, contained in *Tax Co-ordination in the EU: the latest position*, of measures within the context of the OECD to end “harmful tax competition” from both European and world-wide tax havens. Finally, recent developments in the corporate tax system of the United States are described, together with the implications of these for the European Union, and current EU/US disputes.

⁹ See reports for the Committee on Economic and Monetary Affairs – Rapporteur: Giorgos Katiforis – on the proposal for a Council directive amending Directive 92/79/EEC, Directive 92/80/EEC and Directive 95/59/EC as regards the structure and rates of excise duty applied on manufactured tobacco products (COM(2001), A5-0352/2001 of 16.10.2001; and A5-0016/2002 of 23.01.2002.



The European Parliament's point of view on the state of the taxation in Europe*

Pietro Selicato

With its document released in January 2003 (here published the chapters “*Summary and conclusions*” and “*Introduction: Parliament's view*”)¹, the Committee on Economic and Monetary Affairs of the European Parliament gives a complete recognition on the situation of the taxation in Europe and on the perspectives of the European Commission in this subject.

The document gives, first of all, an updating on the themes already analysed in former studies², like: the company taxation; the taxation of the energy; the continuing negotiations on the taxation of interests; the taxation of the motor vehicle; the new possible proposals on taxation of alcoholic drinks; the Oecd action against tax havens.

In comparison with precedent studies, the 2003 document contains two new sections: the first dedicated to a detailed analysis of the main taxes levied by the thirteen EU candidate Countries and an exam of the fiscal problems connected to the enlargement; the second dedicated to the analysis of the company tax reform approved in 2001 in the United States of America and of the EU/US disputes about the U.S. “*Foreign Sales Corporations Replacement Extraterritorial Income Exclusions Act*”.

The interest for the document ECON 131 (2003) springs from the fact that the Parliament gives its official position in order to the said themes and examine the results reached from the Commission's work and the perspectives for the future. From this specific point of view, the analysis is more relevant after the recent definition of the Commission's strategy³.

This is particularly relevant and also of notable actuality in the matter of company taxation, since the Commission is strongly involved in this field⁴, also in the present, and is still considering actual the need to adapt company taxation in the EU⁵.

* Translated in English by the author.

¹ The whole document is available on the site europa.eu.int.

² See documents ECON 105 (October 1998), ECON 125 (January 2001) and ECON 128 (March 2002), of the same Economic Affairs Series.

³ COM(2003)726 dated 24 November 2003, *An internal market without company tax obstacles – achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*.

⁴ See COMMISSION, SEC(2001)1681, *Company taxation in the internal market*, and COM(2001)582 dated 23 October 2001, *Towards an internal market without tax obstacles – A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*. See also COM(2001)260 dated 23 May 2001, *Tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead*.

⁵ COM(2003)726, par. 2, where it is stated that “*economic operators are still hindered by tax arrangements from exploiting the full benefits of the internal market*”.

About this matter, the Parliament questions if it is desirable or possible to align Member States' *company tax base* without some alignment of *corporate tax rate*.

Really, the statement made from the Parliament about the demand to reach a certain harmonization in the corporate tax rates level of the EU Member States is not so evident in the documents of the Commission, which, on the contrary, always underlines that the fiscal sovereignty in the subject of the direct taxation remains in the power of the single Member States, in respect to the principle of subsidiarity⁶.

In the common opinion, such principle, that has been considered as a "competence distribution" among, from one hand, the EU authority and, from the other hand, the Member States in an "objective and automatic" way⁷, involves, in the fiscal subject, the obligation of the Member States to respect the EC Treaty rules, that, anyway don't limit directly their fiscal sovereignty. In fact, the principles applied in the rulings of the European Court of Justice to limit the fiscal sovereignty of the Member States are substantially two: the principle of non discrimination and the prohibition of restrictions of the fundamental freedoms⁸. It is only in this limits that exists a "sovereignty loss" of the Member States caused from the jurisprudence of the Court⁹.

Anyway, in the opinion of the EU Parliament, the differences in company tax rates initially underlined by the Commission¹⁰ are strongly reduced following spontaneous reforms of the tax systems of many Member States¹¹ and are still reducing in the next years, for reasons of fiscal competition more than a deliberate coordination. Yet, the Parliament thinks that to combat the fiscal competition among the EU Member States even the introduction of an EU minimum corporate income tax rate¹² (to be necessarily deliberated with the unanimity vote) is not enough to solve the indicated problems because it would push the multinational enterprises to seek more favourable tax planning solutions shifting their profits in non-Member States' fiscal jurisdictions with lower tax rates.

Therefore, the Parliament concludes that the problem of the corporate income tax rates has to be faced in a world-wide way, with an EU-wide application of formula

⁶ COM(2001)260. Anyway, in COM(2003)726 is stated that the unanimity rule "should not be treated as an excuse for failing to address the obstacles that the lack of a common tax base creates".

⁷ A. TIZZANO, *L'applicazione "decentrata" degli art. 85 e 86 Ce in Italia*, in Foro it., 1997, IV, 33, spec. 36-37. A. FRASCHINI, *Subsidiarity*, in Riv. dir. fin. Sc. Fin., 2001, I, 55, thinks that the definition of subsidiarity stated in the EC Treaty is too wide.

⁸ F. TESAURO, *L'impatto della recente giurisprudenza della CGCE sul Mercato interno e sulle misure finalizzate a preservare il gettito fiscale nell'ambito dei sistemi di tassazione delle imprese negli Stati Membri*, paper at the meeting about *Riforma della tassazione societaria nell'UE: sviluppi e nuove sfide*, Ostia, 5-6 dicembre 2003.

⁹ H. HAMAËCKERS, *Taxation trends in Europe*, in Asia-Pacific tax bull., Febr. 2003, 42.

¹⁰ See COM(2001)582, par. 3, where it is recalled that "the level of taxation in this area is, however, a matter for Member States to decide", but it is also pointed out that "the Commission will carefully monitor the trend of the effective level of corporate taxation in the EU in order to understand the dynamic effects of the reforms in progress".

¹¹ In the long period (1990-1999) the same trend is underlined by M. VILLANI, *Analisi dell'evoluzione delle strutture tributarie dei Paesi dell'Unione Europea negli anni novanta*, in this number.

¹² The solution of an EU minimum corporate income tax rate is supported by S. GIANNINI, *L'evoluzione dei sistemi di imposizione societaria nei paesi dell'Unione Europea e le prospettive di coordinamento comunitarie*, relazione al meeting ANTI on *La presidenza italiana della Confédération Fiscale Européenne e la fiscalità delle imprese nell'ambito comunitario*, Roma, 17 dicembre 2003.

apportionment or unitary taxation, currently applied in U.S.A. for firms operating in several States.

In the harmonization of the EU corporate tax base, the Parliament, broadly supporting the work of the Commission, gives adhesion to the introduction in the short period of a system of Home State Taxation (HST)¹³ to apply as an optional regime to the incomes of the EU groups of companies. HST is an unitary system of taxation of the EU groups of companies based on the determination of the whole tax base of the group according to the rules of the State of the parent company. The total income is proportionally shared out among the different subjects of the group (parent, branches and subsidiaries) located in the single Member States and taxed according to the respective national laws.

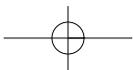
Only subsequently and for the enterprises of bigger dimensions it should be introduced an optional system of Common Consolidated Tax base (CCBT): in this case also the tax base is unitary but, otherwise from the HST, the determination's rules have to be fixed at the European level and have to be the same for all the EU Member States¹⁴.

Finally, the Parliament's Report, otherwise from the communications of the Commission (that on this point gives only a few and generic comments), contains a wide analysis of the existing situation in the thirteen candidate Countries and points out that the more relevant differences in comparison with the fiscal regimes of the Member States are allocated in the income taxation both of the natural persons and the companies, clearly underlining¹⁵ that especially in the latter (both for the differences in tax rates and for the differences in the tax bases) would add new problems to the process of tax co-ordination, in particular for the Commission's new strategy for the corporate tax base, and will encounter additional complexities in addition to the institutional difficulties created by enlargement.

¹³ On which see S.O. LODIN & M. GAMMIE, *Home State Taxation, Tax Treaty Aspects* (IBFD, 2001) and also D. STEVANATO, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato "mondiale"*, in *Rass. trib.*, 2003, 1248.

¹⁴ About this system, Parliament's report points out that "the most frequently-raised objection to this opinion were that it involved the creation of a sixteenth tax base, in addition to the existing fifteen national codes".

¹⁵ ECON 131, p. 59.



Il Parlamento Europeo esprime il suo punto di vista sullo stato della fiscalità in Europa

Pietro Selicato

Con il suo documento del gennaio 2003 di cui si pubblicano i capitoli “*Summary and conclusions*” e “*Introduction: Parliament’s view*”¹, il Comitato Affari Economici e Monetari del Parlamento Europeo compie una completa ricognizione sulla situazione della fiscalità in Europa e sulle prospettive di riforma emergenti dalle iniziative della Commissione Europea in questa materia.

Il documento fornisce in primo luogo un aggiornamento sulle tematiche che hanno già formato oggetto di precedenti analisi², quali: la tassazione delle società; la tassazione dell’energia; i progressi nelle trattative in materia di tassazione degli interessi; la tassazione dei veicoli a motore; le possibili nuove forme di tassazione delle bevande alcoliche; l’azione dell’Ocse in materia di contrasto ai paradisi fiscali.

Inoltre, rispetto agli studi precedenti, il documento del 2003 contiene due nuove sezioni: la prima dedicata ad una dettagliata analisi delle principali imposte applicate dai tredici Stati che si accingono ad aderire all’Unione e ad un esame dei problemi fiscali collegati all’allargamento; la seconda dedicata ad un esame della recente riforma dell’imposizione sulle società approvata dagli Stati Uniti d’America e delle dispute tra Europa e U.S.A. sulla normativa statunitense in materia di agevolazioni fiscali sui redditi delle esportazioni delle imprese residenti (“*Foreign Sales Corporations Replacement and Extraterritorial Income Exclusions Act*”).

L’interesse per l’esame del documento qui riportato scaturisce dal fatto che il Parlamento esprime ufficialmente la sua posizione in ordine ai temi trattati esaminando i risultati raggiunti dalla Commissione e le prospettive da questa formulate circa i possibili sviluppi futuri. Da questo specifico punto di vista, l’esame è ancor più rilevante alla luce della recente definizione delle strategie della Commissione³.

Sul punto della tassazione delle società, l’analisi fatta dal Parlamento è di particolare rilievo, oltre che di notevole attualità, poiché opera un raffronto con i lavori della Commissione, che in questo campo è da tempo impegnata⁴ ed è tornata anche

¹ Il testo integrale è reperibile sul sito *europa.eu.int*.

² Si tratta dei documenti ECON 105 dell’ottobre 1998, ECON 125 del gennaio 2001 e ECON 128 del marzo 2002, della stessa *Economic Affairs Series*.

³ Con la recentissima comunicazione COM(2003)726 del 24.11.2003, *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere*.

⁴ V. in proposito lo studio della commissione sulla *Tassazione delle società nel mercato interno*, SEC(2001)1681, nonché la successiva comunicazione COM(2001)582 del 23 ottobre 2001, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali – Strategia per l’introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società*. Va anche ricordata la comunicazione COM(2001)260 del 23 maggio 2001, *La politica fiscale dell’Unione europea - Priorità per gli anni a venire*.

in epoca molto recente per confermare la necessità di modificare il sistema di tassazione dei redditi delle Società in ambito UE⁵.

Il Parlamento si interroga se è auspicabile o possibile allineare *la base imponibile delle società* negli Stati membri senza un minimo allineamento delle relative *aliquote d'imposta*.

A ben vedere, l'affermazione del Parlamento circa l'esigenza di raggiungere un certo livello di armonizzazione delle aliquote dell'imposizione diretta sulle società non è così evidente nei documenti predisposti dalla Commissione, la quale, anzi, si preoccupa sempre di sottolineare che la sovranità fiscale nella materia delle imposte dirette resta appannaggio dei singoli Stati membri, in ossequio al principio di sussidiarietà⁶.

Secondo l'opinione comune, tale principio, che pure va considerato come un "*riparto di competenze*" tra autorità comunitarie e istanze nazionali operante in modo "*oggettivo e automatico*" e senza, quindi, che occorra alcuna "*concessione*" da una parte e dall'altra⁷, comporta, nella materia fiscale, l'obbligo degli Stati membri di rispettare le norme del Trattato, che, tuttavia, non limitano direttamente la loro sovranità fiscale. Infatti, le regole del Trattato fino ad oggi applicate dalla Corte di giustizia per limitare la sovranità fiscale degli Stati membri sono sostanzialmente due: il principio di non discriminazione e il divieto di restrizione delle libertà fondamentali⁸. È solo in questo ambito che si può parlare di una "*perdita di sovranità*" degli Stati membri causata dalla giurisprudenza della Corte⁹.

Resta il fatto che, secondo il Parlamento, le differenze nei livelli reali di tassazione delle società nei diversi Stati membri inizialmente evidenziate dalla Commissione¹⁰ sono fortemente diminuite a seguito di spontanei interventi di riforma che hanno ridotto le aliquote nominali¹¹ e sono destinate a diminuire ulteriormente, più per ragioni di competizione fiscale che di coordinamento deliberato. Tuttavia, il Parlamento reputa inefficace al fine di contrastare la concorrenza fiscale tra gli Stati membri anche l'introduzione (da deliberare necessariamente con il voto all'unanimità) di un'aliquota minima dell'imposta sui

⁵ Comunicazione COM(2003)726, punto 2, ove si evidenzia che le diversità dei regimi fiscali degli Stati Membri "*continuano ad impedire agli operatori economici di profittare appieno dei vantaggi offerti dal mercato interno*".

⁶ Così COM(2001)260. Tuttavia, in COM(2003)726 si evidenzia che la regola dell'unanimità "*non dovrebbe servire come scusa per evitare di affrontare gli ostacoli creati dalla non esistenza di una base imponibile comune*".

⁷ A. TIZZANO, *L'applicazione "decentrata" degli art. 85 e 86 Ce in Italia*, in Foro it., 1997, IV, 33, spec. 36-37, esprime l'idea che la sussidiarietà vada intesa come "*riparto*" di competenze e non come una "*delega*" poiché nei casi indicati dall'art. 5, par. 2, del Trattato non esiste alcun potere degli Stati di inibire l'azione comunitaria. A. FRASCHINI, *Subsidiarity*, in Riv. dir. fin., 2001, I, 55, esprime però l'idea che la definizione di sussidiarietà fornita dal Trattato sia troppo vaga.

⁸ F. TESAURO, *L'impatto della recente giurisprudenza della CGCE sul Mercato interno e sulle misure finalizzate a preservare il gettito fiscale nell'ambito dei sistemi di tassazione delle imprese negli Stati Membri*, relazione al Convegno su *Riforma della tassazione societaria nell'UE: sviluppi e nuove sfide*, Ostia, 5-6 dicembre 2003.

⁹ H. HAMAECKERS, *Taxation trends in Europe*, in Asia-Pacific tax bull., Febr. 2003, 42.

¹⁰ V. COM(2001)582, par. 3, ove si precisa che, pur spettando agli Stati membri decidere del livello di imposizione in tale settore, "*la Commissione sorveglierà tuttavia attentamente l'andamento dei livelli effettivi dell'imposizione sulle società negli Stati membri, per comprendere gli effetti dinamici delle riforme in corso*".

¹¹ Nel lungo periodo, rileva la medesima tendenza anche M. VILLANI, *Analisi dell'evoluzione delle strutture tributarie dei Paesi dell'Unione Europea negli anni novanta*, in questo stesso fascicolo.

redditi delle società in Europa¹², in quanto spingerebbe le imprese multinazionali a ricercare giurisdizioni fiscali più favorevoli all'esterno dell'Unione.

Pertanto, conclude il Parlamento, il problema delle aliquote deve essere affrontato in un ambito più ampio di quello europeo applicando sistemi di ripartizione delle basi imponibili simili a quello denominato “*formula apportionment*” (o “*unitary taxation*”), utilizzato negli U.S.A. per ripartire le basi imponibili di imprese che operano in Stati diversi.

Sul punto della armonizzazione delle basi imponibili delle società, il Parlamento, supportando ampiamente il lavoro della Commissione, ribadisce la sua adesione all'introduzione nel breve periodo di un sistema di *Home State Taxation (HST)*¹³ da applicare come regime opzionale ai redditi dei gruppi di imprese comunitari. Si tratta di un sistema unitario di tassazione dei gruppi di società stabiliti nella Comunità europea fondato sulla determinazione della base imponibile complessiva in capo alla Società capogruppo e con le regole previste dallo Stato di residenza di quest'ultima. Il reddito complessivo viene proporzionalmente ripartito tra i diversi soggetti del gruppo (casa madre, *branches* e *subsidiaries*) e tassato negli Stati membri in cui essi sono domiciliati fiscalmente.

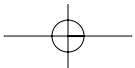
Soltanto successivamente e per le imprese di maggiori dimensioni si dovrebbe giungere all'introduzione di un sistema di *Common Consolidated Tax Base (CCBT)*: anche in questo caso la base imponibile sarebbe determinata in forma unitaria ma, diversamente dall'HST, le relative regole di determinazione dovrebbero essere fissate a livello europeo e sarebbero uniformi in tutto il territorio dell'UE¹⁴.

Il documento, infine, diversamente dalle comunicazioni anche recenti della Commissione (che su questo punto fornisce pochi e generici commenti), contiene un'ampia analisi della situazione esistente nei tredici Stati candidati ad aderire all'Unione Europea e pone in luce come le maggiori differenze rispetto ai regimi fiscali dei singoli Stati membri si allocano nei sistemi dell'imposizione sui redditi delle persone fisiche e delle società, sottolineando che soprattutto da quest'ultimo comparto (tanto per le differenze di aliquote quanto per le differenze nelle regole relative alla determinazione delle basi imponibili) potrebbero scaturire difficoltà aggiuntive rispetto ai numerosi problemi istituzionali già sorti nel processo di allargamento dell'Unione.

¹² Soluzione che pure viene sostenuta dalla recente dottrina. In questo senso S. GIANNINI, *L'evoluzione dei sistemi di imposizione societaria nei paesi dell'Unione Europea e le prospettive di coordinamento comunitarie*, relazione al convegno ANTI su *La presidenza italiana della Confédération Fiscale Européenne e la fiscalità delle imprese nell'ambito comunitario*, Roma, 17 dicembre 2003. Secondo l'A. la fissazione di un'aliquota minima non dovrebbe incidere in modo eccessivo sulla sovranità fiscale dei singoli Stati.

¹³ Sul quale si veda S.O. LODIN & M. GAMMIE, *Home State Taxation, Tax Treaty Aspects* (IBFD, 2001). Per una puntuale analisi critica D. STEVANATO, *La tassazione dei gruppi europei: l'Home State Taxation quale alternativa al consolidato “mondiale”*, in *Rass. trib.*, 2003, 1248.

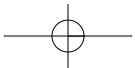
¹⁴ Secondo il Parlamento una forte critica a questo sistema è costituita dal fatto che creerebbe un sedicesimo criterio di determinazione della base imponibile, che si aggiungerebbe ai quindici già disciplinati dai singoli Stati membri.



SEZIONE IV

APPUNTI E RASSEGNE

Notes and surveys



Stock options e trattati fiscali (estratto)*

Francesco Grammatico

L'utilizzo dei piani di *stock options* per remunerare i lavoratori dipendenti è una pratica che si sta diffondendo in molti paesi. Non vi è dubbio che l'incremento della mobilità dei lavoratori dipendenti e l'incremento della remunerazione differita hanno causato notevoli problemi riguardo la tassazione del reddito derivante dalle *stock options*, rendendo necessario trovare una soluzione omogenea che sia adattata dai vari paesi interessati.

I piani di *stock options* sono utilizzati dalle società al fine di condividere la proprietà della società *de qua* con i lavoratori dipendenti, per ricompensare la loro performance, per attrarli e motivarli. Le *stock options* permettono di acquistare un determinato numero di azioni della società, di cui il lavoratore dipendente fa parte, ad un determinato prezzo e per un determinato periodo di tempo.

Oltre ai piani di *stock options* esistono altre forme di remunerazione basate sul capitale azionario.

Nel presente scritto, è stata data evidenza esclusivamente alle *stock options* accordate dai datori di lavoro ai propri dipendenti. Inoltre, sono state solo sinteticamente illustrate altre forme di remunerazione basate sul capitale come le "phantom stocks" e le "stock appreciation rights". Le prime consentono il pagamento di un bonus ai lavoratori dipendenti che equivale al valore di un determinato numero di azioni della società, mentre le seconde consentono una remunerazione basata su eventuali incrementi del valore delle azioni della società stessa.

La tassazione del reddito derivante dalle *stock options* e dalle altre forme di compenso basate sul capitale, è diversificata in ogni paese. Pertanto, esiste un diverso regime di tassazione, fondato sulla legge fiscale domestica. I regimi di tassazione si differenziano, sostanzialmente, nel momento in cui le *stock options* sono tassate e dalla caratterizzazione del reddito in base ai trattati contro le doppie imposizioni. Tali differenze possono portare a situazioni di doppia tassazione o di esenzione fiscale qualora un lavoratore eserciti la propria attività in più paesi.

La necessità di indirizzare e risolvere questi problemi è stata avvertita dall'OCSE che, mediante il gruppo di lavoro n. 1, sottogruppo della commissione Affari Fiscali, ha pubblicato, alla fine di marzo 2002, una Nota intitolata: "Public Discussion Draft on cross-border income tax issues arising from employee stock option plans". Uno degli aspetti negativi del documento è di prendere in considerazione solo alcune delle diverse problematiche relative ai piani di *stock options* per i lavoratori dipendenti. Ad esempio, le problematiche de quibus sono: la tassazione delle *stock options* nei vari paesi in momenti diversi; la distinzione tra reddito da lavoro dipendente e *capital*

* Tesi presentata a conclusione del corso di dottorato in fiscalità internazionale tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Leiden.

gains; la *multiple residence taxation*; la difficoltà nel determinare a quali servizi prestati dal dipendente l'opzione si riferisce; la vendita delle *stock options* a seguito di operazioni straordinarie; la diversa valutazione, da parte dei vari paesi, del reddito derivante dalle *stock options* in cui le azioni sono negoziate in diversi mercati.

Lo scopo del nostro scritto è di analizzare il regime delle *stock options* in un contesto internazionale. In tale contesto, il Commentario al Modello OCSE non fa alcuna menzione sul trattamento fiscale del reddito derivante dalle *stock options*. Tuttavia, negli ultimi tempi, diverse organizzazioni internazionali stanno cercando una soluzione in ambito OCSE alle problematiche relative alla tassazione del reddito delle *stock options*.

Nella prima parte della nostra analisi, dopo una breve illustrazione dei piani di *stock options* ed altre forme di remunerazione basate sul capitale, verrà effettuata anche un'analisi comparata dei diversi approcci seguiti dai vari paesi in relazione alla tassazione del reddito derivante dalle *stock options*.

Nella seconda parte della nostra esposizione viene analizzata la qualificazione del suddetto reddito nel Modello OCSE e l'attribuzione della potestà impositiva di tale reddito tra i vari paesi coinvolti. Infine, possibili situazioni di doppia tassazione o di esenzione saranno analizzate e saranno, altresì, proposte alcune esemplificazioni pratiche.

Stock Options and Tax Treaties (abstract)*

Francesco Grammatico

Table of contents

Introduction

PART 1

Chapter I - Stock option plans and other forms of equity based remuneration: brief explanation: 1. Involvement of workers in the enterprise's activity; 2. What is a stock option?; 3. Vesting period; 4. Fair market value; 5. Valuation methods for stock options; 6. Phantom Stocks; 7. Stock Appreciation Rights:

Chapter II - Stock Options from the perspective of the employer: 1. Purchasing at grant; 2. Purchasing at exercise; 3. Issuing of new shares; 4. Deduction of employment costs.

Chapter III -Tax treatment of stock options in different countries: 1. Taxation at time of grant; 2. Taxation at vesting time; 3. Taxation at exercising time; 4. Taxation at time of sale.

PART 2

Chapter IV - Qualification of stock option benefits under the OECD Model Convention; 1. General overview; 2. Stock option benefits as a remuneration for employment; 3. Stock option benefit as "similar remuneration" within the context of Art. 15 OECD MC; 4. Income from employment or capital gain; 4.1 Difference between "vested" and "unvested" stock options; 4.2 Valuation of stock option rights

Chapter V - Allocation of taxing rights between States: 1. The approach taken in Finland, The Netherlands and Belgium; 2. The German approach; 3. United States - United Kingdom Tax Treaty; 4. Employee stock options and permanent establishment

PART 3

Chapter VI - Cross-border income tax issues arising from employee stock options and possible solutions: 1. Conflicts of qualification; 2. Time mismatching; 3. Conflicts of interpretation of facts.

Conclusions

Table 1

Bibliography

* Paper submitted at the LL.M. in international taxation of Leiden University, Faculty of law. Edited in English by the Author.

Introduction

The use of stock option plans, as a part of an employee's remuneration package, is an ever increasing practice in many different countries. Indeed, the increasing mobility of employees and the increased amount of deferral remuneration offered, have highlighted the problems related to the taxation of transactional income arising from stock options and have made it necessary to find a solution that is acceptable to the community of States.

Stock option plans are a flexible way for companies to share the ownership of the company with their employees, to reward them for their performance and to attract or retain a motivated staff. A stock option gives an employee the right to buy a certain number of shares in the company at a fixed price for a certain number of years.

Apart from stock option plans there exist other forms of equity based remuneration. However, they differ from stock option plans in certain characteristics.

In the present paper I will focus exclusively on stock options granted to employees by employers and not on other forms of equity based remuneration. For completeness's sake I will briefly explain the other forms of equity based remuneration such as the "phantom stock" which is a promise to pay a bonus that is equal to the value of a certain number of company shares, or the "stock appreciation right", which simply rewards the employee based on the increase (if any) in the stock price. Regarding the taxation of benefits deriving from stock options and from other forms of equity based remuneration, different approaches are followed under the domestic laws of many different countries, and this in addition to territorial regimes. These differences between countries depend, among other things, on the moment of taxation and the characterization of that income under tax treaties. These differences may result, whenever there is an employee performing his employment in more than one country, in a double taxation or non-taxation of the benefits granted to that employee.

The need to address and solve these problems has been perceived by the OECD. The Working Party n. 1, a sub-group of the OECD Committee on Fiscal Affairs, has issued at the end of March 2002 a note, called "Public Discussion Draft on cross-border income tax issues arising from employee stock option plans". One of the drawback of the Note is that it takes only into consideration some of the many tax issues related to employee stock option plans, such as: timing mismatching in taxing the employment benefits, distinguishing employment income from capital gains, multiple residence taxation, difficulties in determining to which services the option relates, compliance issues, alienation of stock options as a result of a merger or acquisition and different valuation of a stock option benefit where shares are quoted on different stock exchanges.

The object of the present study is to take a stance position on the regime of stock options in an international context, while bearing in mind that these developments will sometimes be prospective because the jurisprudence has not yet been definitively established. Moreover, the Commentary on the OECD Model Convention is poorly developed on certain points even if international and professional organizations are at this moment working on the subject since "harmonization" is very much in vogue these days.

In the first part of the present paper, subsequent to a brief explanation of stock option plans and other forms of equity based remuneration, I will make a comparative analysis of the different approaches followed by different countries regarding the taxation of the benefits enjoyed by the employees and that derive from the granting of stock option plans.

In the second part I will examine the qualification of stock options benefits under the OECD Model Tax Convention and the allocation of taxing rights of that benefits among the countries involved. Finally, possible situations of double taxation or non-taxation will be analysed and some solutions will be proposed where appropriate.

Part 1

Chapter I

Stock option plans and other forms of equity based remuneration: brief explanation

1. Involvement of workers in the enterprise's activity

In the more advanced capitalist countries, it has been necessary to introduce ways to enhance the involvement of workers in the activities of the enterprise in order to increase their productivity.

For this reason, it is consistent to assume the participation of the employees to the enterprise's income, or to set up a way in order to grant employees company's shares and thus to participate in the capital risk of the company.

If at least a part of the remuneration is linked to the enterprise's goal, i.e. the profit rise, a profitable connection for the employee with the enterprise will be created.

The employee, since he has become the owner of shares of the company he works for and since the nominal value of these shares is determined by the higher value of the capital, he will identify himself as the owner of the company and he shares the risks.

Traditionally, stock option plans have been used as a way for companies to reward top management and "key" employees and link their interests with those of the company and other shareholders. More and more companies, however, now consider all of their employees as "key"¹. As a result, there has been an increase in the popularity of broad-based stock option plans, particularly since the late 1980s.

Broad-based stock options are now the norm in high-technology companies and are becoming popular in many companies in other industries as a part of an overall equity compensation strategy.

The practice of granting options so widely has grown for several reasons. The tight job market has forced companies to look for ways to attract and retain people at all levels. Recent studies show that employees who get these broad-based options actually get higher paid as well.² At the same time, companies have moved to more participative management structures that require rewarding systems which encourage employees to think and act like owners. Moreover, for many technology and non-technology companies, intellectual

¹ D. SANDLER, *The Tax Treatment of Employee Stock Options: Generous to a Fault*, *Canadian Tax Journal: Revenu fiscale canadienne*. Toronto. Vol. 49 (2001), no. 2, 296.

² Analysis of NCEO survey data by Rutgers professors Douglas Kruse, Joseph Blasi, Jim Sesil and Maya Kroumova at the New York Institute of Technology. More information can be obtained from <http://www.nceo.com>.

capital is their main asset, and the owners of this capital are the employees, who can easily invest it elsewhere in case they would get a better return over there³.

In recent years, the plunge in the stock market evolving around new economy and a fall in other stock markets, though less dramatic, led many people to assume that options would fade as a compensation strategy. However, companies continue giving options broadly. The decline of the stock market is discouraging but hardly tragic. Most companies now give options out annually or on some other regular basis. Thus, employees who got the right to buy shares at a historically high price one year will get new options to buy shares at a low price the next year (or the year after). Moreover, the very high stock prices that were noted for some companies in the were not all good news. It was becoming increasingly difficult to attract employees with options when the stock price was considered highly overvalued. All in all the upside potential seemed dubious. Nowadays the potential seems to be much larger. The decline in stock prices is a good opportunity for companies to educate employees about economic realities and the importance of focusing on the long term.

The study by Dr. Kruse⁴ noted that companies that grant options broadly have a greater productivity than comparable companies that did not grant options. It also found that the returns of shareholders are in general much higher than those of employees that have not been granted stock options.

Of course, for some option holders, there is no long term because the company does not exist anymore. For others, their plans structure is such that most of their potential gain is now lost. Options carry risks, but at the same time they also carry great rewards. Few people accumulate much wealth on salary alone. Companies and their employees have clearly understood that the best way to become rich lies in ownership.

The price the company sets on the stocks (called the grant or strike price) is discounted and is usually the market price of the stock at the time the employee is given the options. Since those options cannot be exercised for some time, the hope is that the price of the shares will go up so that selling them later on at a higher market price will yield a profit.

2. What is a stock option?

A stock option is a contract between an employee and a company. The option gives the employee a right to buy a fixed number of shares in the company for a fixed price, called the exercise price. The employee has a limited time to purchase the shares, typically up to ten years. When a company grants the employee stock options, it should provide him in the option contract information such as: number of shares, vesting, exercise price, type of option; termination (what happens in the event of death, disability, leave of absence or discharge).

The company should also provide for the following information in the option plan: maximum number of shares available for grants, eligibility for the options,

³ D. SANDLER, *The Tax Treatment of Employee Stock Options: Generous to a Fault*, *Canadian Tax Journal: Revenue fiscale canadienne*. Toronto. Vol. 49 (2001), no. 2, 297.

⁴ Analysis of NCEO survey data by Rutgers professors Douglas Kruse, Joseph Blasi, Jim Sesil and Maya Kroumova at the New York Institute of Technology. More information can be obtained from <http://www.nceo.com>.

vesting period, changes in the capital structure (that is, what happens if the company is sold or goes public).

A company may provide employees with other helpful information, such as answers to Frequently Asked Questions, which anticipate the most common things employees want to know about their stock options; videos; seminars; and one-on-one meetings with benefits counselor or personnel from the company's human resources department. Increasingly, companies are posting stock option information on their corporate "intranets".

The price at which the option is provided is called the "grant price" and is usually the market price at the time the option is granted. Employees who have been granted stock options hope that the price of the shares will go up. They hope that they will be able to "cash in" by purchasing the shares at the lower grant price and then selling the same shares at the current market price⁵. For growth-oriented smaller companies, options are a fantastic way to preserve cash while giving employees a piece of future growth. They also make sense for public firms whose benefit plans are well established, but who want to include employees in the ownership of the company. The dilutive effect of options, even when granted to the majority of employees, is typically very small and can be offset by their potential productivity and the employee retention benefits⁶.

3. Vesting period

There might be restrictions on when an employee can actually take advantage of the stock options benefits. The biggest restriction is the process known as "vesting". Typically a company will have vesting periods that range from three to five years, meaning that an employee has to wait that long after the options are granted before he can exercise them. Some companies have "cliff vesting" in which all the options vest on a certain date. A question that may arise is why have a vesting period before an employee can exercise the options? From a company's standpoint, it is a way to retain employees. If the employee leaves the company, any unvested options normally are avoided, a fact that encourages employees to stay with the company and remain productive in return for potential future gains.

An option is considered vested and freely transferable after certain conditions have been met. A stock option may be granted to an employee but its exercise can be subject to certain conditions. Usually it is required that the employee continues to work with the employer for a certain period of time. Another condition can be that the value of the shares reaches a designated higher price. In case the options are quoted in a Stock Exchange, the plan might provide that some of the options will vest only when a specific price is reached. Other options may vest upon the attainment of certain objectives such as a revenue, profits or return on investment. The option is not considered "irrevocably vested" until these conditions are met.

Some companies may mandate a holding period that prevents the employees from selling the stocks immediately after exercising the options, although this is rare.

⁵ D. Sandler, *The Tax Treatment of Employee Stock Options: Generous to a Fault*, *Canadian Tax Journal: Revenu fiscale canadienne*. Toronto. Vol. 49 (2001), no. 2, 283.

⁶ H. J. Mossner, *General Report*, International Fiscal Association 2000, 83

Companies have widely varying policies on which employees get options. Some grant options to all employees, and even to part-time workers. Other grant options only to executives and keyemployees. Still others grant options based on performance measures.

Although a stock option gives an employee the right to buy stock, it does not represent ownership in a company. An option holder has no shareholder rights, such as rights to dividends, to vote, or to proceeds in the event of liquidation. It is only when a stock option is exercised that an employee becomes a shareholder.

4. Fair market value

At every stage of an employee dealings with stock options, it is critical to know the fair market value of the company's stock, which is tied directly to the real value of the options granted. The traditional definition of fair market value is "the price at which property would change hands between a willing buyer and a willing seller, both of whom are under no pressure to buy or sell both of whom have reasonable knowledge of the pertinent facts".

When evaluating company stock, there are two types of fair market values:

- *Public values.* These are the prices at which shares are being traded on a stock exchange. But even these public prices may be deceiving. For example, some stocks have a very light trading volume, which is the number of shares traded on a daily basis. Top stocks trade millions of shares every day. But smaller companies may trade only a few shares per day. At most small or medium-sized companies, an employee could encounter difficulty selling all of those shares on the open market without driving down the stock price.
- *Private stock.* The share value of nonpublic companies is often difficult to estimate, because there is no freely trading market for the securities. One method of valuation is to look instead at recent sales of shares in that company. In that case, the employee may find out whether these stock sales were at "arm's length", which means making sure that there is not some conflict of interest between the buyer and seller (that is, the parties to the trade are brothers or belong to the same company).

5. Valuation methods for stock options

Since there is no public market for some shares, what is the real value of an employee stock options? Such valuation issues can be critical. For a company, if the estimate of valuation is too low, then more options would be issued, and the company's shareholders will suffer a higher dilution of their share value than they expected. Then again, if the company's estimate of valuation is unrealistic high, employees will receive fewer options. They may become disgruntled and perhaps even leave the firm.

There are three main valuation methods in use, and a company has the discretion to choose any of them, although the Black-Scholes method is clearly the standard.

The Black-Scholes method. The Nobel Prize-winning economists Fisher Black, Robert Merton and Myron Scholes developed the Black-Scholes pricing model. To understand their method, it should be taken into consideration two concepts:

- 1) **INTRINSIC VALUE.** This basically means the degree to which the fair market value of the stock exceeds the option's exercise price. Let's say that a

stock is selling for 20 euro and the exercise price of an option is 10 euro. Then the option's intrinsic value is 10 euro, and the option is referred to as being "in the money". If the stock is selling at 10 euro or lower, the option has no intrinsic value. In this case, the option is "out of the money".

- 2) TIME VALUE. All options have a time value, even if at the moment they have no intrinsic value. For example, let's suppose in the case above that there is a possibility that the stock price could increase over the remaining time period of the option. So there is some possibility that the employee might be able to sell its stock option for 12 euro, not 10 euro. The extra 2 euro would be the time value. As an option gets closer to expiration, its time value tends to fall.

The actual Black-Scholes formula is extremely complex, involving the following elements: 1) the strike price of the option; 2) the expiration date; 3) the future dividend yield (an assumption); 4) the risk-free rate (this is the rate of return on a very safe investment, such as a Treasury bond); 5) the current stock price; 6) the expected future volatility of the stock (another assumption)

The first five factors reflect the time value of money. The sixth factor is necessary because the more volatile is a stock, the greater the potential value of the stock at the end of the option period and, hence, the greater the value of the option.

There have been many criticism of this model. For example, how is it possible to make an accurate assumption about the future volatility of the stock, especially if the company has been private? In practice future volatility is estimated by various techniques, such as looking at the volatility of comparable companies that are public. But criticisms notwithstanding, the model has been quite accurate, by and large.⁷

Present value of expected gain (PVEG). This valuation model attempts to guess the date at which the options will be exercised and the value of the options at that time. The variables for the calculation include: a) the current stock price; b) the estimated growth rate (this is based on a stock index, like the Standard and Poor's 500); c) the risk-free interest rate (Treasury bill rate); d) the time until exercise (this is usually based on prior history of the company or industry).

Because the PVEG method is the only one that uses an estimated growth rate, it can be useful when options are based on achieving certain goals. For example, suppose the estimated growth rate for a company is 20 percent. If the company instead grows by 25 percent, then the option holders will see a bigger increase in the value of their options. The PVEG model takes that into account.

Face value method. This is by far the easiest calculation. It compares your stock options to those of another company. The big problem with this method arises when the comparison is made to a company that turns out not to be equivalent. In that case, the options can be severely undervalued or overvalued.

6. Phantom Stocks

A "phantom stock" is a type of employee benefit that gives a selected group of employees many of the benefits of stock ownership without actually giving them company stocks. This type of "deferred compensation arrangement" can provide top

⁷ ROBERT RR. PASTORE "Stock options, an authoritative guide to incentive and nonqualified stock options" PCM Capital, San Francisco, 2000

talents in a company an incentive to achieve certain goals and allows the employees to share in the success of the company without the shareholders relinquishing equity ownership. The basic premise of a deferred compensation arrangement is that an employee is rewarded for performance based on predetermined standards established by the management. For example, an employee would not be entitled to any benefits under the plan for a stated number of years or until retirement, death or permanent disability.

In a typical phantom stock plan, the management selects the employees that can participate and it credits each one with a certain number of stock units. Each unit represents a share of the employer's stock. The management can be as selective as it wishes as to whom can participate in the plan and how many units are given to each person. Each unit has the same value as a share of the company's stock on the date the units are credited. Even though no actual stock is given to the employees, the stock's value becomes the measuring device for the plan. To determine the value of the phantom stock units, the company must be valued. This is typically done by a formula or a formal valuation. With a phantom stock plan, both employers and employees have the same objectives, to make the business grow and become more prosperous. If the employer's business grows, the key employees will prosper as a result.

Upon the termination of employment with that company, either due to retirement, death or disability, the employee typically receives a cash bonus equal to the amount of appreciation on the units awarded to the employee. The bonus is equal to the difference between the fair market value of the equivalent stock on the date it was first credited and its value on the date the employee terminates his employment. The total amount in the phantom stock account is usually paid out to the employee in instalments over a period of years. The plan can be tailored to each individual employee to add shares or dividend equivalents based on his or her productivity. These types of plans are especially attractive because the management can arbitrarily design plans to create incentives for any employee.

7. Stock Appreciation Rights

Stock appreciation rights are plans where no shares are allotted or are intended to be allotted at any point of time. The employees are awarded 'stock equivalents' or 'phantom stocks' at a certain pre-agreed value (normally the prevailing market price on the date of grant). Employees are, after a minimum stipulated period, allowed to cash the stock appreciation rights. At that moment the appreciation in the market price of the company's shares is multiplied by the number of stock appreciation rights held by the employee. The outcome of this calculation paid to the employee in cash. In case of unlisted companies, an appropriate valuation model is selected to value the shares and to calculate the appreciation if any.

Chapter II

Stock Options from the perspective of the employer

Under the employment agreement, the employer has the obligation to make available to employees a relevant number of company shares or those of an associated

company, at the time of the exercise of the option at a price determined in the agreement. The employer may purchase shares at the time of grant, at the exercise or he may create new shares.

1. Purchasing at grant

An employer can decide to purchase its own shares or shares of an affiliated company in the market at the time of grant. If the basis price at which the employees will buy the shares will be the same price as the one at which the employer will buy shares on the market, the employer will not bear any additional costs. The deductible cost for the employer will be the price of the shares. Consideration could be made in relation to the fact that the employer will incur a loss of interests on the capital he uses to buy shares.

The employer may also decide to buy shares for its own investment and decide after a certain period of time to grant these shares to its employees. If the basis price of the shares offered to the employees is lower than the value of the shares at the time of the exercise consideration could be made in relation to a loss of profits. If the parent company grants shares to the employees of a subsidiary and charges the purchasing costs to the subsidiary no problems arise regarding to the deduction of the costs. The majority of the countries allows the deduction of costs to the parent company if it charges the costs to the subsidiary⁸.

2. Purchasing at exercise

The employer can also wait to buy its own shares on the market until an employee exercise its option. In this case the employer may use the liquidity, available for the postponement of the purchasing of shares, for other purposes. If the employer will be able to purchase shares at a lower price than the basis price it will make a profit. The employer would make a loss if the basis price will be higher than the purchase price. In general, countries allow a deduction for this loss⁹.

3. Issuing of new shares

An employer in order to fulfil his obligation regarding stock options may also decide to create new shares, which requires a corresponding increase of nominal capital. The majority of the countries gives the possibility to a statutory change for the purposes of creating employee stock options. Initial costs are those associated with the creation of new nominal capital. If it is assumed that the basis price exceeds the nominal amount, the company will achieve a capital gain. The company will, however, fail to achieve a profit if the difference between the price of the new shares is lower than the price of the shares offered to the employees is negative. This cannot be deducted as a cost according to the provisions in individual countries.

4. Deduction of employment costs

In general, employers that grant stock options to the employees bear the costs to the extent that the basis price at which they offer the shares is lower than the one

⁸ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 93

⁹ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 84

that the employer has to pay himself in order to obtain the shares. These costs are deductible if the country concerned follows the “correspondence principle”. If a country follows this principle, a deduction can only occur when the employee receives a taxable benefit.

Chapter II

Tax treatment of stock options in different countries

1. Taxation at time of grant

The majority of countries considers the grant by the employer to the employee of a future right to obtain shares as the bestowal of a monetary advantage, therefore the intrinsic value of the option is taxed at the time of grant. Normally, a fully transferable share right is taxed at this point in time because the employer can immediately convert the option into money. Other countries share the view that an option is the bestowal of a monetary advantage, irrespective of whether the employee’s liquidity increases prior to the sale of the option right¹⁰. The employee would have had to incur costs if he wanted to purchase the option right. No basic difference exists in the employer providing the employee with money to purchase the option right or in providing the option right itself. What is relevant for some other states is that the employee possesses a right that has some value. The fact that the employee can dispose of the right is irrelevant. What is relevant is that the employee has the chance to realize a profit at a future date. Only a minority of countries follows this view. Examples are: Brazil, Belgium, Sweden, Switzerland, Canada, the Netherlands and the USA. The majority of countries is of the opinion that the bestowal of an economic advantage only exists when the employee can dispose of the option and not when he is granted a non-freely transferable restricted option. The employee only has a chance to purchase a future economic advantage. He doesn’t know if he will ever exercise the option in the future. The reason why the majority of countries does not tax non fully transferable options is that they are non fully transferable because the employee might be taxed on something from which he never receives a realizable advantage.

There are countries as Germany that assume an advantage at the time of grant but do not tax a non-transferable option at that time since the value of the option cannot be evaluated. There are other countries such as Switzerland which generally tax all options at the time of grant even when there is an agreement to transfer the option back to the employer in case the employee leaves the company.

Taxation of restricted stock options at the time of grant is not considered for most of the countries. The value of the option is viewed as a part of the remuneration within the context of the employment relationship which may be taxed at a later time, namely when the option is declared vested and freely transferable after the conditions are met. Countries that levy tax at the time of grant are Switzerland (with the exception of options which cannot be valued),

¹⁰ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 84

Brazil, Belgium, USA (non-qualified stock options), Canada and The Netherlands (if subject to subsequent conditions)¹¹.

2. Taxation at vesting time

As stated above, the vesting period is the elapsing time from the date of grant and the date when the option vests. There are countries that do not recognize an income before the employee receives an amount. Therefore, if there are vesting restrictions on an employee stock option, the benefit should not be taxed before the option vests since the employee has not received any benefit until that time. A benefit can be considered received when an employee can freely sell the option or exercise it without any restriction. Most of the states justify the taxation of stock options at vesting time by arguing that the employee has received additional compensation equal to the value of the option at that time, which the employee then paid to the company as a premium to acquire the option. There are options that can be easily evaluated because they are traded at Stock Exchanges but there are other options that need to be evaluated. The most frequently used method to evaluate options is the one developed in 1973 by Fisher Black, Robert Merton and Myron Scholes, the so-called "Balck-Scholes method"¹².

Countries that tax based on this principle are the USA, Denmark, Czech Republic¹³.

3. Taxation at exercising time

The exercising time is the time when the employee uses the option granted by the employer to buy the shares. Some countries tax as income from employment the difference between the market price and the price paid by the employee. This concept is based on the fact that the profit earned upon the exercise of the option rights constitutes a remuneration dependent on the success of the company for services rendered by the employee during the term of the programme¹⁴. However, there are other countries, like Brazil, that tax as income from employment the benefits from stock options at grant and as capital gain at the time of the exercise. The value of the option, at the time of the exercise can easily be ascertained if the option is quoted on the Stock Exchange. Countries that levy tax on exercise are Australia, Canada, Spain (for qualified options), France, Italy (for non qualified options) and USA.¹⁵

4. Taxation at time of sale

Most countries classify the income from the sale of shares as a capital gain which is subject to capital gain taxation, although it should be noted that in some countries capital gain is tax free. Some countries, like France, tax stock option at

¹¹ See table at the end of the paper

¹² This method has been illustrated at page 7, paragraph 5.

¹³ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 90

¹⁴ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 93

¹⁵ P.J. DOUVIER, "Le regime des stock-option dans les relations transfrontalières, Première partie", Ed. Francis Lefebvre, BF 11/01 Etude, 722.

the time of sale. The reason is that the employee doesn't have money to pay taxes at the time of grant. Part of the income is taxed as income from employment and part as capital gain.¹⁶

Part 2

Chapter IV

Qualification of stock option benefits under the OECD Model Convention

1. General overview

The OECD Model Convention does not have a uniform category for all income resulting from dependent activity. Regarding employment activity, in principle, several articles need to be considered: Article 15 and Article 18 of the Model Convention, which both relate to payments made to an employee connected to services. Article 15 relates to the remuneration paid during the employment while Article 18 relates to the remuneration paid after the termination of employment. Other articles, such as Article 16 for payments related to the board of directors, Article 17 for income related to artists and sportsmen and Article 19 for remuneration of State's employees need to be taken into consideration. Finally also Article 13(4) and Article 21 should be considered. The former should be considered when an employee sells the shares and the latter when no previous article applies.

Most of the above mentioned Articles use the word "remuneration" received by the employee. While a distinction is made between employment and pension, neither the OECD Model Convention nor the Commentary gives a definition on what is meant for "remuneration". As a result many Countries apply article 3(2) of the OECD Model convention which states:

"As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the same meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State".

Most of the countries refer to Article 3(2) of the OECD Model Convention regarding the principles of interpretation and perceive the respective national legal interpretation to be authoritative with regard to the interpretation of a Double Taxation Treaty. These countries use their own national tax laws to interpret terms that are not defined in the Model Convention. This situation may lead to a differing interpretations of the Treaty and as a consequence double taxation issues arise. To solve this problem Professor Vogel's "autonomous approach" should be followed.¹⁷ This approach is based on a rather restrictive application of article 3(2) of the OECD

¹⁶ P.J. DOUVIER, "Le regime des stock-option dans les relations transfrontalières, Première partie", Ed. Francis Lefebvre, BF 11/01 Etude, 719.

¹⁷ K. VOGEL, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", Kluwer Law International, Third Edition, 58

Model Convention. In this regard Professor Vogel states: “*where a term is not defined (in the tax treaty) an autonomous qualification must be derived through interpretation*”. It is the treaty itself that must find a qualification of a specific item of income. This approach differs from other approaches that give a decisive relevance to domestic laws for the undefined terms in Article 15 of the OECD Model Convention. Article 3(2) also provides “*unless the context otherwise requires*” which means that reference to the domestic law of the contracting states can only be made if an autonomous interpretation cannot solve the case at issue and if the definition under the domestic law fits the context of the Tax Treaty.

2. Stock option benefits as a remuneration for employment

There seems to be little doubt that the benefit that is derived from a stock option falls within the scope of Article 15 of the OECD Model Convention since this article covers remuneration paid in respect of an employment. The first part of Article 15 states that:

“Subject to the provision of Articles 16, 18 and 19, salaries, wages, and other similar remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment shall be taxed only in that state unless the employment is exercised in the other Contracting State. If employment is so exercised, such remuneration as is derived therefrom may be taxed in that other State”.

The expression “*subject to the provisions of article 16, 18 and 19*” clearly states that Article 15 is a general provision while Articles 16, 18 and 19 are considered special provision articles¹⁸. The general provision applies only when the exceptions in question do not apply¹⁹.

Payments to employees generally occur regularly and are in time closely related to the rendering of services. In general a timely payment is made regularly by the employer to the employees. Included under such remuneration are also bonuses that are related to company performances and are paid in a lump sum, in general, at the beginning of the next year. Although they are determined a certain period of time after the services were rendered, they demonstrate certain elements of “deferred remuneration”. Included under deferred remuneration, if broadly defined, are also payments by an employer which are only paid to the employee for services rendered after the expiration of a longer period of time. In some countries, for example Italy, the employers are obliged, upon the ending of an employment relationship, to pay severances to the employees depending on salary and length of service. Such a payment can also be classified as regular salary, the payment of which is postponed until the end of the employment relationship and that is made to facilitate the

¹⁸ Paragraph 1 of the Commentary on Article 15 of the OECD Model Convention states the following: “*Paragraph 1 establishes the general rule as to the taxation of income from employment (other than pensions), namely, that such income is taxable in the State where the employment is actually exercised. Employment is exercised in the place where the employee is physically present when performing the activities for which the employment income is paid. One consequence of this would be that a resident of a Contracting State who derived remuneration, in respect of an employment, from sources in the other State could not be taxed in that other State in respect of that remuneration merely because the result of this work were exploited in that other State.*”

¹⁹ F. P.G. POTGENS “*The closed system of the provisions on income from Employment in the OECD Model*”, European Taxation International, IBFD, July/August, 2001, 252

transfer from one job to another. It is clear that these payments represent remuneration for past services, therefore they can be considered as ordinary income. Such payments are strictly connected with the employment relationship and from an international point of view they are not different than regular payments.

The term “deferred remuneration” is understood to apply either to situations where a payment of salary does not occur at the usual period time (weekly, monthly, etc.) but is delayed or to situations in which the payment of the salary is replaced by some postponed “components”. In these cases an employee may agree to have: 1) a “claim” to monetary remuneration, the payment of which is postponed; 2) a legal position in the form of an advantage; 3) a mix of elements of both types. In the first case the employee and the employer agree to postpone to a moment in the future the payment of the salary for services already rendered. This means that the employee has a “claim” against his employer. Such claim is no longer based on the employment relationship but on the agreement to postpone the payment. In the second case the remuneration takes the form of the “granting of a right” to the employee.

The employee is initially granted a legal position in the form of an “advantage”, although this right will in the future allow the employee to receive money. The classical situation is the granting of a stock option to an employee. A stock option can be unconditional and immediately realizable (for example the employee receives an option to buy fully transferable shares in the employer’s enterprise) or can be subject to the fulfilment of certain conditions (for example the employee receives a stock option which can be exercised at the end of specific period of time depending on the fact that the beneficiary is still employed or the income has reached a specific target).

Following the autonomous approach²⁰ with regard to treaty interpretation, the difference between the granting of “conditional” and “unconditional” stock options is extremely important in an international context in order to determine the qualification of the benefit and the provisions under which that benefit must subject. This difference will be clarified at a later stage²¹.

3. Stock option benefit as “similar remuneration” within the context of Art. 15 OECD MC

Benefits deriving from stock options granted by an employer to an employee should be treated as a remuneration from employment activity falling under Article 15 OECD Model Convention. “Similar remuneration” is the general term that encompasses “any form of compensation” which an employee receives from his employment activity²². In the case of stock options the employee receives a deferred compensation. To the extent that stock options and deferred compensation are similar form of remuneration they fall within the scope of Article 15 OECD Model Convention. Paragraph 2.1 of the Commentary on Article 15 states:

“Member Countries have generally understood the term “salaries, wages and other similar remuneration” to include benefits in kind received in respect of an employment”.

²⁰ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, pp. 58

²¹ See Chapter IV, paragraph 4.1

²² K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, pp. 890

Article 15 OECD Model Convention is intended to cover all income from employment in a very broad sense and thus also benefits in kind.²³

It can be easily understood that benefits in kind also encompass benefits deriving from stock options. In order to be considered as income from employment there must be a “connection” between the work performed and the remuneration received. This connection can be ascertained by the existence of a reason²⁴ for the payment. The decisive criterion in determining whether the stock option relates to an employment and, if that is the case, to which employment the stock option relates, should be the “reason” for the payment in stock options. There is no doubt that stock options are granted by the employer in connection with the working activity relationship.

Consequently, the benefit deriving from employee’s stock options should be treated as income from employment activity²⁵.

The reason for payment is also important in order to determine to which employment the stock option relates and in which country it is performed. The reason why a stock option is granted to an employee is to reward past employment, future employment or both.

This issue is very difficult to solve in case stock options last for a long time and the employee moves from one country to another and each country taxes those benefits in different moments in time and in a different way. An attempt to try to solve this problem will be discussed further on, in Chapter 4.

4. Income from employment or capital gain

In a cross border situation, if an employee sells the shares obtained through a stock option plan, the profit achieved is uniformly treated as a private capital gain subject to capital gain taxation in the residence country. Article 13(4) OECD Model Convention states the following:

“Gains from alienation of any property other than that referred to in paragraph 1, 2 and 3, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident”.

The term “capital gains” is not defined in the OECD Model Convention. According to Professor Vogel, the general catch-all clause of this Article also contains gains from alienation of shares²⁶. The Commentary on article 13(4) at Paragraph 30 states:

“The article does not contain special rules for gain from the alienation of shares in a company... Such gains are, therefore, taxable only in the State of which the alienator is a resident”.

The general rule contained in Article 13(4) OECD Model Convention is that gains from the alienation of any property are taxable in the State in which the

²³ M. EDUARDES KER, *International Tax Treaty Services*, Art 15 at 87.013

²⁴ The Cologne Tax Court ruled that the decisive criterion is the reason for payment, rather than the point of time or the place where it is made. Decisions of 21 October 1998 (Az: 11K 1662/97) and 9 September 1998 (Az: 11K 5153/97).

²⁵ The Federal Court of Canada, decision of 5 June 1992, *Hale v. Queen*, 92 DTC 6370 and decision of 3 June 1981, 81 DCT, 5140 I 1982 I.F.C. 544 ruled that employee stock appreciation rights, respectively employee share option rights, are not a remuneration within the meaning of article 15 of the OECD Model Convention.

²⁶ K. VOGEL, “*Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*”, Kluwer Law International, Third Edition, 841

alienator is a resident. The Commentary clearly states that a Country may tax as a capital gain the benefits deriving from the sale of shares. The majority of countries do not tax capital gain from shares as employment remuneration. Therefore in the case of benefits deriving from stock options the question is how to determine that part which relates to employment income and that part which relates to capital gains. An additional issue arises from the following question: can the movement in the share price at all represent a proper standard for an equitable remuneration for the employee's services on behalf of the company. The share price is dependent on many factors other than the performance, some of which are the top management and the general economic trends. The opinion that every form of profit participation is at the same time also dependent on influences other than the performance of the employee is unconvincing. Profits can also increase through general economic trends. It is thus an easily defensible viewpoint that profits earned upon exercising the option rights constitute remuneration dependent on the success of the company for services rendered during the term of the programme. If the profit upon exercise is viewed as employment income, it would be consistent to treat the said income likewise when a transferable option contains a restriction on disposal.

The employee undertakes an investment if he exercises his option right. The employee purchases shares whose purchase price is economically financed in part by the employee in the form of the basis price and in part by the employer to the amount of the difference between the market value and the basis price. With regard to gains deriving from the alienation of shares, the intent of the shareholder is predominant in this case: he is "buying" shares, partially financed by the employer through stock options. There are some countries, such as Brazil, that perceive a capital gain at the exercise of stock options and tax accordingly under its domestic law. The owner of the option does not sell something but rather the opposite: he purchases shares at a lower price.

Article 13 OECD Model Convention does not give a definition of the term "alienation" but Paragraph 5 of the Commentary states the following:

"The words "alienation of any property" are used to cover in particular capital gains resulting from the sale or exchange of property and also from a partial alienation, the expropriation, the transfer to a company in exchange for stock, the sale of a right, the gift and even the passing of property on death".

The term "alienation" is intended to have a wider scope than "sale or exchange" which had been used in some earlier agreements and had led to problems over deemed dispositions²⁷. There are still certain dealings with capital assets which are unlikely to be regarded as alienations²⁸.

In a Canadian case the exercise of a stock option was held not to constitute "the sale or exchange of capital assets". It is hard to see how the exercise of a stock option could be an alienation of the stock by the option holder²⁹. Similarly, in a Dutch case

²⁷ KRAFVE v. M.N.R. (1983) 84 C.T.C. 2, 021

²⁸ PHILIP BAKER, "Double Taxation Conventions and International Tax Law – A manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital of 1992. Second edition. Sweet and Maxwell. London 1994

²⁹ VINCENT HURD (3 June 1981) 81 D.T.C. 5140

the grant of an option over shares was held not to be an alienation under Dutch domestic tax law and therefore not an alienation for treaty purposes³⁰. Moreover, the Commentary on Article 13 OECD Model Convention at Paragraph 7 states:

“As a rule, appreciation in value not associated with the alienation of a capital asset is not taxed, since, as long as the owner still holds the assets in question, the capital gain exists only on paper”.

This confirms that in order to realize a capital gain an alienation of shares should occur. Which article of a double taxation treaty applies to the exercise of a stock option right is not entirely clear. The profit an employee makes upon exercising the option right is overwhelmingly perceived, with respect to taxation upon exercise, as a remuneration within the context of Article 15 OECD Model Convention and made subject to taxation in the Country in which the employee carried out his employment. Supporting such a view is the fact that it was the employer that granted the employee the right to purchase shares and who made the shares available to the employee. Thereby an economic advantage was ultimately attributed to the employee from the employer's assets. A distinction between employment income and capital gain is problematic when those countries in which earlier employment occurred have no knowledge of the tax event surrounding this employment, i.e. the employer is not a resident there and the country of residence allows portions of the profit upon exercise to remain tax-free. Those countries which view the exercise of an option right as the realization of a capital gain presumably take the standpoint that the employer undertook the essential step by granting the option right and that it is the employee who realizes the right to which he is entitled through purchase of the shares.

It is, however, surprising to perceive a capital gain in profits achieved upon exercise (Article 13 OECD Model Convention). The owner of an option right does not sell something but rather the opposite: he purchases a share at a lower price. This makes it more akin to other income within the context of article 21 OECD Model Convention. In this way a decision can be avoided, since both cases would make taxation dependent on the country of residence. The case of transferable stock options, where the gain on exercise does not represent employment remuneration in any country, must be considered in this connection. According to Professor Vogel:

“If the option right is accessible to an independent valuation, the value of the option is to be seen as a remuneration at the time at which the option was granted. In this case, the profits which arise on the exercise of the option, i.e., the increase in the value of the option, fall under article 13(4), rather than Article 15, as this profit is no longer connected to the employment. If no value can be assigned to the option itself since at the time at which it is granted it merely represent an uncertain chance to earn a profit, a benefit which may arise from the exercise of the option is postponed and, therefore, is income from dependent services”³¹.

Professor Vogel links the application of Article 15 OECD Model Convention on the benefits to an “independent valuation” of the option at time of grant. An option

³⁰ Lower Court of s'-Hertogenbosh, April 6, 1983

³¹ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, pp. 890

can be independently evaluated if it is freely transferable and if it is not subject to the fulfilment of certain conditions. If this is the case, the value of the option at the time of grant should be considered as employment income. Besides, the increase in the value of the option up to the moment of exercise will fall under the provision of Article 13(4) OECD Model Convention. This approach is consistent because from the moment an employee receives a freely transferable option he can decide whether to exercise it at that time, at a later stage or to sell it.

If he decides to exercise or to sell the option at a later stage, the profit he might realize from the moment of grant up to the moment of selling or exercising is no longer connected to the employment. In that situation he is acting as a speculator, therefore the gain he might realize should fall under the provisions of Article 13(4) OECD Model Convention. In this view Article 15 OECD Model Convention can no longer apply to the gain that is realized after the grant of an unconditional stock option right and upon its exercise. In that case a connection with the employment no longer exists³².

In a situation in which an employee is granted an option subject to conditions he cannot dispose of it; he cannot sell or exercise it at that time. The conclusion that must be drawn is that it is the restrictions on disposal, conditions and yet to be fulfilled performance criteria which justify a categorization as employment remuneration.

The eventual benefit from the exercise of employee stock options can be divided into different parts and can be brought under different provisions of a Tax Treaty. The OECD Commentary does not give any guidelines for solving this issue. An agreement between an employer and an employee might provide that the latter will exercise the working activity partly in his country and partly in another country. In accordance with to the employment contract the employee is granted a stock option while he is resident in one Country and that option is vested or exercised when he is resident in another country. At this point it must be determined whether the stock option constitutes a reward for good performance in the past, an incentive to improve performances or a combination of both. In general the stock option scheme should give an answer to the precise purpose of the scheme but is very difficult to find it in practice. Therefore, is very difficult to determine whether an employee stock option is intended to be a reward for the future, for the past or for both. In order to make an attempt in trying to solve this problem a distinction should be made between “vested” or unconditional and “unvested” or conditional stock options. As said above, an unconditional stock option is an option that can be disposed by the employee as opposed to a conditional option which can be exercised only if certain conditions are met at a given moment in time.

4.1 Difference between “vested” and “unvested” stock options

As has been discussed before, an unvested stock option cannot be exercised until certain conditions are met. It means that a stock option cannot be immediately

³² R. PORTNER, “Employee Stock Option in Germany: Law and Taxation in Germany”, Tax Planning International Review, 1997, No 12, 12-13

disposed of in order to be sold or to buy company's stocks. Among the typical conditions that has to be met before an employee can exercise a stock option is the one that states that the employee is required to continue working for the employer during a certain period of time.³³ It means that in case an employee is granted unvested stock options the benefits deriving therefrom should be considered as an income from past and future employment while an irrevocably vested stock option should be considered as a remuneration from past employment. In this regard, the Cologne Tax Court³⁴ stated the following:

*"...the grant of stock options constitutes for the plaintiff an additional remuneration component with respect to the performance achieved in the past follows, according to the court, from the fact that the grant depends on the period of the connection of the enterprise, the nature of the duties performed and the performance in the past. It follows also from the fact that the plaintiff could not lose the options that are granted to him; not even in the case of a decline in performance. It may be the case that for the employer – when granting the stock options – the intention to tie the employee closer to the enterprise and the stimulation to achieve even better in the future was also decisive. This does not, however, change the fact that the character of an award for the past was very clearly in the foreground. As in case for comparable awards, the employer intends to prevent the employees from leaving the enterprise and to stimulate them to perform better in the future".*³⁵

The Tax Court of Cologne clearly stated that when there is a vested or an unconditional stock option an employee does not lose the right to exercise it, even if his performance is not as good as it was in the past. In this case the benefits derived from employee share options have to be attributed entirely to the employment during which the option was granted, regardless of whether the option is vested or exercised during a continuous employment. The Cologne Tax Court also stated that even if the intention of the employer granting the stock option was to tie the employee closer to the enterprise and to stimulate him to better perform in the future it doesn't change the *"predominant character of the award for past employment"*. Most jurisdictions that provide taxation at the time the option is granted have as a condition that the stock option must be vested. The reason is that then it can be regarded as a remuneration for employment activity at that time. This view was also taken by the Austrian Ministry of Finance in a case in which a foreign parent company granted a stock option to an employee of the Austrian subsidiary after he was transferred to another employer in Austria. The Austrian Ministry ruled that the stock options were granted for the past employment; this was concluded from the fact that the foreign parent company charged the costs on the Austrian subsidiary (the past employer)³⁶.

A different point of view is expressed by some scholars which have advanced the argument that the granting of a stock option is not connected with the place of activity since the value of the option, and therefore the benefit received, depends on

³³ OECD Public Discussion Draft, "A cross Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans", OECD, March 2002, 6

³⁴ Decision of October 21, 1998 (AZ:11K 1662/97)

³⁵ P.H.M. FLIPSEN – F.P.G. POTGENS, "Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options", European Taxation, IBFD, August 1999, 322

³⁶ BMF 10 May 1999, EAS 1446

how the market value of the underlying shares changes in the course of time: the market value might not increase steadily during the time of employment³⁷. They also mention that the employee cannot benefit from the grant of an option as long as he has not exercised it³⁸. In a cross-border situation, Article 15 OECD Model Convention gives the taxation right to the State of residence at the time of exercise, despite the employment activity performed in the source country.

To solve the problem whether the benefit is granted for past or future employment, the determination of the period of employment from which a particular employee stock option is derived must be done on the basis of all the relevant facts and circumstances, including the contractual conditions associated with that option³⁹. If the exercise of the option is restricted by, for instance, the fact that certain targets must be reached by the employee, his department or even the company, and these targets are to be fully or partly reached within the past employment, one can hardly argue that the compensation is not based on the past employment. If, however, such targets have to be reached in the new employment (because, for instance, the conditions in the contract were changed as a result of the transfer of residence and employment), the stock options are partially granted for the new employment. Therefore, they are also partially taxable in the state in which the activity has been already performed.

The Austrian tax law states that a stock option is taxable as employment income at the time it is granted on the condition that the option can be treated as an asset for tax purposes. This is to be assumed if the employee has an unrestricted right concerning the alienation of the option⁴⁰. This means that if a stock option is vested or is unconditional the benefit deriving therefrom is considered as employment income generated in the Austrian territory and may be taxed accordingly.

When an employee is granted an unvested or conditional option the aim of the employer is to bind the employee to the company for a certain period of time and to stimulate him to perform better in order to get a higher value when he will exercise his options. The employment activity can be exercised for the same employer in more than one country. When this is the case, the option is granted both for past and future employment and even if a jurisdiction taxes the option at the time of grant it will be not easy to determine that part of the benefit related the employment activity performed in its territory.

The Federal Supreme Tax Court of Germany stated that when stock options are neither transferable nor marketable there will be no benefit in kind received prior to the exercise. Moreover, when an option cannot be attributed a value it can only be regarded as a chance to derive a future gain.⁴¹ There is a group of Countries, which

³⁷ REINER, "Die Besteuerung von Mitarbeiter-Stock options bei Wohnsitzwechsel", SWI 1999, 528.

³⁸ In the present author's opinion, however, Reiner has not taken into account that the question whether a remuneration is paid for an activity must be answered by looking at the reason for the payment, rather than the time it was made. See Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (London, The Hague, Boston: Kluwer Law International, 3rd edition, 1998) Article 15, marginal note 10.

³⁹ OECD Public Discussion Draft, "A cross Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans", OECD, March 2002, 12

⁴⁰ G. GAHLEINTNER – H. Moritz, "The Tax Treatment of Stock Options in Austria", Bulletin, IBFD, April 2001.

⁴¹ Federal Tax Supreme Court of Germany – decision 24 January 2001, in M. Guenkel - C. Hagen "The taxation of Stock options in Germany in the light of the New Jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court", Intertax, Vol. 30, Issue 3, Kluwer Law International, 2002

in their domestic tax law provides a type of taxation of stock options' benefits that links the taxation to the condition that a stock option is vested⁴². There is another group of countries, which in their domestic law provide for the taxation of stock options' benefits even in case of an unvested stock option⁴³. Within this last group, the domestic law of some countries, for example Austria, explains how to determine the value of a conditional option at the time of grant. But there are also domestic laws of other countries which do not explain how to determine that value and as a consequence they don't tax the benefits. While, as we have seen before, the benefit can be easily ascertained in the case of vested stock options, it can be a difficult issue in the case of unvested stock options.

Up to the moment conditional stock options become unconditional the benefits can fall entirely under Article 15 OECD Model Convention. In this respect Professor Vogel states:

*"If no value can be assigned to the option itself since at the time at which it is granted it merely represents an uncertain chance to earn profit, a benefit which may arise from the exercise of the option is postponed and, therefore, is income from dependent services"*⁴⁴.

It is even more difficult to determine the value of the stock options at grant in case they are conditional than when they are unconditional since the value of the first ones it depends on more uncertain possibilities and conditions. Therefore, an employment income can be recognized when the option becomes vested or unconditional. This is not always true since valuation methods could be used to determine the value of stock options even when an option is unvested⁴⁵.

4.2 Valuation of stock option rights

In general, payments in kind are valued at the fair market value. It is clear that when there are no conditions a stock option can be given an independent valuation. In the case of stock options quoted in the stock exchange the benefit will be the market value of the options at the time of grant. In case of stock options not quoted in the stock exchange the benefit of the option will be calculated by option-pricing models⁴⁶. This opinion seems to be shared by the Cologne Tax Court which states:

*"... transferable option right can, even when it is not negotiable on the German markets, be given a monetary value. Its market value can be determined reliably with the help of current option pricing models... However, under the stock option programs that have been introduced in the present market no transferable option rights have been issued. The reason for this is that the intended connection of the employee to the enterprise cannot or is very hard to achieve by the issue of fully marketable option rights"*⁴⁷.

⁴² H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 83

⁴³ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 84

⁴⁴ K. VOGEL, *"Klaus Vogel on Double Taxation Conventions"*, Kluwer Law International, Third Edition, 890

⁴⁵ For instance the "Blach Sholes" formula

⁴⁶ For instance the "Blach-Sholes" formula.

⁴⁷ P.H.M. FLIPSEN – F.P.G. POTGENS, *"Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options"*, European Taxation, IBFD, August 1999, 324, See supra note 32

According to the Court the main reason why employee stock options are issued conditionally is that a company wants to attract and to hold employees within the company or the group. The Court found it clear that the benefits deriving from stock options will be considered remuneration for employment activity.

According to Austrian Tax Law⁴⁸, if the options are not quoted on one or another stock exchange, than the value must be calculated on the basis of the intrinsic value at the time of grant in combination with the time value:

*“The intrinsic value is the difference between the fair market value and the price to be paid for the option. The time value, which should take into account the interest during the vesting period as well as the exchange risk, is calculated as a percentage of the fair market value multiplied by the duration (number of months) of the vesting period. The percentage is 1,4% per month for the first 12 months and 1% per month for the remaining months of the vesting period”*⁴⁹.

Applying these principles, stock options rights would potentially be valued very high and would thus result in a high tax burden for the employee. Taking into account that there is no relation between the value calculated according to this method and the real value of the option and considering that the employee may be taxed even though he has not yet derived any income from his option, it might at least be doubtful whether such a provision is in line with Austrian Constitutional Law⁵⁰.

In Germany the issue of valuation and taxation of stock option was rather controversial. Binding rulings could be obtained from the German Tax Administration regarding the taxation of stock options. To demonstrate that stock options could be attributed a value, the so called Black-Scholes formula was used. In order to make the options also tradable and transferable, so called synthetic markets were established: the participating employees were allowed to sell their options to the employing corporation or other participating employees. Rulings⁵¹ obtained by employees, confirmed a taxation of these schemes already at time of grant. A different opinion was expressed by the tax office in Berlin which in an ordinance clearly stated that a stock option can be taxed at the moment of exercise⁵². A taxation at the time of grant should only be possible in case stock options are valuable, transferable and traded in already existing open markets. According to the German Federal Tax Supreme Court, models which try to establish a transfer and trade by way of a synthetic market should no longer be accepted.

The German Federal Tax Supreme Court⁵³, in its decision of 24 January 2001, stated that if an employee is granted a non tradable stock option, a benefit in kind will be derived at exercise. According to the Federal Tax Supreme Court, the possibility to evaluate the stock options using the Black-Scholes formula will not lead to a different result since the participating employees are not allowed to transfer or to

⁴⁸ G. GAHLEITNER – H. MORITZ, “The Tax Treatment of Stock Options in Austria”, Bulletin, IBFD, April 2001, 150

⁴⁹ (Decree 642/1992 §7 of Austrian Tax Law)

⁵⁰ G. GAHLEITNER – H. MORITZ, “The Tax Treatment of Stock Options in Austria”, Bulletin, IBFD, April 2001, 152

⁵¹ So called Munich Model (Munchener Modell) from the location of tax office which gave most of the binding rulings.

⁵² M. GUENKEL - C. HAGEN “The taxation of Stock options in Germany in the light of the New Jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court”, Intertax, Vol. 30, Issue 3, Kluwer Law International, 2002, 102

⁵³ M. GUENKEL - C. HAGEN “The taxation of Stock options in Germany in the light of the New Jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court”, Intertax, Vol. 30, Issue 3, Kluwer Law International, 2002, 102

dispose of the stock options prior to exercise. The decision explicitly deals with non-tradable options. With regard to tradable options, the question related to the taxation at the time of grant was still open. The idea of the synthetic market developed by the Munich Tax Office revived as a consequence of the German Federal Tax Supreme Court decisions that are based on the fact that the notion “tradable options” was not defined and, thus, seemed to be open for interpretation.

While the value of a vested stock option can be easily ascertained, it is more difficult to determine the value of an unvested stock option. Some of the Countries that tax benefits deriving from stock options at time of grant as an employment income, such as Austria and Germany, have tried to set up rules in order to determine the value of unvested stock options.

The taxation, as employment income, of stock options benefits at time of grant and the taxation, as capital gain, of stock options benefits at sale of the shares seems to be more consistent than other taxation methods. There is no doubt that the value of an unconditional and freely transferable stock option should be considered as remuneration for past employment performed by an employee and thus should be taxed accordingly.

After a stock option has been granted unconditionally, the employee will act as a speculator in deciding whether to buy shares or not. Therefore the excess value of a stock option at the time of grant should be treated in the same manner as the gains that one realized by an investor that buys and sells shares on stock markets.

Conversely, a conditional or unvested stock option is partially a reward for past employment and partially a reward for future performance: the employer wants to stimulate the employee to perform better in the future. Therefore is consistent for a country to implement a system to be able to determine the value of an unvested stock option at the time of grant and to tax that value as employment income for activity performed in its territory.

Chapter V

Allocation of taxing rights between States

If an employee has agreed with the employer to perform his activity in more than one country the benefits deriving from the stock options must be allocated on a pro rata basis unless the contract doesn't state clearly what is the part of the benefits that is to be attributed to the activity performed in each of the two countries. This approach can also be derived from a decision of the Supreme Court of The Netherlands⁵⁴.

⁵⁴ Decision BNB 1996/376 of 25 September 1996. The case at issue concerned an employee who was a resident of The Netherlands and had an employment contract with a Dutch company and a German company at the same time. In his employment contract with the Dutch company he was granted a company car. In The Netherlands the private use of this car is determined by a fictitious valuation on the basis of which 20% or 24% of the list price is added to the employee's taxable income and consequently taxed as a benefit in kind at progressive rates under the individual income tax. The employee argued that the right to tax the aforementioned benefit in kind was partially attributable to Germany. The Netherlands Supreme Court held that in the case of an employee who has more than one employment and who, in relation to the performance of his activities, makes use of an asset which has been put at his disposal by his employers or by one of his employers on behalf of the other employer, the benefit in kind derived therefrom has to be attributed to both employments.

If the employee has performed the employment activity in more than one country the taxing rights between the countries must be determined on the basis of Article 15 OECD Model Convention.

In order to allocate the taxing rights between contracting states and to determine to which employment relates the stock options granted by the employer to the employee a distinction needs to be made between past and future employment. A stock option may be granted by the employer to the employee as a reward for good performance in the past or in order to stimulate him to improve the performance in the future. Paragraph 1 of the Commentary on Article 15 OECD Model Convention states the following:

“... employment is exercised in the place where the employee is physically present when performing the activities for which the employment income is paid...”

According to Professor Vogel, for the application of a Tax Treaty, it is irrelevant when and where the remuneration is paid. What is important is whether that payment is related to employment activity spent abroad. A way to solve this question is to take into account the stock option contract. In some cases stock option plans are issued with a detailed statement from which many useful information in this respect can be taken. In some other cases a detailed statement does not exist and it is very difficult to determine whether an employee stock option is intended to be a reward for past or future employment. If a payment relates both to a period in respect to which the State of residence may tax it, and to a period in respect of which the State of employment is entitled to tax it, the payment must be split up pro rata over those two periods⁵⁵. The allocation of the benefits from employee stock options will, in most cases, be made on the basis of the days the employee was physically present in different countries. According to the Supreme Court of The Netherlands an allocation can be made with the help of the following fraction: *“days on which the employee performed activities abroad / total of workdays in a calendar year”*⁵⁶

1. The approach taken in Finland, The Netherlands and Belgium

The Supreme Administrative Court of Finland⁵⁷ took a position on how to divide a stock option benefit between different periods. In that case, the taxpayer received a stock option during the period that he worked abroad, and he exercised it after he returned to Finland. The part of the option that was regarded to have accrued between the time the taxpayer returned to Finland and the time he exercised the option was taxed in Finland. The division of the benefits between different time periods was made according to time. Thus the increase in value was divided between the time the option was received and the time it was exercised. A relative amount of the entire increase was allocated to each time period.

A decision of the Central Tax Board of Finland⁵⁸ stated that when an option is received and exercised in Finland, but the taxpayer, however, worked abroad for a

⁵⁵ K. VOGEL, *“Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”*, Kluwer Law International, Third Edition, 890-891

⁵⁶ Decision of 24/09/1997, BNB 1998/51, BNB 1998/52. According to the Netherlands Supreme Court, these are days in a calendar year minus weekends, unless activities are also performed in the weekends. In the aggregate this will be 261 days.

⁵⁷ Decision KHO 1999/2836

⁵⁸ Decision KVL 1999/165

period in between the receipt and the exercise, the relative part of the increase in value of the option that is connected to the period between leaving and returning to Finland relates to working abroad.

The Dutch State Secretary of Finance on 11 February 2002⁵⁹ published a resolution on the *allocation* of employee stock option income in cross-border situations. In the resolution is stated the following:

“...the taxable benefits of stock option income is generally to be allocated to the country where the employment is deemed to be performed”.

According to the Dutch taxation system, stock options are subject to tax on the fair market value of the options at time of grant, at the time when they are granted unconditionally or, if stock options are granted conditionally, at the moment they become unconditional (usually the vesting date). In accordance with Dutch tax law, employment income related to activities performed in The Netherlands is considered taxable income. Under a resolution issued by the same Dutch Secretary of Finance in 1994, options were taxed in full if the employee was living and working in The Netherlands even if the option related to activities performed in other countries. Actually, according to the new Resolution⁶⁰, if an employee submits certain proof, a different allocation may be made. For example, the stock option plan in itself may indicate that stock options relate to a different period that does not necessarily coincide with the period between the time of grant and the time of vesting. In that case The Netherlands will tax only that part of the benefits related to employment exercised on its territory.

The Belgian Tax Authorities stated that non-regulated stock options are taxable at the moment they are exercised. However the Jurisprudence, on the other hand, was of the opinion that the moment at which such stock options become taxable is the moment at which they are unconditionally granted to the beneficiary⁶¹. At the moment a capital component is transferred to the private property of the beneficiary, its value is considered compensation for the work performed by him or her⁶². About the valuation of the advantages in kind, the Belgian Tax Law⁶³ specifies that for options not quoted on the stock exchange, the option need to be valued using classical formulas such as those of Black-Scholes.

2. The German approach

In recent years, the problem of expatriates has been under discussion in Germany. The Federal Supreme Tax Court rendered two fundamental decisions⁶⁴ on questions related to the allocation of exercise gain in international assignment cases and taxation of stock option at the level of the employee. The cases dealt with an expatriate who was granted stock options from his Italian employer while he was on assignment to the Austrian subsidiary. Afterwards, he worked two years for the Belgian subsidiary and finally he was transferred to the German subsidiary.

⁵⁹ Resolution n. IFZ2002/40M of 11 February 2002

⁶⁰ Resolution n. IFZ2002/40M of 11 February 2002

⁶¹ According to Belgian Income Tax Code, Art. 273, the grant is the taxable event of personal taxation.

⁶² Y. VERDINGH, “Belgium: New fiscal regime for Stock Options”, Intertax, Vol. 27, Issue 12, Kluwer Law International, 1999, 460

⁶³ Article 36 of Belgian Income Tax Code, 1992.

⁶⁴ Federal Supreme Tax Court of Germany; decision of 24 January 2001 and of 20 June 2001.

During his German assignment he exercised the stock options. At the moment of the exercise, the expatriate was a German tax resident. As a consequence he would be subject to German income taxation for his worldwide income. This would in principle include – amongst other items – the gain realized on the exercise of the stock options. The Italian stock option plan was a qualified plan and the expatriate was subject to taxation on the capital gain realized on the subsequent sale of the shares in Italy. He was an Italian resident at the time of the sale. As a result, a double taxation issue arose.

The combination of different countries claiming the right to tax (parts of) benefits in kind derived from the stock options in combination with different taxation schemes concerning stock options at grant, at vesting, at exercise or at sale bears the enormous risk of double taxation. In addition, the different formal requirements in the respective countries have to be considered, like filing tax returns. It might also offer the possibility to make some tax planning and thus achieve “white income”.

According to the governing principles, stock options are granted for future services to be performed by the participating employees. This governing principles were the only one issue on which the Federal Tax Supreme Court did not agree with the view of the lower Tax Court in Cologne⁶⁵. According to the latter, most stock option plans are connected to the past performance of the participating employees. This view was based on the fact that often the number of stock options granted will be determined by the position of the respective employee and his seniority, i.e. years of services. Furthermore, even in case of a decreasing performance, the employees normally do not bear the risk of losing the options. According to the Tax Court in Cologne⁶⁶, the motivating and binding (future) effect should thus be viewed as of rather inferior importance. As an exception, however, stock option plans could also reward future employment services, if and to the extent the plan contains performance criteria, which could lead to the loss of the options in the end. This view of the Tax Court in Cologne was understood as an option for a company to set up a stock option plan rewarding already rendered services or future services. Most of the normal stock option plans, however, would result in past employment income, thus attributing the right to tax the income only to the state of grant.

In its fundamental decision, the German Federal Tax Supreme Court took the opposite view. According to this Court, stock options normally reward future services. The view is based on the fact that stock options should be incentive income which, after the performance criteria have been achieved, will lead to a benefit in kind at the level of the participating employees. It is regarded as an additional compensation to motivate a future performance by the employees. As a consequence, from a German tax point of view the exercise of the option will still lead to the taxation of the stock options benefits. The respective exercise gain, however, has to be allocated to the different states in which the employee performed services during the period between the grant and the exercise. The spread of the exercise gain will have to be determined according to the working

⁶⁵ Decision of October 21, 1998 (AZ:11K 1662/97)

⁶⁶ Decision of October 21, 1998 (AZ:11K 1662/97)

days spent in the respective countries divided by the total number of working days between grant and exercise.⁶⁷

Coming back to the case, the exercise of the stock option will lead to the fact that the expatriate will in principle be subjected to German income tax concerning the exercise gain. According to Article 9 of the Germany-Austria Double Taxation Treaty, employment income has to be allocated to the States in which the employment was exercised. As a consequence, part of the exercise gain will be attributed to Austria and tax-exempted in Germany. However, the part of the exercise gain which will be attributed to Austria will be considered for the German income tax rate. This is the so-called progression clause. It should be noted in this context that, to the extent the stock option plan is qualified for Italian tax purposes, the subsequent sale of the shares will be subject to Italian income tax as well. Due to the timing differences between taxation in Germany, Austria and Italy it has to be doubted whether tax credits will be granted.

Summarizing, it can be stated that the two fundamental decisions of the Federal Supreme Tax Court do provide guidelines on how to allocate the exercise gain in case of an expatriate⁶⁸. Consequently, double taxation should be reduced or avoided. The latter mainly depends on the taxation schemes applicable on stock options in the other employment State(s) and the allocation guidelines of this State⁶⁹.

3. United States – United Kingdom Tax Treaty⁷⁰

The negotiators of the 2001 United States – United Kingdom Double Taxation Convention used the treaty to develop an innovative and reasonable solution to an issue that has troubled international businesses for years. With regard to Article 14 of US-UK Tax Treaty, concerning income from employment, the Exchange of Notes states the following:

“It is understood that any benefits, income or gains enjoyed by employees under share/stock option plans are regarded as “other similar remuneration” for the purposes of Article 14. It is further understood that where an employee:

- a) has been granted a share/stock option in the course of an employment in one of the Contracting States;*
- b) has exercised that employment in both States during the period between grant and exercise of the option;*
- c) remains in that employment at the date of the exercise; and*
- d) under the domestic law of the Contracting States, would be taxable by both Contracting States in respect of the option gain,*

then, in order to avoid double taxation, a Contracting State of which, at the time of the exercise of the option, the employee is not a resident will tax only that proportion of the option gain which relates to the period or periods between the grant and the exercise of the option during which the individual has exercised the employment in that Contracting State.”

⁶⁷ P.H.M. FLIPSEN – F. P.G. POTGENS, “Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options”, European Taxation, IBFD, August 1999, 323

⁶⁸ P.H.M. FLIPSEN – F. P.G. POTGENS, “Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options”, European Taxation, IBFD, August 1999, 323

⁶⁹ M. GUENKEL - C. HAGEN “The taxation of Stock options in Germany in the light of the New Jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court”, Intertax, Vol. 30, Issue 3, Kluwer Law International, 2002, 105

⁷⁰ US-UK 2001 Double Tax Treaty. Not yet in force. Subject to approval by both Governments

The Exchange of Notes with respect to Article 14 clarifies that the benefits, income or gains under share or stock option plans are remuneration from employment activity. Accordingly, any benefit, income, or gain existing at the time of the grant of the option will be subject to income taxation by the non residence country only to the extent that the US-UK Tax Treaty allows compensation or remuneration to be subject to income taxation by the non-residence country. This is consistent with the principle that a Tax Treaty has a distributive rule and cannot impose taxes.⁷¹

The Exchange of Notes concerning the US-UK Tax Treaty also limits the income tax on the gain arising from a subsequent exercise of a stock option by an employee where such employee worked in both countries during the period from the date of grant to the date of exercise. This limitation permits the country of non-residence, on the exercise date, to tax only that portion of the gain that is the same as the proportion of the time period(s) between grant and exercise during which the employee physically worked in the non residence country. Presumably the non-resident income tax on the portion of the gain attributable to the non-resident country will be eligible for double tax relief in the residence country.

It should be noted that also the Tax Treaty between the United States and France specifically address to stock options⁷².

4. Employee stock options and permanent establishment

There can be situations in which an employee resides in a contracting State and works in the other contracting State for the benefit of a permanent establishment of his employer. If an employee is granted stock options as a part of a remuneration package, the same allocation and classification issues as discussed above will take place⁷³. With regard to permanent establishment, further issues may arise in relation to Article 15(2) OECD Model Convention, concerning the exemption in the working State, which provides as follows:

“Notwithstanding the provisions of paragraph 1, remuneration derived by a resident of a Contracting State in respect of an employment exercised in the other Contracting State shall be taxable only in the first mentioned State if:

- a) the recipient is present in the other State for a period or periods not exceeding in the aggregate days in any twelve month period commencing or ending in the fiscal year concerned, and;*
- b) the remuneration is paid by, or on behalf of, an employer who is not a resident of the other State, and;*
- c) the remuneration is not borne by a permanent establishment which the employer has in the other State.”*

⁷¹ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, 27

⁷² United States – France Double Tax Treaty, effective since 1st January 1996. Article 29 (Miscellaneous provisions), Paragraph 7 (a) states the following: “For purposes of the taxation by France of residents of France who are citizens of the United States, benefits other than capital gain received by reason of the exercise of option with respect of shares of companies resident in the United States shall be considered income when and to the extent that the exercise of the option or disposition of the stocks gives rise to ordinary income for United States tax purposes”.

⁷³ P.H.M. FLIPSEN – F. P.G. Potgens, “Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options”, European Taxation, IBFD, August 1999, 323

From the wording of Article 15(2)(a) OECD Model Convention it is quite clear that if an employee is present in the source State less than 183 days in a year, that State has to refrain from taxing employment income. The second condition that must be met in order to apply the exemption is that the remuneration must be paid by an employer who is not a resident of the source State. Article 15(2)(c) OECD Model Convention must also be taken into account for the exemption to apply. If the remuneration is “borne by” a permanent establishment that the employer has in the other contracting State, the main rule of Article 15(1) OECD Model Convention applies again, attributing to the source State the taxing right, (i.e. where the employment is exercised). In the year 2000, the Commentary on Article 15 OECD Model Convention clarifies the meaning of the term “borne by”, by adding the following to Paragraph 7:

“The term borne by must be interpreted in the light of the underlying purpose of subparagraph 2 c) of the Article, which is to ensure that the exception provided for in paragraph 2 does not apply to remuneration that is deductible, having regard to the principles of Article 7, in computing the profits of a permanent establishment situated in the State in which the employment is exercised. In this regard, it must be noted that the fact that the employer has, or has not, actually deducted the remuneration in computing the profits attributable to the permanent establishment is not necessarily conclusive since the proper test is whether the remuneration would be allowed as a deduction for tax purposes; that test would be met, for instance, even if no amount were actually deducted as a result of the permanent establishment being exempt from tax in the source country or of the employer simply deciding not to claim a deduction to which he was entitled”.

In order to decide whether a salary is not “borne by” a permanent establishment, it seems that it is important to make a connection between the provision of Article 15(2)(c) OECD Model Convention and the profit allocation rule of Article 7(2) of the OECD Model Convention. The State in which the permanent establishment is situated has rights to impose tax on wages if such wages are born by the permanent establishment; that is, if the amount of taxable profits that the state of the permanent establishment may tax has been reduced by the amount of the said wages.⁷⁴

According to Professor Vogel remuneration from employment is considered to have been “borne by” a permanent establishment or a fixed base if it can be claimed as a deduction for business expenses when calculating the profits to be attributed to the establishment or fixed base⁷⁵. The purpose of the provision is a compensation for tax revenue lost, through the deduction of the expenses attributable to the permanent establishment. Therefore, a remuneration has to be taxed in the State of employment, i.e. the permanent establishment’s State, whenever the permanent establishment deduct or would be allowed to deduct, for tax purposes, the employees remuneration.

⁷⁴ K. VAN RAAD, “Construction Project PE in the Netherlands and Taxation of Employment Income Borne by a PE. Netherlands Supreme Court Decision of 9 December 1998”, Bulletin, IBFD, August/September 1999, 325

⁷⁵ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, 902. It further states that if a permanent establishment or a fixed base has to give consideration merely as inter-company charge for supplies, services or executive expenses and general administrative costs, the restrictions laid down in Article 15(2)(c) does not apply.

The clarification given by the Commentary of the meaning of the term “borne by” confirms the concept of the correspondence between the deductibility for tax purposes of the remuneration by the permanent establishment and the taxation of the employee on the same income.

In this regard, if stock options granted by the employer are charged to the permanent establishment they are considered borne by it. If this is the case the source State does not lose its right to tax the stock options’ benefits as income from employment.

Part 3

Chapter VI

Cross-border income tax issues arising from employee stock options and possible solutions

In this chapter I will analyse the possible issues of double taxation of benefits deriving from stock options that may arise in cross-border situations when an employee is employed by an international company.

A very common situation is the situation in which an employee is seconded to a branch or a subsidiary of the employer company that is located in another country or the situation in which an employee changes his residence country. Based on their domestic laws both the residence Country and the source Country may tax the benefit from stock options and double taxation may occur. This results from the fact that under the domestic laws of the countries involved different approaches are followed regarding the taxation of such stock options⁷⁶. However, tax issues related to stock options may also arise when an employee resides in more than one country.

Following, I will analyse double taxation issues that arise in case of: a) different qualification of an item of income by both residence and source country; b) time mismatching in taxing stock options benefits and c) conflicts of interpretation of facts

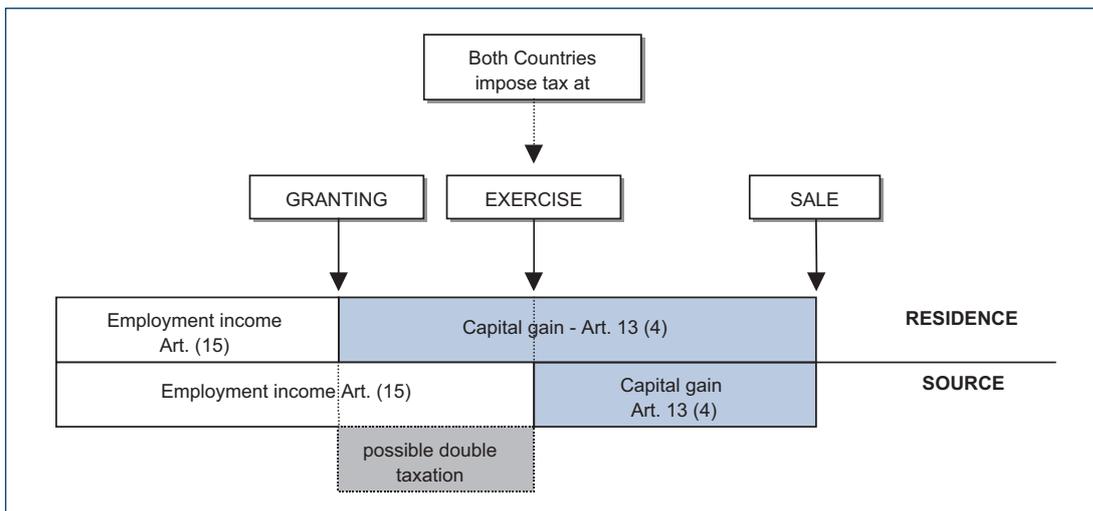
1. Conflicts of qualification

These conflicts concern cases in which, given the same facts, the state of residence and the state of source would apply different articles of the treaty on the basis of the differences in their domestic law. Regarding stock options, these conflicts arise when employees perform their activity in more than one country or when they change the residence country⁷⁷. Conflicts of qualification occur in taxing the stock options benefits when the residence Country tax as capital gain the value of the option at the time of exercise while the source Country tax that benefit as

⁷⁶ P.H.M. FLIPSEN – F. P.G. POTGENS, “*Tax Treaty Issues and the Cross-Border Taxation of Employee Share Options*”, *European Taxation*, IBFD, August 1999, 326

⁷⁷ J. Avery Jones, “*Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part II)*”, *Tax Notes International*, 14 August 2000, 760

employment income, based on the value of the stock options, at the time of grant. The first Country would probably conclude that, under its domestic law, the amount of the capital gain realized upon the sale of the shares, which falls under Article 13 OECD Model Convention, is the difference between the sale price and the value of the options at the time of grant. The second Country, however, would consider that the capital gain would only be the part of the gain that exceeds the value of the share at the time of the exercise of the options. As a result, the taxpayer will suffer a double taxation on a portion of that income. The following graphic might better illustrate the case:



As we can see in the picture above, a conflict of qualification arises because both residence and source country, in interpreting a Tax Treaty, will apply their domestic law to qualify a specific item of income. The source country will apply article 13(4) of the Treaty while the residence country will apply Article 15.

In principle States have the original jurisdiction to levy taxes. This is recognized by both constitutional and public international law. The domestic law of both source and residence country and the law of Tax Treaties are mutually independent legal spheres and have their own limitations and definitions⁷⁸.

According to Professor Vogel, Tax Treaties introduce international “source rules” that determine in which contracting State certain income “originates” or capital assets are “located”. They create an independent mechanism to avoid double taxation through restriction of tax claims in areas where overlapping tax claims are possible. The limitation or restriction by a contracting State of its domestic law may occur through two different methods: 1) the *exemption method* consisting in the abandonment by a Contracting State of the claim to tax in favour of the other Contracting State or 2) the *credit method* consisting in the grant of a credit against its tax for taxes paid in the other Contracting State⁷⁹. Following Professor Vogel’s *autonomous approach*, whenever an interpretation can be derived from the context of the Treaty (autonomous qualification), such interpretation should be given a priority

⁷⁸ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, 55

⁷⁹ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, 27

if the Treaty itself does not give a definition of a specific term. The Commentary on the OECD Model Convention is a very important source for the interpretation of Tax Treaties since different States can seek a common interpretation. Article 31 Vienna Convention, regarding the interpretation of Treaties, states the following:

“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to terms of the treaty in their context and in the light of its objective and purpose”.

As the main purpose of Tax Treaties is to allocate tax claims between countries, the mandate to interpret a Tax Treaty “in the light of its objective and purpose” leads to the requirement that States should seek the Treaty interpretation which is most likely to be accepted in both contracting states⁸⁰.

A potential situation of double taxation can be avoided if the residence State will apply Article 23 of the OECD Model Convention which states the following:

“Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which, in accordance with the provision of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall,, a) exempt such income or capital from tax or b) allow as a deduction from the tax on income or capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State.”

Article 23 OECD Model Convention requires the country of residence to grant a credit or exemption when the income of the resident may be taxed by the source country in accordance with the provisions of the convention. In this respect, the interpretation of Article 15 by the residence Country, defining when the former country of residence can tax income from dependent personal services, is crucial⁸¹. Paragraph 32.2 and 32.3 of the Commentary on Article 23 OECD Model Convention states the following:

“The interpretation of the phrase “in accordance with the provision of this Convention may be taxed”, which is used in both Articles, is particularly important when dealing with cases where the State of residence and the State of source classify the same item of income or capital differently for purposes of the provision of the Convention.”

“Different situations need to be considered in that respect. Where, due to differences in the domestic law between the State of source and the State of residence, the former applies, with respect to a particular item of income or capital, provisions of the Convention that are different from those that the State of residence would have applied to the same item of income or capital, the income is still being taxed in accordance with the provision of the Convention, as interpreted and applied by the State of source. In such a case, therefore, the two Articles require that relief from double taxation be granted by the State of residence notwithstanding the conflict of qualification resulting from these differences in domestic law.”

The Commentary clearly states that a conflict of qualification is based on different provisions in two national legal systems regarding the same type of income and not on a different interpretation of the provisions of the Convention. According to Professor Avery-Jones the ordinary meaning of the terms, which is indicated in Article 31 Vienna Convention, means that the question whether there are items of income which, in

⁸⁰ K. VOGEL, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Third Edition, 27

⁸¹ J. AVERY JONES, “Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part II)”, Tax Notes International, 14 August 2000, 761

accordance with the provisions of the Convention, may be taxed in the other Contracting State, must be answered only from the point of view of the source State. If the source State applies its own domestic tax law to an item of income, from its point of view it will have taxed in accordance with the provision of the Convention, assuming that the Tax Treaty does not prevent the source State from taxing income of that category. If the residence State accepts this approach, even if in its own domestic law that item of income has a different meaning, it is obliged to give relief for taxes paid in the source State⁸². Following this reasoning it seems that the problem of double taxation arising from conflicts of qualification within Tax Treaties is solved by the Commentary on Article 23 OECD Model Convention. Moreover, the “object and purpose” of a Tax Treaty is to avoid double taxation. The residence State should not use its own definitions of those categories when this could lead to double taxation⁸³.

With regard to the taxation of stock option benefits, in order to avoid double taxation, the residence State should give relief for taxes paid in the source State even if this latter qualifies that benefit under Article 13(4) OECD Model Convention while the former qualifies that benefit under Article 15 OECD Model Convention. This is true if the source State has taxed the stock option benefits in accordance with the provision of the Convention.

Example

An employee, which is a resident of “Country A” is employed by “Parent X”, resident in the same Country. The employee has agreed to receive stock options as a part of the remuneration package for the activity performed. “Country A” taxes as “income from employment” the benefits deriving from stock options at moment of grant. As stated in the agreement, after two years the employee is employed by Subsidiary Y and became a resident of “Country B” which taxes the benefits deriving from stock options as “capital gain” when the option is exercised. Under their domestic tax law both Countries tax benefits deriving from stock options on the basis of a different qualification of the type of income. This is due to the fact that each state has its own tax law and in most of cases they do not match. As a result a double taxation might arise.

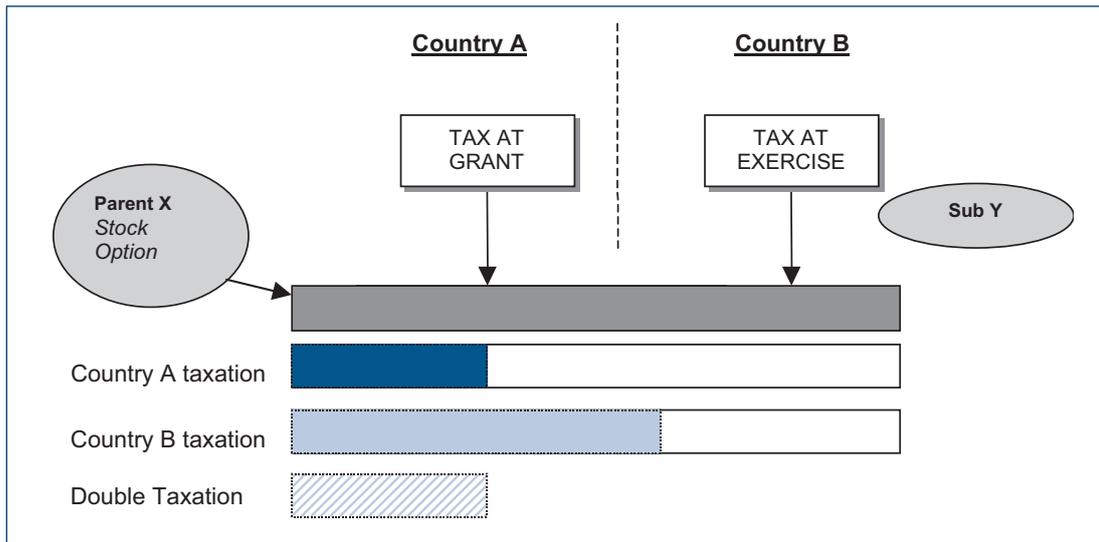
Assuming that both Countries have signed a Convention for the avoidance of double taxation based on the OECD Model, this situation of double taxation can only be partially avoided by a correct interpretation of the Convention. As stated in Part II of the present paper, there is no doubt that the benefits deriving from a stock option as a part of an employment remuneration package falls within the words of Article 15 “salaries, wages and other similar remuneration”.

Under its domestic tax law, Country A will tax as employment income stock option benefits at the time of grant. The entire procedure will be treated as a purely national transaction from Country A’s perspective when taxing at the time of grant.

With regard to the profits upon exercise, they will constitute capital gains from Country B’s perspective which will be taxed in the residence Country pursuant Article 13(4) OECD Model Convention. Country B will reject a relief for taxes paid in Country A because they don’t relate to the same category of income.

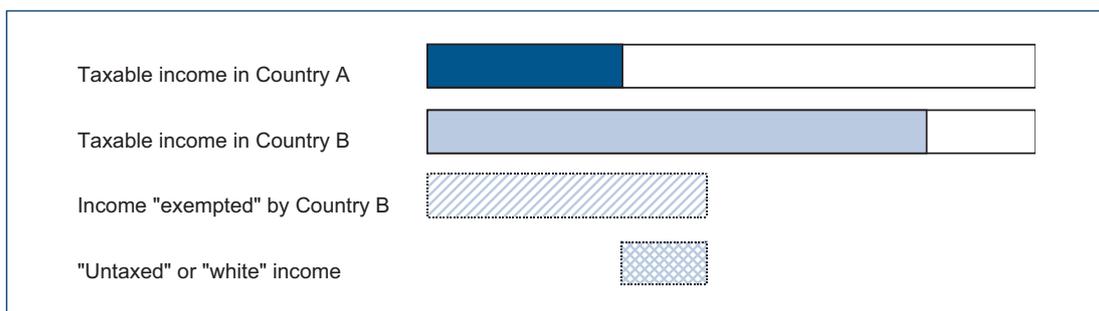
⁸² J. AVERY JONES “*Credit and Exemption under Tax Treaties in Case of Differing Income Characterization*”, European taxation, IBFD, April 1996, 134

⁸³ Commentary on Article 1, Paragraph 7 states: The purpose of a double taxation convention is to promote, by eliminating international double taxation exchange of goods and services, and the movement of capital and persons.



This is a clear case of a conflict of qualification. In order to avoid double taxation Country B should apply the provisions of Article 23, credit or exemption, of the OECD Model Convention. To the extent that Country B would agree that Country A, in taxing a stock option benefit, does not violate the treaty and did tax it in accordance with the provision of Article 15, it should give a relief on the taxes paid in Country A. Under the OECD Model Convention, since the source Country is granted the right to tax, the residence Country must grant a credit or an exemption, unless the benefits relate to employment exercised in the new Country of residence⁸⁴. In order to determine the amount on which a relief should be granted, Country B is required to identify the portion of what it views as a capital gain that corresponds to what has been taxed by Country A as employment income.

Nevertheless, a certain amount of income may remain untaxed if there is a difference between the remuneration ascribed to Country A from Country B's perspective and the remuneration on which Country A has levied taxes.



In the picture above, Country B perceives, as employment income taxed in Country A, an amount that is bigger than the effective taxable amount for which Country B grants an exemption.

A solution with regard the problem of "untaxed income" or "white income" can lie in the harmonization of tax laws, which is at present almost impossible.

⁸⁴ J. AVERY JONES "Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part II)", Tax Notes International, 14 August 2000, 742

Nevertheless, as long as stock options are concerned, in many cross border situation double taxation issues still persist. In order to avoid double taxation, the Commentary on Article 13 and 15 of the OECD Model Convention should provide some guidelines on how to address and solve these issues.

As already discussed in Chapter 5, in order to determine the period of employment from which a particular employee stock option is derived, a distinction between “vested” and “unvested” stock option should be made. It should be clearly stated in the Commentary that the benefits deriving from vested stock options should be considered as income from employment and taxed according to Article 15 OECD Model Convention. Conversely, all the benefits deriving from stock options after the vesting time should be considered capital gain and taxed according to Article 13.

2. Time mismatching

When different countries levy taxes on benefits deriving from stock options at different times, this may result in the usual problem of relieving double taxation when the States of residence and source do not tax at the same time.

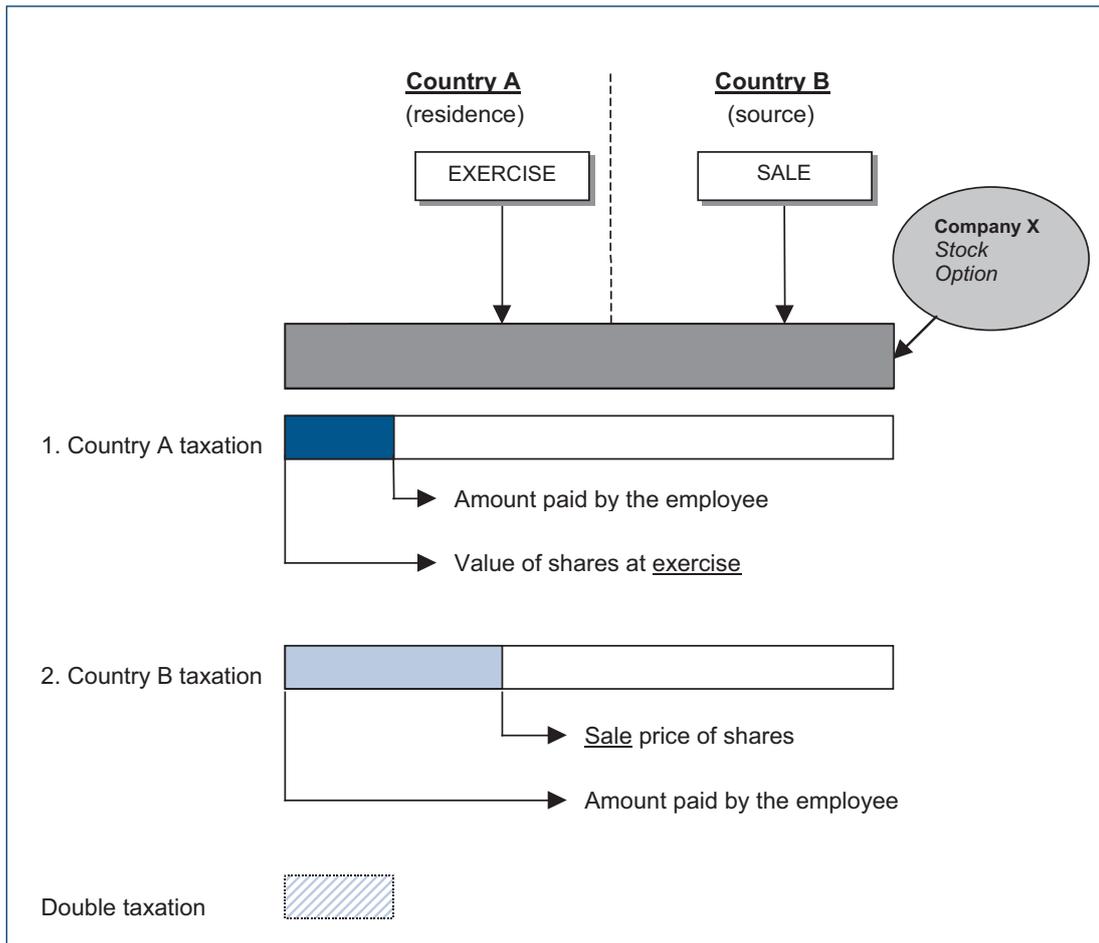
An employee is a resident in Country A. He worked one year in Country B for Company X. As a part of the remuneration package, the employee received stock options from Company X. Country A taxes benefits deriving from stock options as income from employment at the time of the exercise on the difference between the value of the shares at exercise and the amount paid by the employee. Country B taxes stock options benefits at the time of the sale of the shares and determines the taxable base by the difference between the sale price of the shares and the amount paid by the employee. The employee exercises the option in year 2 while still being resident in Country A and sells the shares acquired in year 3 when Country B will tax the gain. We assume that Country A and B have signed a Tax Treaty based on the OECD Model Convention. The following picture can better illustrate the situation:

The employee exercises the option while resident in Country A. Under its domestic law, Country A levies taxes on the stock options benefits at the time of exercise. Article 15 OECD Model Convention does not prevent Country A to levy tax on salaries, wages and other similar remuneration and therefore also on stock options benefits (n.1 in the picture).

After three years the employee sells the shares and Country B, under its domestic law, levies taxes as employment income, when the shares are sold. Under Article 15 of the Country A-B treaty, the latter is not prevented to levy taxes on stock option benefits. The condition in Article 15 for taxation by the source State is that the income concerned is derived from the exercise of employment in that State, regardless of when that income may be paid, credited, etc⁸⁵. Since State A has already taxed, in year 1, then the question is how relief from double taxation be granted by the residence country. As the OECD Draft Note⁸⁶ suggest, a method to solve this

⁸⁵ OECD Public Discussion Draft, “A cross Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans”, OECD, March 2002, 8

⁸⁶ OECD Public Discussion Draft, “A cross Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans”, OECD, March 2002



problem is to indicate in the Commentary, that the application of the provisions on relief of double taxation in the OECD Model Convention are not restricted in time. The relief must be given even if the State of residence taxes a different time than the State of source.

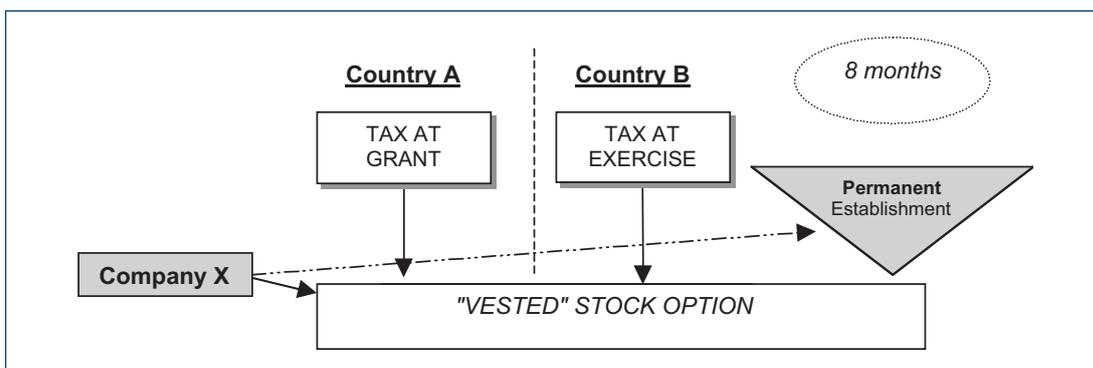
Another question is whether Country B can tax as employment income the difference between the sale price of the shares and the strike price (the amount paid by the employee). As already discussed in part II of the present paper, if an option right is accessible to an independent valuation, the value of that option is to be seen as a remuneration at the time at which the option was granted. The value that exceeds the value at the time of grant has to be considered capital gain. As a consequence, when Country B, as source country, taxes the benefits deriving from stock option at the time of sale should consider only the value of the shares at the time of grant. Obviously, this is possible if the option is “vested”. In this case, following the apportionment method based on time, Country B should tax only that part of the option value at grant that corresponds to the time that the employee has performed employment activity in Country B territory. Therefore Country A, as a residence State should grant relief only on that part of income that corresponds to the activity performed in Country B.

3. Conflicts of interpretation of facts

The majority of countries that levy taxes upon exercise perceive the benefits deriving from employees stock options as remuneration within the context of article 15 OECD Model Convention. As already discussed in Chapter 5, in a cross-border situation, each country should tax as employment income only that part of the stock options benefit that is strictly related to the employment performed in their territory. There is no doubt that benefits deriving from “vested” stock options and accessible to an independent valuation should be considered as a remuneration from employment at the time of grant. As a consequence the country in which an employee has performed the employment activity has the right to tax that stock option benefit.

Example (vested stock option)

An individual, which is a resident of Country A, is employed by Company X, resident in the same Country. As a part of a remuneration package the employee receives “vested” stock options while he is still working in Country A. Country A levies tax on the stock options benefit at the time of grant. The employee agreed to work eight months in Country B, where Company X has a permanent establishment. Country B levies taxes on the stock option benefits at the time of exercise. The options are exercised by the employee while working in Country B for Company X’s permanent establishment. We assume that both countries have signed a Tax Treaty based on the OECD Model Convention.



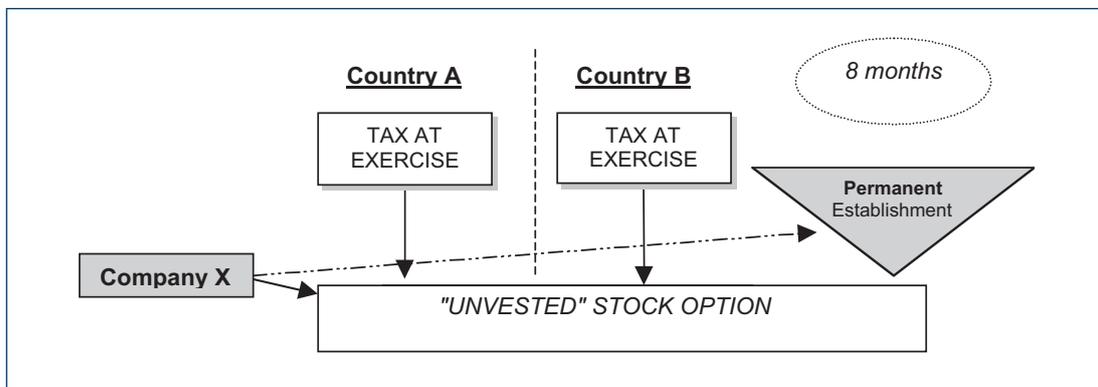
Nothing prevents Country A to levy taxes on the stock option benefits at the time of grant. A “vested” stock option is an option that is freely transferred, there are no conditions to the exercise and is accessible to an independent valuation. Therefore it will not be difficult for Country A to ascertain the value of the option. The employee exercises the stock options while working in Country B for Company X’s permanent establishment. Under the Country A - Country B Tax Treaty, Article 15 prevents Country B to levy taxes on the stock option benefits because the stock option benefits are not related to the activity performed on its territory. In this situation it is clear that Company X has granted “vested” stock options as a reward for past employment.

If it is not difficult to determine to which services the grant of a stock option relates in the case of “vested” stock options, the situation would be more complicated if the employee is granted “unvested” stock options. As was already discussed in the

second part of this paper, an “unvested” stock option is an option that is subject to certain conditions under which an employee would be prevented from exercising it unless he remains an employee of the same company for a certain period of time. This fact seems to suggest that the option rewards past and future services. In the case of “unvested” stock options, both Countries may disagree as to whether the stock option benefits relate to the period of employment. Therefore, Country A views the option as rewarding previous performance while Country B views the same option as an incentive for future performance. This is a clear conflict of facts because Country A considers that option as a reward for employment activity exercised on its territory while Country B considers part of that option as a reward for employment activity exercised on its territory. Country A does not recognize that “remuneration as is derived in Country B”. This conflict of interpretation of Article 15 may lead to a situation of unrelieved double taxation.

Example (unvested stock option)

We take the same example as above with some exceptions. In this case both countries levy taxes on exercise and Company X grants an “unvested stock option”.

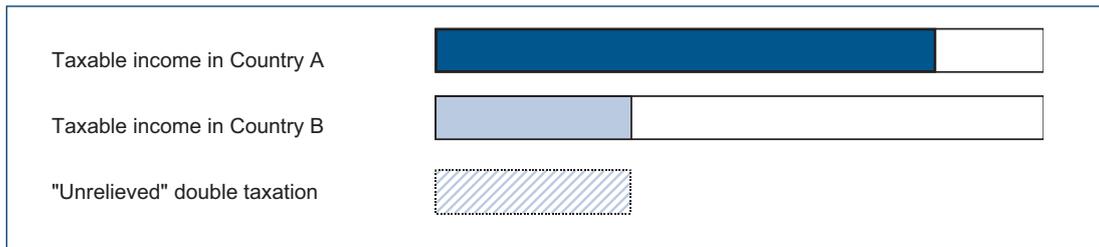


Country B perceives part of the benefits deriving from those stock options as a reward for the activity performed by the employee on its territory. Therefore at the time of the exercise it will levy tax as the source Country on stock options benefits. Country A also perceives the stock option benefits as a reward for the activity performed by the employee on its territory and will tax the benefits accordingly.

From Country A's point of view, Country B does not derive income in accordance with the provision of the Convention. Therefore, it will not give relief for taxes levied by Country B arguing that the benefits deriving from stock options are not a remuneration derived from employment exercised in Country B. Country A argues that stock option benefits are a reward for the activity performed exclusively on its territory.

In order to avoid double taxation different solutions could be considered. As suggested in the OECD Draft Note⁸⁷ the Commentary on Article 15 could provide a general set of guidelines that could be applied on a case by case basis. A solution could be to determine the period of employment based on the contractual conditions

⁸⁷ OECD Public Discussion Draft, “A cross Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans”, OECD, March 2002, 13



associated with that stock option. In general, all documents related to the grant of stock options can be a very useful source to understand to which period of employment they relate. The Commentary could clearly state that a “vested” stock option refers to a reward for past employment unless the contract specifically refers to future employment.

Another solution could be an allocation method in proportion to the period during which services are provided in each of the countries involved, as compared to whole period of service to which the option relates. It could be taken into consideration to follow the method of the Supreme Court of The Netherlands⁸⁸ based on the following fraction: “*days on which the employee performed activities abroad / total of workdays in a calendar year*”.

The mutual agreement procedure is always an option in case the States involved would reach different conclusions in applying the above principles.

Conclusions

In the more advanced capitalist countries, it has been necessary to introduce ways to enhance the involvement of workers in the activities of the enterprise in order to increase their productivity. For this reason, it is logic to assume the participation of the employees to the enterprise’s income, or to set up a way in order to grant employees shares of the company, and thus to the capital risk of the company. The employee, being the owner of the shares of the company in which he works whose nominal value is determined by the higher value of the capital, identifies himself as the owner of the company and he shares the risks. Traditionally, stock option plans have been used as a way for companies to reward the top management and the “key” employees in linking their interests with those of the company and other shareholders. More and more companies, however, now consider all of their employees as “key”. As a result, there has been an increase in the popularity of broad-based stock option plans, particularly since the late 1980s.

Under the employment agreement, the employer has the obligation to make available to his employees a relevant number of company shares or the shares of an associated company at the time of the exercise of the stock option right at a price determined in the agreement. The employer may purchase shares at the time of grant, at exercise or he may create new shares.

⁸⁸ The Netherlands Supreme Court, decisions of 24 September 1997, BNB 1998/51 and 17 December 1997, BNB 1998/52

The majority of the countries considers the grant of a future right to shares from the employer to the employee as the bestowal of a monetary advantage, therefore the intrinsic value of the option is taxed at the time of grant. Normally, a fully transferable share right is taxed at this point in time because the employer can immediately convert the option into money. Some countries, however, share the view that an option is the bestowal of a monetary advantage irrespective of whether the employee's liquidity increases prior to the sale of the option right⁸⁹. Some other countries do not recognize an income before the employee receives an amount of money or a fully transferable right. Therefore, if there are vesting restrictions on an employee stock option, the benefit should not be taxed before the option vests because the employee has not received a benefit until that time. Some countries, like France, tax stock option at the time of sale. The reason is that the employee doesn't have money to pay taxes at the time of grant.

Benefits deriving from stock options granted by an employer to an employee should be treated as a remuneration from employment activity falling under Article 15 OECD Model Convention. "Similar remuneration" is the general term that encompasses "any form of compensation" which an employee receives from his employment activity⁹⁰. In the case of stock options the employee receives a deferred compensation. To the extent that stock options and deferred compensation are similar forms of remuneration they fall within the scope of Article 15 OECD Model Convention.

If the option right is accessible to an independent valuation, the value of the option has to be considered as a remuneration at the time at which the option was granted. In that case, the profits that arise on the exercise of the option, i.e., the increase in the value of the option, fall under article 13(4) OECD Model Convention, rather than Article 15 OECD Model Convention, since this profit is no longer connected to the employment. If no value can be assigned to the option itself - since at the time at which it was granted it merely represented an uncertain chance to earn a profit - a benefit which may arise from the exercise of the option is postponed and, therefore, is income from dependent services⁹¹.

Nevertheless, it is very difficult to determine whether an employee stock option is intended to be a reward for the future, for the past or for both. In order to make an attempt in trying to solve this problem a distinction should be made between "vested" or unconditional and "unvested" or conditional stock options.

An employee who is granted a vested or an unconditional stock option does not lose the right to exercise it, even if his performance is not as good as it was in the past. Moreover, when there are no conditions a stock option can be given an independent valuation. In this case the benefits that are derived from the employee stock options have to be attributed entirely to the employment during which the option was granted.

When an employee is granted an unvested or conditional option the aim of the employer is to bind the employee to the company for a certain period of time and to stimulate him to perform better so he will receive a higher value the moment he exercise his options. The employment activity can be exercised for the same employer

⁸⁹ H. J. MOSSNER, General Report, International Fiscal Association 2000, 105

⁹⁰ K. VOGEL, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", Kluwer Law International, Third Edition, 888

⁹¹ K. VOGEL, "Klaus Vogel on Double Taxation Conventions", Kluwer Law International, Third Edition, pp. 890

in more than one country. When this is the case, the option is granted both for past and future employment and it will be not easy to determine that part of the benefit related to the employment activity performed in each of the two contracting States.

To demonstrate that an unvested stock option could be attributed a value, some countries use the so called Black-Scholes formula⁹². In order to make the options also tradable and transferable, so called synthetic markets were established: the participating employees were allowed to sell their options to the employing corporation or other participating employees.

Regarding the allocation of taxing rights between States, if an employee has agreed with the employer to perform his activity in more than one country the benefits deriving from the stock options should be allocated on the basis of the days the employee was physically present in each of the contracting States. In case it is not possible to determine the days the employee was physically present in each of the contracting States, a pro-rata basis method should be used, unless the contract does not clearly state what part of the benefits that has to be attributed to the activity performed in each of the two countries.

Cases of double taxation or non-taxation of employees stock options arise in many cross-border situations resulting from different approaches followed under the domestic law of the countries involved. These differences between countries depend, among other things, on the characterization of that income under tax treaties, to the moment of taxation and on the interpretation of facts.

Conflicts of qualification between countries arise because under their domestic laws different approaches are followed regarding the qualification and the taxation of stock option benefits. To the extent that the residence country would agree that the source country has applied a provision of the Convention that does not violate the Treaty, this conflict of qualification would be solved by the application of Article 23 OECD Model Convention.

Nevertheless, in the Commentary on Article 15 OECD Model Convention it should be clarified that the value of a stock option at the time of grant will be considered income from employment and any subsequent increase in the value of the option would be considered a capital gain. If the option is "vested", the source State could be allowed to tax only that part of the value that at the time of vesting is attributable to the employment performed in its territory. If the option is "unvested" the source State could be allowed to tax only a portion of what can be considered as an estimation of the option's value at the time of grant.

Time mismatching results from the fact that the residence State and the source State levy tax on stock option benefits at different times. When an employee changes its residence, double taxation will occur unless the new country of residence treats the stock option benefits as having arisen while the employee was a non-resident and does not tax the receipt (or grants a tax basis equal to the fair market value of the options at the time of grant⁹³). In order to avoid double taxation, the Commentary on

⁹² M. GUENKEL - C. HAGEN "The taxation of Stock options in Germany in the light of the New Jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court", *Intertax*, Vol. 30, Issue 3, Kluwer Law International, 2002, 102

⁹³ J. AVERY JONES, "Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part I)", *Tax Notes International*, 7 August 2000, 659

Article 23 OECD Model Convention should clearly state that the residence Country should give relief even if it taxes at a time that differ from the source country. Obviously, this is only valid for those States that adopted Article 23A or 23B OECD Model Convention designed for the elimination of double taxation.

Conflicts of interpretation of facts derive from the fact that countries disagree as to whether the option relates to the period of employment performed by the employee when he was physically present in their territories. In this case the method provided for in the Commentary on Article 23 OECD Model Convention will not resolve double taxation issues since the residence States do not agree that the source State has levied tax in accordance with the provisions of the Convention.

In negotiating bilateral treaties, the two contracting states should accomplish the elimination of double taxation and double non-taxation by including specific provisions in the Treaty itself or through the development of solutions in the Exchange of Notes⁹⁴. The issues that should be addressed are the type of income, the source of the income, and whether the income should be taxed based on the residence at the date of grant (or vesting) or based on the location(s) where services were performed.

In all cases where Article 23 OECD Model Convention does not relieve double taxation of the employment benefit arising from an employee stock option, the Mutual Agreement Procedure could be used. The Mutual Agreement Procedure allows the competent authorities to solve bilateral cases involving treaty provisions at a pre-dispute stage.

Table 1. Taxation of stock options in different countries

COUNTRY	GRANT	EXERCISE	SALE
Austria	Transferable options	Non-transferable options	
Australia	On election	√	
Belgium	If some conditions are met		If some conditions are met
Canada		√	
France	Non-qualified options	Qualified options	
Germany		√	
Italy	Non-qualified options	Qualified options	
Luxembourg	Transferable options	Non-transferable options	
Spain		√	
Switzerland	√		
The Netherlands (*)	Unconditional options		
United Kingdom		Unapproved options	Approved options
United States (**)		Non-qualified options	

(*) Conditional options are taxable when the conditions are fulfilled.

(**) More than one method of taxation.

⁹⁴ US-UK 2001 Double Tax Treaty. Not yet in force. Subject to approval by both Governments

Bibliography

- ADRION, H., *Compensating the international executive using stock options*, Tax Notes International, 2000, vol. 20, no. 13, p. 1481-1490.
- ANDERSEN, P.S., *Taxation of employment income under treaties in triangular cases*, European Taxation, 1998, vol. 38, no. 8, p. 269-270.
- BRAMWELL, R., HARDWICK, M. and LINDSAY, J., *Taxation of companies and company reconstructions - First supplement to the 7th edition*, Sweet & Maxwell, London, 2000, 169p.
- CARRENO, E. and MARCO, R., *Tax treatment of employee stock options*, Derivatives & financial instruments, 2002, vol. 4, no. 1, p. 17-27.
- CASHMAN, M.A. and HAMBURGER, S.A., *Global stock options: how a widely embraced incentive becomes a nightmare*, Tax planning international review, 2001, vol. 28, no. 12, p. 13-16.
- CHAUVIN, K.W. and SHENOY, C., *Stock Price Decreases Prior to Executive Stock Option Grants*, Working Paper - University of Kansas, 1996.
- COLMANT, B., *Quelques pistes de réflexion sur le projet fiscal de stock option*, Revue Generale de Fiscalité, 1998, vol. 29, no. 2, p. 47-58.
- DEFUSCO, R.A., ZORN, T.S. and JOHNSON, R.R., *The Association between Executive Stock Option Plan Changes and Managerial Decision Making*, Financial Management, 1991, no. 1, p. 36-43.
- DOUVIER, P.J., *Le régime des stock-options dans les relations transfrontalières: première partie*, Bulletin fiscal, 2001, no. 11, p. 717-713.
- FERNANDEZ, M.F. and GEBHARDT, J., *Tax treatment of employee stock options*, Derivatives & financial instruments, 2002, vol. 4, no. 1, p. 10-14.
- GAHLEITNER, G. and MORITZ, H., *The tax treatment of stock options in Austria*, Bulletin for international fiscal documentation, 2001, vol. 55, no. 4, p.147-151.
- GIULIANI, F.M., *Italy issues new stock options ruling*, Tax Analysts, 2002.
- GOLDBERG, S.H. et al., *Taxation caused by or after a change in residence*, Tax notes international, 2000, vol. 21, no. 6 and 7, pp. 643-659, p. 741-766.
- GREEN, G., GLOVER, J. and VELIOTIS, S., *Employee stock options and transfer pricing*, International tax review, 2002, vol. 13, no. 5, p. 26-28.
- GUENKEL, M. and HAGEN, C., *The taxation of stock options in Germany in the light of the new jurisdiction of the Federal Tax Supreme Court*, Intertax, 2002, vol. 30, no. 3, p. 101-106.
- HELMINEN, M., *Employee stock options and working abroad - a Finnish perspective*, Bulletin for international fiscal documentation, 2001, vol. 55, no. 7, p. 287-289.
- HICKS, A., *Foreign exchange options. An international guide to options trading and practice*, Woodhead Publishing Limited, Cambridge, 1993, 370p.
- KHAW, M., *Taxation of employee stock options*, Asia Pacific Tax Bulletin, 1998, vol. 4, no. 2, p. 67-69.
- KNIGHT, R.A. and KNIGHT, L.G., *Have incentive stock options lost their value as a management compensation tool?*, The Tax Executive, 1988, vol. 40, no. 2, p. 131-136.
- KRIEGBAUM, K.E., *Changes in Danish tax legislation*, Tax Planning International, 1998, vol. 25, no. 1, p. 21-22.
- LAMBERT, R.A., LANEN, W.N. and LARCKER, D.F., *Executive Stock Option Plans and Corporate Dividend Policy*, Journal of Financial and Quantitative Analysis, 1989, p. 409-425.
- LOMBARDI, M., *Clarifications on new stock options rules*, European Taxation, 1998, vol. 38, no. 3, p. 99-100.
- LOMBARDI, M., *New rules on taxation of employee stock options as fringe benefits*, European Taxation, 1997, vol. 37, no. 12, p. 466-470.
- MESSINEO, A.E., *Dual residence and other tax issues affecting employment income under the Brazil-Japan treaty*, Bulletin for International Fiscal Documentation, 1996, vol. 50, no. 10, p. 459-462.
- MICHAELSON, S., *Employee stock options revisited*, Canadian Tax Journal, 1992, vol. 40, no. 1, p. 114-147.
- MOLL PENDERSEN, B., *Tax treatment of stock options in Denmark*, Bulletin for international fiscal documentation, 2001, vol. 55, no. 11, p. 562-570.
- MONTEIRO, M. and SHAH, K., *India clears the way for stock options*, International tax review, 2000, vol. 11, no. 1, p. 17-19.

- NAVARRETE, M. and CARRIO, G., *Chile's taxation of stock options is open to interpretation*, Tax notes international, 2002, vol. 26, no. 4, p. 485-487.
- OHO, W., *The twist in the stock option tale*, International Tax Review, 1998, vol. 9, no. 6, p27-28.
- PALAO, C., *Agitation in Spanish law on stock options*, Bulletin for international fiscal documentation, 2000, vol. 54, no. 4, p. 181-185.
- PORTNER, R., *Employee stock options: law and taxation in Germany*, Tax Planning International, 1997, vol. 24, no. 9, p. 8-13.
- PÖTGENS, F.P.G., *The closed system of the provisions on income from employment in the OECD Model*, European taxation, 2001, vol. 41, no. 7 and 8, p. 252-263.
- SANDLER, D., *The tax treatment of employee stock options : generous to a fault*, Canadian tax journal, 2001, vol. 49, no. 2, p. 259-319.
- SAUNDERS, R., *Achieving tax-free capital gains by changing residence*, Tax Planning International, 1993, vol. 20, no. 4, p. 18-21.
- TEITELBAUM, M.A., *Planning with executive stock options. Maximizing dollars for investment while minimizing taxes*, 1998, 29p.
- TISCHENDORF, S., *Planning for stock options in Germany*, International Tax Review, 1998-1999, vol. 10, no. 1, p. 39-40.
- TUNDO, F., *Le C.D. Stock Options nell'imposizione sui redditi: problematiche interpretative e profili applicativi*, Diritto e Pratica Tributaria, 2001, 79-100.
- VAN MENS, H.L., *Tax planning and corporate responsibilities of board-members*, Kluwer Law International, The Hague, 1995, 86p.
- VAN RAAD, K. (ed.), *Materials on International & EC Tax Law*, International Tax Center, Leiden, 2001, 1648p.
- VAN STEENWINCKEL, J., *Options sur actions : l'avis aux employeurs et la brochure explicative jointe à la formule de déclaration à l'impôt des personnes physiques sont contraires à la loi*, Revue générale de fiscalité, 2002, vol. 33, no. 2, p. 27-46.
- VERDINGH, Y., *New fiscal regime for stock options*, Intertax, 1999, vol. 27, no. 12, p. 460-474.
- VESELEY, H. and SHANNON, H., *Income tax treatment of US stock options plans in Europe*, Intertax, 1994, no. 2, p. 46-71.
- VILLEMOT, D., *Tax treatment of employee stock options*, Derivatives & financial instruments, 2002, vol. 4, no. 1, p. 14-16.
- VOGEL, K. et al., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, 1688p.
- WYDAJEWSKI, B.K., *International perspectives: overview of foreign taxation of stock options*.
- X, *The taxation of international executives*, KPMG - Klynveld Peat Marwick Goerdeler, Amsterdam, 1990, 266p.
- X., *Setting up a European share ownership scheme*, Management Europe, 1989, vol. 28, no. 3, p. 5-9.
- X., *Aspects fiscaux des stocks options*, Droit Fiscal Juris Classeur Periodique, 1995, vol. 47, no. 27, p. 1104-1108.
- X., *Restricted stock and stock options under tax reform act*, CCH Commerce Clearing House, Chicago, 1970, 32p.
- YEUNG, D., *Taxation of stock options*, Asia Pacific Tax Bulletin, 1998, vol. 4, no. 7, p294.
- ZOBAYAN, M., *Response to underwater stock options may have unforeseen effects*, Tax notes international, 2002, vol. 25, no. 10, p. 1107-1109.

About An International Tax Law Course*

(A review of V. Uckmar, *International Tax Law Course*, Cedam, Padova, 2002)

Vincenzo Pace

Following a quick selling out of the first version of this interesting International Tax Law Course, *Victor Uckmar* has completed his important work – coordinating with acknowledged skill the work of experienced scholars and young scholars mostly trained by himself - making the presentation of issues more substantial and exhaustive, thanks to proper updating and new and authoritative contributions.

The book under review gives a full and articulate picture of international tax law; *Victor Uckmar* has made a valuable contribution to the scientific organization of such discipline, in accordance with an ancient tradition of thought of our country which refers, as *Uckmar* himself reminds, to the famous 1949 Udina's "Treaty", which is a landmark for subsequent doctrine and for the progress of the legal system.

Uckmar, who reserves for himself the task of defining the objectives of such Course and of dealing with his favourite subjects, *i.e.* Conventions and Treaties, enters immediately into the merits of the matter with an apparently formal distinction that he clearly defines: a distinction between "international tax law" concerning the relationship with taxpayers and "international law for tax matters" concerning relations between States.

After having described the evolution of the first one, the author gets to the core of the problem reminding the strong opposition met as a consequence of the sovereignty issue; he also draws the attention to the main problems related to the free movement of goods, which is hampered by double taxation, and to the efforts for combating tax evasion, including the effects, in the tax field, of market globalization, in order to get to a useful review of what are presently considered as the most complex problems, *i.e.* harmful tax competition and problems raised by e-commerce.

As stated before, after having defined the objectives of the course, *Uckmar* discusses the subject of international tax treaties drawing a detailed historical outline, which exactly identifies objectives and functions of such treaties. This analysis accurately describes the procedures which lead to the starting up and conclusion of treaties, making reference to the three following groups of factors: the economic effects of the Treaties establishing the European Communities, the origin and evolution of treaties for the avoidance of double taxation, with a special reference to Latin America, as well as new instruments related to the OECD Models. He also mentions the issue of the *abuse* of tax treaties, and includes a useful Bibliography and a still more useful list of the Conventions for the avoidance of double taxation.

* Translated in English by Carmela Ianniello and Sebastiana Romeo.

All this is the starting point of the long path of the book which appropriately opens with the accurate lesson by *Vito Tanzi* on the supposed implications of globalization and tax competition for the future of tax systems.

The effectiveness of the conclusions is duly supported, in the present work, by a specific analysis of the crucial points of tax systems which are taxes on sales, taxes on business income and taxes on individual income.

Claudio Sacchetto, a scholar paying particular attention to international effects, is entrusted – a task which is performed in an excellent and innovative way compared to the previous edition – with organizing the complex system of the sources used at international level, constituted by customary principles and schemes of Common Law systems, which give rise to adjustment problems when applied to national systems and, in particular, to the Italian system.

The double taxation issue, highlighted by *Uckmar*, is structured and expanded thanks to the contributions of *Federico Maria Giuliani* and *Remo Dominici* who both manage to point out, even if under different perspectives, the need for uniformity, for which a considerable work has been carried out by the OECD, outlining mutual agreement procedures and representative models.

Before getting to the merits of the issues, it is worth remembering the outstanding contribution by *Pietro Adonnino* on the subject of international tax planning, which is a issue he is particularly interested in. By resuming a useful systematization – providing a clear definition of the actual meaning of “international tax planning” – the author examines, with great expertise, its impact on business evaluation, highlighting the possible conflict with the widespread anti-avoidance legislation and pointing out core issues such as transfer pricing and tax havens.

The long essay by *Carlo Garbarino* also gets to the core of the matter; by introducing the issue of business income, it focuses on a typical international enterprise, *i.e.* a multinational enterprise. Accurate definitions are provided, with reference also to the group activity and to Controlled Foreign Companies. The essay also considers, in brief, the permanent establishment, a topic which is further developed later in the book.

In fact, *Antonio Lovisolo*, who made an in-depth analysis of the subject, defines – in its presentation – the scope of the permanent establishment and evaluates its capacity to become subject to taxation, especially as regards value added tax system.

Business income, in the form described in the OECD Model Convention, is analyzed in a precise and accurate way by *Francesco Tundo*. The author highlights the influence of localization, on the one side, and the limited tax liability of permanent establishment on the other side, together with the problems connected to pro rata imputation.

Issues related to territoriality are thoroughly pointed out and discussed in the long essay by *Heleno Taveira Torres*, who tackles the principle which is complementary or opposite to the worldwide income taxation principle. It is interesting both for the classifications and for the criteria to be used as a basis for credit allocation.

Giuseppe Marino complements the analysis, by dealing with the issue of residence which is investigated in detail with reference to citizenship first, then to tax

avoidance and lastly in relation to individuals, legal persons and entities in order to reach consistent conclusions on the concept of residence in tax law.

Enterprise becomes the focus of this interesting book again in the work of *Dario Stevanato*, proposing an interesting reconstruction of international company reorganizations and the so-called hidden capital gains.

Francesca Balzani focuses her attention on Transfer Pricing and thoroughly examines – by referring to the contribution of the OECD and to national legislations – traditional TP methods.

Two presentations by *Giuseppe Corasaniti* deal with dividends, interest, royalties, capital gains, double taxation and Trusts, with reference again to OECD models.

Also in this case, the extensive and clear presentation provides the reader with a useful specification and analysis of a generally complex matter.

Giovanni Puoti, an expert of problems related to taxation of employment income, provides, with reference to the OECD Model, an accurate and interesting definition of subordinate employment and self-employment exercised abroad, as a basis for effective rules aimed at avoiding double taxation.

Albert J. Raedler in a short essay highlights, in an effective way, interesting prospects resulting from recent directives, which could be useful to solve problems related to mobility in the European Union, and new developments provided by the OECD on the subject.

Lorenzo De Angelis explores again Trusts, rising interesting questions concerning substantial and tax law, in relation to their recognition in the Italian legislation.

Great problems and great principles, arising specifically in the European framework, are once again the focus of the attention of the work of *Fabrizio Amatucci*, who discusses in detail the non-discrimination principle with reference both to permanent establishments and to tax incentives for foreign companies.

Pasquale Pistone reintroduces the issue - which he has already discussed and which has been mentioned in the introduction by *Uckmar* – of the abuse of law and tax avoidance, analysing the concept in general terms with reference to international tax law as a whole.

Treaty abuse is also discussed in the presentation by *Tuljo Rosembuy* who expands on the subject making reference to the US Model and to the anti-abuse clauses proposed by the OECD.

Another presentation by *Giuseppe Marino* clarifies the issue of tax havens and their recent evolution and makes an in-depth analysis of three specific points: CFC legislation, the European Code of Conduct and the OECD Reports on harmful tax competition.

Roberto Franzè as well discusses CFC legislation, focusing in particular on its subjective and objective elements.

The two presentations by *Franco Roccatagliata* and *Andrea Amatucci* make a specific reference to Community tax law.

The first one makes an excursus into European tax legislation and more specifically into Treaty legislation and outlines the evolution of problems related to harmonization which are now making way to more challenging coordination choices.

Andrea Amatucci, on the other side, gives a valid contribution on the issue of transposition of Community legislation into national legislation, enhancing the effectiveness of treaties and pointing out the importance of self-executing Community acts, illustrating and organizing the various doctrinal interpretations of the subject.

Piera Filippi reconsiders all the issues so far discussed, with reference to international relations in the value added tax system, giving an exact description of the present reality and suggesting, in the light of the work of the Court of Justice and of recent directives, useful development prospects.

Customs duties, presently a question of topical interest in Italy and abroad, are accurately examined by *Sara Armella* who – providing a critical evaluation in a complex and general context – makes a precise comparison between the European experience and the experience of Mercosur and Nafta.

The works of *Paul R. McDaniel* and *Josè Vicente Troya Jaramillo* are also focused on Nafta and the Andean Community and provide a detailed and interesting picture of these specific situations.

Mauricio Alfredo Plazas Vega, from a well supported theoretical point of view, reintroduces the issue of the classification of direct and indirect taxes in the Community tax law, considering concepts such as the ability to pay and tax incidence which have always served as a basis of such classification, in financial matters.

Antonio Uckmar introduces another interesting aspect from the international tax law point of view, concerning the scope of the activity of World Trade Organization, the functions and the activity of which are examined closely together with the interaction with the GATT in this field.

E-commerce is discussed by *Ruben O. Asorey* who, starting from the analysis of the legislation in the USA, Germany and France, highlights some basic principles in this matter, and considers the hypothesis of the bit tax.

Lastly, *Pietro Adonnino* adds, to the above-mentioned work on tax planning, useful considerations on another important issue, *i.e.* the exchange of information between tax administrations, investigating its possibilities and limits.

This interesting book concludes with the valuable methodological consideration by *Jap Van Hoorn jr.* who suggests useful tools to deal, from a theoretical and a practical point of view, with the complex issues of international tax law.

Thanks to the experienced capacity of analysis and the authoritativeness of the source, readers have at their disposal useful teaching and theoretical material which is added and concludes a work from which scholars and students may certainly benefit.

A proposito di un Corso di diritto tributario internazionale

(Recensione a V. Uckmar, *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Cedam, Padova, 2002)

Vincenzo Pace

Esaurita in breve tempo la prima versione di questo interessante Corso di diritto tributario internazionale, VICTOR UCKMAR - coordinando con riconosciuta maestria il lavoro di studiosi maturi ed esperti e di giovani, per lo più da lui stesso formati - ha portato a termine questo ponderoso lavoro, dando all'intera materia solidità di espressione e completezza espositiva, che ben può attribuirsi ad opportuni aggiornamenti e a contributi nuovi ed autorevoli.

Riesce, ormai, ad evidenziarsi dal volume in esame un quadro completo ed articolato del diritto tributario internazionale alla cui sistemazione scientifica VICTOR UCKMAR ha contribuito in maniera rilevante nel segno di una tradizione di pensiero che prende le mosse, nel nostro Paese, da tempi lontani e che trova - come ricorda lo stesso *Uckmar* - nel celebre "Trattato" di Udina del 1949 un punto fermo, cui ha potuto ispirarsi la dottrina successiva e lo stesso evolversi dell'ordinamento.

UCKMAR, che riserva per sé il momento definitorio del disegno del Corso e quello che gli è caro delle Convenzioni e dei Trattati, entra subito nel merito con una distinzione, apparentemente formale, tra "diritto tributario internazionale" e "diritto internazionale tributario" che risolve opportunamente, riferendo la prima al rapporto con i contribuenti e la seconda al rapporto tra gli Stati.

Identificata l'evoluzione del primo dei due diritti, l'Autore va al centro del problema ricordando le forti resistenze sempre frapposte dalla questione delle sovranità e da qui parte un armonico richiamo dei principali problemi legati, da un lato, alla liberalizzazione dei movimenti delle merci, cui fa da ostacolo la doppia imposizione e, dall'altro, agli sforzi per contrastare l'evasione e a ciò che significa, sotto il profilo fiscale, la globalizzazione del mercato per pervenire, nell'utilità della rassegna, alla identificazione dei problemi più complessi ed attuali rappresentati dalla concorrenza fiscale dannosa e dall'emergere del commercio elettronico.

Tracciato il disegno - come si è detto - *Uckmar* riserva a sé il tema dei Trattati internazionali in materia tributaria e di essi fornisce un compiuto cenno storico che individua, puntualmente, gli scopi e le funzioni ad essi affidati. L'analisi è puntuale nell'individuazione delle procedure di formazione e di conclusione, avendo a riferimento tre gruppi significativi per i quali si valutano, in particolare, gli effetti economici dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee, la genesi e l'evoluzione di quelli relativi alla doppia imposizione con un riferimento particolare all'America Latina nonché l'emergere di utilità connesse ai modelli OCSE. Annota, infine - prima di una

utile bibliografia e di un ancor più utile elenco delle Convenzioni contro la doppia imposizione - la questione relativa all'*abuso* dei Trattati in materia tributaria.

Da tutto ciò prende spunto il lungo percorso dell'intero volume che, opportunamente, si schiude con la puntuale lezione di VITO TANZI sulle implicazioni ipotizzate per il futuro dei sistemi tributari dalla globalizzazione e dalla concorrenza fiscale.

L'efficacia delle conclusioni è ben supportata, in questo lavoro, da un'analisi specifica riservata ai punti nevralgici dei sistemi tributari costituiti dalle imposte sulle vendite, da quelle sul reddito d'impresa ed, infine, da quelle sui redditi individuali.

A CLAUDIO SACCHETTO, studioso anch'egli particolarmente attento ai riflessi di carattere internazionale, è affidato il compito - che assolve in maniera egregia ed innovativa sulla precedente edizione - di mettere ordine nel complesso sistema delle fonti utilizzate in ambito internazionale e costituite da principi e schemi consuetudinari tipici degli ordinamenti di *Common Law*, da cui scaturiscono problemi di adattamento agli ordinamenti interni ed, in particolare, a quello italiano.

Il tema della doppia imposizione, evidenziato da UCKMAR, trova sistemazione ed approfondimento nei contributi di FEDERICO MARIA GIULIANI e di REMO DOMINICI che riescono a mettere bene in evidenza, sia pure in prospettive diverse, le necessità di uniformità cui dà un contributo rilevante l'OCSE, delineando procedure amichevoli e modelli rappresentativi.

Prima di arrivare al merito dei problemi, va annotato il contributo di rilievo offerto da PIETRO ADONNINO al tema, a lui caro, della pianificazione fiscale internazionale. Riprendendo utili sistemazioni - da cui emerge una chiara definizione di ciò che ormai si intende per "pianificazione fiscale internazionale" - questo Autore, con ampia competenza, ne esamina i riflessi nelle valutazioni aziendali, evidenziando il possibile conflitto con l'ormai diffusa normativa antielusiva, non dimenticando di puntualizzare temi centrali come quelli dei prezzi di trasferimento e dei paradisi fiscali.

Conduce al merito delle cose l'ampio saggio di CARLO GARBARINO che, introducendo il problema dei redditi d'impresa, ferma la sua attenzione ad una tipica impresa del contesto internazionale, qual è appunto l'impresa multinazionale. Per essa si offrono puntuali definizioni, con riferimento anche all'operare in gruppo e, poi, alle c.d. *Controlled Foreign Companies*. Qui compare, in efficace sintesi, un tema ulteriormente sviluppato che è quello della stabile organizzazione.

Infatti, Antonio Lovisolo, cui si devono analisi apprezzabili in materia, consente - nel suo intervento - di definirne la portata, di valutarne la capacità di essere centro di imputazione soggettiva e forza di attrazione, in particolare nel sistema della tassazione del valore aggiunto.

Il reddito d'impresa, invece, con riferimento alla configurazione che vi riesce a dare il modello di Convenzione OCSE, è oggetto di una puntuale e informata esposizione di FRANCESCO TUNDO. Questo Autore, infatti, riesce ad evidenziare bene le implicazioni che in tale contesto assume, da un lato, la localizzazione e, dall'altro, la forza di attrazione limitata della stabile organizzazione ed, inoltre, le questioni dell'imputazione pro-quota.

I temi della territorialità risultano, con dovizia di argomentazioni, sottolineati e precisati nel lungo saggio di HELENO TAVEIRA TORRES che si confronta con il principio complementare od opposto del *World Wide Income Taxation*. Interessanti, qui,

sono, da un lato, le classificazioni e, dall'altro, i criteri da assumere a base dell'imputazione del credito.

GIUSEPPE MARINO completa questi punti, facendo riferimento al tema della residenza che, con apprezzabili criteri definitivi, analizza partitamente prima con riferimento alla cittadinanza, poi con riferimento al fenomeno elusivo e, successivamente, in relazione alle persone fisiche e alle società ed enti per trarne conclusioni unitarie sul concetto di residenza in diritto tributario.

L'impresa torna al centro dell'attenzione di questo interessante Manuale con il lavoro di DARIO STEVANATO che propone una interessante ricostruzione del complesso tema delle riorganizzazioni societarie internazionali e delle c.d. plusvalenze latenti.

FRANCESCA BALZANI dedica attenzione ampia e diffusa al *Transfer Pricing* e - ricordando anch'essa sia gli apporti OCSE che le normative nazionali - analizza, con grande approfondimento critico, i metodi tradizionali di calcolo.

Due contributi di GIUSEPPE CORASANITI, facendo sempre riferimento a modelli OCSE, toccano il tema dei dividendi, interessi, canoni e plusvalenze e della doppia imposizione e dei *Trusts*.

Anche qui l'ampiezza e la chiarezza espositiva contribuisce ad offrire al lettore una utile puntualizzazione ed analisi di argomenti solitamente complessi.

GIOVANNI PUOTI, attento conoscitore delle problematiche della tassazione dei redditi di lavoro, propone con riferimento al modello OCSE una puntuale ed interessante definizione di attività di lavoro dipendente ed autonomo prestato all'estero, come base di una efficace normativa atta a contrastare problemi di doppia imposizione.

ALBERT J. RAEDLER, in un breve saggio, riesce ad evidenziare, in maniera efficace, interessanti prospettive avanzate da recenti direttive, utili a risolvere problemi di mobilità nell'ambito della Comunità Europea e nuovi sviluppi offerti, in tal senso, dall'OCSE.

LORENZO DE ANGELIS ritorna sul *Trust*, proponendo interessanti questioni di diritto sostanziale e tributario, connesse al suo riconoscimento nell'ordinamento italiano.

Ritornano i grandi problemi ed i grandi principi, modellatisi particolarmente in ambito europeo, con il lavoro di FABRIZIO AMATUCCI, che approfondisce la questione del divieto di discriminazione con riferimento sia alle stabili organizzazioni che al problema delle agevolazioni per le imprese straniere.

Pasquale Pistone ripropone il tema, da lui ampiamente analizzato e già accennato con enfasi da UCKMAR nell'introduzione, dell'abuso del diritto e dell'elusione fiscale, generalizzando il concetto con riferimento all'intero diritto tributario internazionale.

L'abuso di Trattato ritorna anche nel contributo di TULJO ROSEMBUY che ne approfondisce ulteriormente i termini con riferimento al modello EEUU e alle clausole antiabuso proposte dall'OCSE.

Esplicita il discorso sui paradisi fiscali e sulla loro più recente evoluzione un altro contributo di GIUSEPPE MARINO, che si sofferma in particolare su tre punti significativi: le legislazioni sulle CFE, il Codice di Condotta Europeo nonché i Rapporti OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa.

Anche ROBERTO FRANZÈ ritorna sulle c.d. legislazioni relative ai CFC, analizzando di questa legislazione gli elementi soggettivi ed oggettivi.

Il diritto tributario comunitario trova negli interventi di FRANCO ROCCATAGLIATA e di ANDREA AMATUCCI due punti di riferimento specifico.

Il primo, infatti, facendo un *excursus* sull'ordinamento fiscale europeo e sulla particolare normativa dei Trattati, offre un quadro dell'evolversi delle tematiche di armonizzazione ormai prossime alle scelte più impegnative di coordinamento.

ANDREA AMATUCCI, invece, offre un sicuro appoggio sulla delicata questione del trasferimento dalla normativa comunitaria alla normativa interna, valorizzando la efficacia dei Trattati e sottolineando l'utilità degli atti comunitari *self-executing*, dando alle numerose letture dottrinali sul tema una puntuale rappresentazione e una opportuna sistemazione teorica.

PIERA FILIPPI ripropone l'intera problematica, fin qui discussa, nell'ambito della delicata questione dei rapporti internazionali nel sistema dell'imposizione sul valore aggiunto, cogliendone esattamente la realtà attuale ed avanzando, alla luce dell'operato della Corte di giustizia e di recenti direttive, utili prospettive di sviluppo.

I dazi doganali, ritornati per certi aspetti di attualità nel dibattito italiano e non, sono esaminati con puntuale informazione da SARA ARMELLA che – riproponendone una valutazione critica in un contesto articolato e generale - consente di evidenziare un opportuno raffronto di esperienze tra quella europea e quella del Mercosur e del Nafta.

Sempre con riferimento ai temi del Nafta e della Comunità Andina sono dedicati i lavori di PAUL R. MCDANIEL e di JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO che offrono un quadro di quelle particolari situazioni molto dettagliato ed interessante.

MAURICIO ALFREDO PLAZAS VEGA, in una prospettiva teorica molto bene argomentata, ripropone il problema della classificazione delle imposte dirette ed indirette nel diritto tributario comunitario, riflettendo su categorie come la capacità contributiva e l'incidenza fiscale che sono state, da sempre, nelle discipline finanziarie, alla base di tali criteri classificatori.

ANTONIO UCKMAR introduce un altro aspetto di grande interesse per le prospettive del diritto tributario internazionale, relativamente al campo di operatività dell'Organizzazione Mondiale del Commercio di cui esamina, approfonditamente, le funzioni e l'operare senza, tuttavia, trascurare le interferenze che tale ambito propone con il GATT.

Al commercio elettronico dedica ulteriore attenzione RUBEN O. ASOREY che, partendo da una analisi delle normative degli Stati Uniti, della Germania e della Francia, propone alcuni principi fondamentali rilevanti per la particolare materia, soffermandosi anche sulla ipotesi della c.d. *bit tax*.

Infine, PIETRO ADONNINO aggiunge, al lavoro prima ricordato sul *tax planning*, utili considerazioni su altro tema rilevante che è quello dello scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie, per il quale precisa possibilità e limiti.

Chiude questo interessante Volume la valida considerazione metodologica, fatta da JAP VAN HOORN JR., che aggiunge l'indicazione di strumenti utili per affrontare, sotto il profilo teorico e pratico, le complesse tematiche del diritto tributario internazionale.

L'esperta capacità di analisi e l'autorevolezza della fonte consentono ai lettori di disporre di un materiale didattico e teorico di grande utilità che si aggiunge e conclude un'opera di cui studiosi e studenti non hanno che da profittare.

Indice anno 2002

Sezione I - Dottrina

Section I - Academic Writings

- **PIETRO ADONNINO**
Tax regimes of shipping and air transport enterprises III, 50
 Profili impositivi delle imprese di trasporto aereo e marittimo III, 7

- **FRANCESCO AMYAS D'ANIELLO**
Note at Opinion of the Economic and Social Committee on "Direct company taxation" (2002/C 241/14) – 7.10.2002 EN C 241/75 Official Journal of the European Communities III, 248
 Nota a Parere del Comitato economico e sociale riguardante "L'imposizione diretta delle imprese" (2002/C 241/14) – 7.10.2002 IT C 241/75
Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee III, 219

- **EVA ANDRÉS AUCEJO**
Los instrumentos deflactivos del contencioso tributario en Italia. En especial "l'accertamento con adesione". Analisis cualitativo y cuantitativo II, 200

- **EVA ANDRÉS AUCEJO**
Evaluacion de la litigiosidad en el "Rapporto tributario in Italia" II, 244

- **PIETRO ANTONINI**
The compatibility of CFC legislation with tax treaties (testo integrale) III, 297
 La compatibilità della normativa sulle CFC con i trattati internazionali in materia di doppia imposizione (*abstract*) III, 295

- **DOMENICO ARDOLINO**
Note at Judgment November 8, 2001, C-143/99 on Tax on energy Rebate granted only to undertakings manufacturing goods - State aid I, 73
 Nota a Sentenza 8 novembre 2001, C-143/99 riguardante: Imposta sull'energia - Rimborso alle sole imprese produttrici di beni materiali – Aiuto concesso da uno Stato I, 82

- **FRANCO BATISTONI FERRARA**
 L'accertamento con adesione e l'interpello II, 9

- **JOSÈ OSVALDO CASÀS**
Los mecanismos alternativos de resolution de controversia tributarias en Italia y America del Sur II, 49

Indice anno 2002

- **SERENELLA CRISAFULLI**
The exchange of information in the Convention between Italy and Ukraine for tax purposes III, 284
 Lo scambio di informazioni nella Convenzione fra l'Italia e l'Ucraina in materia fiscale III, 276
- **MASSIMILIANO DI PACE**
Environmental taxation - Motivation, characteristics, advantages (and disadvantages), measures, use and effects (abstract) I, 153
 La tassazione ambientale - Motivazioni, caratteristiche, vantaggi (e svantaggi), strumenti, utilizzo ed effetti (testo integrale) I, 160
- **SERGIO ENDRESS GÓMEZ**
Mecanismos alternativos de resolución de controversias en el régimen tributario Chileno II, 89
- **AUGUSTO FANTOZZI**
Taxation of permanent establishments: issues and prospects for the future I, 13
 L'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni: problematiche e prospettive I, 9
- **JOSÈ JUAN FERREIRO LAPATZA**
Los mecanismos alternativos para la resolución de las controversias en el ordenamiento tributario español II, 41
- **CARLO GARBARINO**
 La tutela giustiziale tributaria tra procedimento e processo II, 16
- **CRISTIANO GARBARINI**
Note at Supreme Court of Cassation, Tax section, Judgment no. 3410, 8th March 2002, on scope of the EC principle of non-discrimination in taxation I, 100
 Nota a Corte Suprema di cassazione, sez. tributaria, sentenza n. 3410 dell'8 marzo 2002 in tema di portata del principio comunitario di non discriminazione fiscale I, 113
- **CÉSAR GARCÍA NOVOA**
Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias su introducción en el derecho español II, 146
- **MARY ELBE GOMES QUEIROZ**
Os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias tributárias: experiências no Brasil II, 105

Indice anno 2002

- **MICHAEL LANG**
The concept of permanent establishment and its interpretation I, 16
 Il concetto di stabile organizzazione e la sua interpretazione I, 22

- **MARTIN LAUSTERER**
Taxation of permanent establishments: issues and perspectives from the European Court of Justice III, 88
 L'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni – Prospettive dalla Corte di giustizia europea III, 116

- **GAETANO LICCARDO**
 Atti del Convegno di S.Leucio 9 settembre 2002. Presentazione II, 5

- **ADDY MAZZ**
Mecanismos alternativos de solucion de controversias en Uruguay II, 176

- **LUCA C.M. MELCHIONNA**
International Fiscal Competition (IFC) and International Tax Law (abstract) I, 205
 Concorrenza fiscale internazionale e Diritto internazionale tributario: spunti e riflessioni (testo integrale) I, 207

- **MAURICIO A PLAZAS VEGA**
El arbitramento y los métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria y su aplicación en Colombia II, 94

- **NICOLA PENNELLA**
VAT Directive 65/2000/EC on the person liable for payment of tax for transactions carried out in another Member State and its implementation in Italy III, 171
 La direttiva 65/2000/CE sul debitore d'imposta Iva per le operazioni effettuate in un altro Stato membro e la sua attuazione in Italia III, 146

- **PASQUALE PISTONE**
Note at Fifth Chamber, Judgment May 30, 2002, C-516/99, on concept of "court or tribunal of a Member State" within the meaning of Article 234 EC – Lack of jurisdiction of the Court of Justice III, 197
 Nota a sentenza 30 maggio 2002, C-516/99 della Corte di Giustizia europea, sezione V, in materia di libertà di circolazione dei capitali – Giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 CE– Incompetenza della Corte III, 202

Indice anno 2002

- **PASQUALE PISTONE E CARLO ROMANO**
Report on the proceedings of the 56th Congress of the International Fiscal Association – Oslo 25-29 August 2002 III, 348
- **FRANCO ROCCATAGLIATA**
European Community concept of permanent establishment: Tax harmonization or coordination? I, 37
Nozione comunitaria di stabile organizzazione: armonizzazione o coordinamento fiscale? I, 28
- **CARLO ROMANO E PASQUALE PISTONE**
Report on the proceedings of the 56th Congress of the International Fiscal Association – Oslo 25-29 August 2002 III, 348
- **JOSÉ A.ROZAS VALDÉS**
La resolución de controversias tributarias en el ordenamiento americano II, 193
- **JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ**
El denominado escudo fiscal: la experiencia española I, 46
Il cosiddetto scudo fiscale: l'esperienza spagnola I, 58
- **HELENO TAVEIRA TORRES**
Medidas alternativas para resolução de conflitos entre Administração e contribuintes - Aexperiência brasileira II, 110

Sezione II - Giurisprudenza

Section II - Decisions of the Courts

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

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

- 1A) **Tax on energy - Rebate granted only to undertakings manufacturing goods – State aid** (Judgment November 8, 2001, C-143/99, with note of DOMENICO ARDOLINO) I, 73
- 1B) **Imposta sull'energia - Rimborso alle sole imprese produttrici di beni materiali – Aiuto concesso da uno Stato** (Sentenza 8 novembre 2001, C-143/99, con nota di DOMENICO ARDOLINO) I, 82

Indice anno 2002

- 2A) **Concept of “court or tribunal of a Member State” within the meaning of Article 234 EC Lack of jurisdiction of the Court of Justice** (Fifth Chamber, Judgment May 30, 2002, C-516/99, with note of PASQUALE PISTONE) III, 197
- 2B) **Libertà di circolazione dei capitali – Giurisdizione nazionale ai sensi dell’art. 234 CE – Incompetenza della Corte** (Sezione V, Sentenza 30 maggio 2002, C-516/99, con nota di PASQUALE PISTONE) III, 202
- II - B) Giurisprudenza italiana**
Italian Case-law
- Scope of the EC principle of non-discrimination in taxation** (Supreme Court of Cassation, Tax section, Judgment no. 3410, 8th March 2002, with note of Cristiano Garbarini) I, 100
- Portata del principio comunitario di non discriminazione fiscale** (Corte Suprema di cassazione, sez. tributaria, Sentenza n. 3410 dell’8 marzo 2002, con nota di CRISTIANO GARBARINI) I, 113

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documentation

- **Convenzioni internazionali in materia tributaria - Ocse - Nuovo modello di convenzione bilaterale e multilaterale in materia di scambio di informazioni** I, 133
- **International tax treaties - Oecd - New model for bilateral and multilateral agreements on exchange of information in tax matters** I, 134
- **Parere del Comitato economico e sociale riguardante “L’imposizione diretta delle imprese”** (2002/C 241/14) – 7.10.2002 IT C 241/75 *Gazzetta ufficiale* delle Comunità Europee (con nota di FRANCESCO AMYAS D’ANIELLO) III, 219
- **Opinion of the Economic and Social Committee on “Direct company taxation”** (2002/C 241/14) – 7.10.2002 EN C 241/75 *Official Journal of the European Communities* (with note of FRANCESCO AMYAS D’ANIELLO) III, 248

Indice anno 2002

- **Italia – Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni** - Convenzione fra l'Italia e l'Ucraina – art. 26 – scambio di informazioni in materia fiscale (con nota di SERENELLA CRISAFULLI) III, 276
- **Italy – Double taxation conventions** - *Convention between Italy and Ukraine – art. 26 – exchange of information. In tax matters (with note of SERENELLA CRISAFULLI)* III, 284

Sezione IV - Appunti e rassegne

Section IV - Notes and surveys

- **PIETRO ANTONINI**
 La compatibilità della normativa sulle CFC con i trattati internazionali in materia di doppia imposizione (*abstract*) III, 295
The compatibility of CFC legislation with tax treaties (testo integrale) III, 297
- **MASSIMILIANO DI PACE**
Environmental taxation - Motivation, characteristics, advantages (and disadvantages), measures, use and effects (abstract) I, 53
 La tassazione ambientale - Motivazioni, caratteristiche, vantaggi (e svantaggi), strumenti, utilizzo ed effetti (testo integrale) I, 160
- **LUCA C.M. MELCHIONNA**
International Fiscal Competition (IFC) and International Tax Law (abstract) I, 205
 Concorrenza fiscale internazionale e Diritto internazionale tributario: spunti e riflessioni (testo integrale) I, 207
- **PASQUALE PISTONE E CARLO ROMANO**
Report on the proceedings of the 56th Congress of the International Fiscal Association – Oslo 25-29 August 2002 III, 348



Inviare per posta, o fax, al n. 0685084117 unitamente alla fotocopia della ricevuta di pagamento.

Si richiede l'abbonamento annuale 2004 alla rivista quadrimestrale:

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

DESTINATARIO DELL'ABBONAMENTO

Nome/ragione sociale

Cognome

Via/Piazza n.

Città Prov. (.....) CAP

P.IVA/C.F.
(obbligatorio)

TEL. FAX

INTESTATARIO DELLA FATTURA (COMPILARE SOLO SE DIVERSO)

Nome/ragione sociale

Cognome

Via/Piazza n.

Città Prov. (.....) CAP

P.IVA/C.F.
(obbligatorio)

TEL. FAX

Canone di abbonamento: Italia € 120,00 – Estero € 130,00

Decorrenza abbonamento: anno solare

Forma di pagamento:

Versamento sul c/c postale 387001

Bonifico BNL ag.9 Roma IBAN: IT 48 Q01005 03239 000000006700

BANCA INTESA ag. 6 Roma IBAN: IT 98H 03069 05048 005314990167

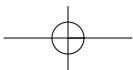
intestato a: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. Piazza G. Verdi, 10 – 00198 ROMA

Ai sensi della legge 31/12/1996 n. 675 il sottoscritto è informato che i propri dati personali saranno trattati dall'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A., anche con l'ausilio di mezzi elettronici e/o automatizzati, ai fini dell'attivazione dell'abbonamento e per le esigenze amministrative e contabili dell'Istituto. I dati potranno essere resi noti al Direttore della rivista ed utilizzati per l'invio di comunicazioni e/o informative commerciali in ordine alla rivista stessa o ad eventuali novità editoriali in materia giuridica. Il sottoscritto ha comunque diritto a opporsi al trattamento su indicato. Titolare del trattamento è l'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A. – piazza G. Verdi, 10 – 00198 Roma, nei confronti del quale possono essere esercitati i diritti di cui all'art. 13 della legge 675/96 ed in particolare ottenere la conferma dell'esistenza dei dati, l'indicazione della finalità del trattamento, nonché la cancellazione, la rettifica, l'aggiornamento o il blocco dei medesimi. Responsabile è l'Ufficio della Funzione Affari Legali e Societari, nella persona del responsabile pro tempore.

Data.....

Firma







Finito di stampare nel mese di dicembre 2003

