

# La clausola della nazione più favorita nelle convenzioni contro le doppie imposizioni - II

di Stefano Guglielmi<sup>(\*)</sup>

Nello sviluppare la prima parte dell'articolo già pubblicata sul n. 4 di questa rivista, verificheremo, in primo luogo, se ed in quale misura la clausola della nazione più favorita possa trovare efficacia nei trattati conclusi con Stati terzi non membri della UE, quindi vaglieremo le analogie esistenti tra il principio del trattamento nazionale e le clausole LOB siccome inserite nei trattati contro la doppia imposizione e ciò in considerazione dei più recenti pronunciamenti dell'organo di giustizia comunitaria. Da ultimo, non senza l'ausilio di esempi pratici, svolgeremo alcuni giudizi di compatibilità con il diritto comunitario di certune clausole CFC e LOB.

## 1. La clausola della nazione più favorita e i trattati sulla doppia imposizione conclusi con Stati terzi: alcune conclusioni e conseguenze

Duplice è la conclusione cui ci è dato giungere dal ragionamento svolto nella prima parte di questo articolo. Ebbene, da un punto di vista pratico, è chiaro che la situazione descritta incentivi fortemente le operazioni di pianificazione fiscale.

Esemplificando, una società residente nello Stato A membro dell'UE, al fine di beneficiare del trattamento fiscale più vantaggioso riconosciuto dallo Stato membro B sugli interessi pagati ai residenti di un terzo paese C, potrebbe costituire una società controllata in tale ultimo Stato C, che eroga il finanziamento al mutuuario residente nello Stato B e godere così di un regime fiscale più vantaggioso, proprio in virtù del trattato bilaterale sulla doppia imposizione concluso da B e C. Gli interessi sarebbero dipoi distribuiti alla società residente in A sfruttando la particolare disciplina prevista dalla direttiva madre-figlia.

Naturalmente, questo tipo di pianificazione fiscale produrrà un tale effetto solo se il trattato contro la doppia imposizione in vigore tra B e C non contempli né una clausola di limitazione dei benefici c.d. LOB né una clausola sul beneficiario effettivo oppure una regola generale sulla *thin capitalization*.

Da tutto quanto sopra se ne deduce che una soluzione efficace al problema richiede necessariamente l'adozione di misure di prevenzione piuttosto che di contrasto a posteriori. Non solo, ma potrebbe darsi il caso di una società, residente nello Stato A, che ri-

vendichi, ad esempio, la effettiva necessità di utilizzare gli strumenti della pianificazione fiscale al fine di dedurre dal proprio reddito imponibile le perdite subite da una controllata non residente quando tale ultima abbia esaurito, in ogni modo, la possibilità di tenerne conto nel proprio Stato<sup>(1)</sup>.

Questa osservazione ci conduce alla seconda parte della nostra conclusione.

Poniamo che la clausola della nazione più favorita si applichi *de iure* quando uno Stato membro della UE conceda un trattamento più favorevole ad un soggetto residente in uno Stato terzo (rispetto ad un residente comunitario). Supponiamo altresì che gli inconvenienti di questa situazione giuridica siano superiori ai vantaggi. Ebbene, è chiaro che si tratterà di stabilire se le istituzioni comunitarie abbiano, allo stato del diritto europeo, gli strumenti giuridici necessari per rimediare agli anzidetti inconvenienti.

In termini maggiormente espliciti, si tratterà di stabilire se le istituzioni comunitarie abbiano, ad oggi, il potere di sostituirsi agli Stati membri della UE nel negoziare, anche solo parzialmente, i trattati sulla doppia imposizione conclusi con Stati terzi.

<sup>(\*)</sup> Avvocato - Cultore della materia di diritto tributario internazionale presso l'Università degli Studi di Firenze.

### Nota:

<sup>(1)</sup> In certa misura, si tratta di un'argomentazione analoga a quella svolta dalla società Marks & Spencer nella ormai famosa causa avente ad oggetto il trasferimento transnazionale delle perdite, laddove si sosteneva che la legislazione britannica in materia di credito d'imposta spingeva le società a costituire, piuttosto che controllate estere direttamente controllate, stabili organizzazioni di controllate britanniche al fine di rimpatriare le perdite estere (cfr. il punto 55).

Stando a quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella causa AETR<sup>(2)</sup>, “tutte le volte che (per la realizzazione di una politica comune prevista dal trattato) la comunità abbia adottato delle disposizioni contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni, gli stati membri non hanno più il potere - ne individualmente, ne collettivamente - di contrarre con gli stati terzi obbligazioni che incidano su dette norme” (punto 17). Questa conclusione appare giustificata dalla dottrina della competenza comunitaria che esclude la competenza concorrente degli Stati membri dato che “qualsiasi iniziativa presa al di fuori dell’ambito delle istituzioni comuni si deve ritenere incompatibile con l’unicità del mercato comune e con l’applicazione uniforme del diritto comunitario” (punto 31). La Corte ha altresì statuito che “qualora vengano adottate norme comunitarie per il raggiungimento degli scopi del trattato, gli stati membri non possono, fuori dall’ambito delle istituzioni comuni, assumere impegni atti ad incidere su dette norme o ad alterarne l’efficacia” (punto 22).

È difficile stabilire se i principi enucleati dalla sentenza AETR producano effetti nella materia delle imposte e, in caso affermativo, in quale misura.

I sostenitori della tesi per cui la sentenza AETR produrrebbe conseguenze dirette in campo fiscale si appellano alla esistenza di “una politica comune prevista dal Trattato” in ordine alle convenzioni sulla doppia imposizione, giacché l’art. 293 del Trattato CE richiede agli Stati membri di avviare fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, l’eliminazione della doppia imposizione all’interno della Comunità. Essi pongono altresì in evidenza che l’assenza di misure volte alla unificazione od armonizzazione della fiscalità diretta al fine di eliminare la doppia imposizione è irrilevante per stabilire se le istituzioni comunitarie possiedano, in nuce, il potere di negoziare i trattati sulla doppia imposizione con Stati terzi.

Ed infatti, la mancata adozione di una regola comune non esclude comunque l’operatività dell’art. 5 del Trattato il quale impone agli Stati di facilitare il raggiungimento degli obiettivi da parte della Comunità in ciò astenendosi altresì dal porre in essere qualsiasi comportamento che rischi di compromettere il concreto raggiungimento<sup>(3)</sup>.

Da quanto appena detto, si potrebbe dedurre che la Comunità abbia un potere esclusivo di negoziare i trattati contro la doppia imposizione con paesi terzi ovvero, più limitatamente, che essa abbia detto potere nei settori già disciplinati da direttive o regolamenti.

In verità, è davvero difficile misurare l’ampiezza di una politica comune relativamente alla doppia imposizione<sup>(4)</sup> anche in considerazione del fatto che attualmente la Commissione sta facendo del suo meglio per favorire un approccio comune alla materia, non senza sottolineare lo scarso livello di armonizzazione raggiunto in questo campo.

Del resto, non si vede come gli Stati membri, che vogliono mantenere la competenza esclusiva in merito alla ripartizione del potere impositivo all’interno della UE, possano quindi ritenere di dover cedere la stessa sovranità nelle relazioni intrattenute con paesi terzi. E ciò a maggior ragione a seguito della sentenza D, la quale ha categoricamente escluso l’operatività della clausola della nazione più favorita affermando che uno Stato membro, parte di una convenzione bilaterale, non è affatto tenuto, in base al Trattato, ad estendere a tutti i residenti comunitari le agevolazioni che esso accorda ai residenti del secondo Stato membro contraente.

Da qui, la questione della capacità per le istituzioni europee di negoziare parti di convenzioni sulla doppia imposizione con paesi terzi. Di certo, le direttive in vigore evidenziano l’esigenza diffusa tra gli Stati membri di incidere sull’equilibrio complessivo dei trattati bilaterali contro le doppie imposte conclusi tra loro, selezionando argomenti particolari che richiedono un trattamento uniforme in Europa.

Tuttavia, la sentenza D e, da ultimo, la pronuncia

**Note:**

<sup>(2)</sup> Cfr. la sentenza 31 marzo 1971, causa C-22/70, *Commissione/Consiglio*.

<sup>(3)</sup> In ordine agli effetti prodotti dal Trattato sulla tassazione diretta negli Stati membri si veda Pistone, *The Impact of European Law on the Relations with Third Countries in the Field of Direct Taxation*, in *Intertax*, 5, 2006, 234; Englisch, *The European Treaties’ Implications for Direct Taxes*, in *Intertax*, 8/9, 2005, 310; Lehner, *The Influence of EU Law on Tax Treaties from a German Perspective*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, august/september, 2000, 461; Lehner, *EC Law and Competence to Abolish the Double Taxation*, in Gassner, Lang and Lechner (eds), *Tax Treaties and EC Law*, (Series on International Taxation no. 16, 1997); Lang, *The Binding Effect of the EC Fundamental Freedoms on Tax Treaties*, in Gassner, Lang and Lechner (eds), *Tax Treaties and EC Law*, (Series on International Taxation no. 16, 1997); De Graaf, *Avoidance of International double taxation: Community or joint policy?*, in *EC Tax Review*, 1998, 258; Van Raad, *The impact of the EC Treaty’s fundamental freedoms provisions on EU member States’ taxation in border-crossing situations - Current state of affairs*, in *EC Tax Review*, 1995, 4, 197; Van Den Hurk, *Is the ability of the Member States to conclude tax treaties chained up?*, in *EC Tax Review*, 2004, 1, 17.

<sup>(4)</sup> Gli Stati membri della UE si sono già accordati al fine di emendare le rispettive convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione adottando direttive volte ad abolire la ritenuta relativamente ad alcuni pagamenti intracomunitari di dividendi, interessi e *royalties*. La direttiva sul risparmio esercita inoltre un chiaro impatto sui trattati in materia fiscale dal momento che attribuisce in via esclusiva il potere impositivo sugli interessi allo Stato di residenza del beneficiario.

Morres, ci ricordano che in mancanza di altre misure comunitarie o di convenzioni riguardanti tutti gli Stati membri, questi ultimi sono liberi, nell'ambito di dette convenzioni bilaterali, di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria senza alcuna influenza da parte del diritto comunitario<sup>(5)</sup>.

A questo proposito, consideriamo gli obiettivi perseguiti dalle direttive CE in materia fiscale. Talvolta, intendono favorire la libertà di stabilimento: questo è il caso, in certa misura, della direttiva madre-figlia e della direttiva sulle fusioni societarie. Talaltra, tendono ad incoraggiare la libertà di movimento di capitali: come è avvenuto con la direttiva sul risparmio e, in certa misura, con la direttiva interessi-royalties<sup>(6)</sup>.

Ciò nondimeno, è ben noto che, mentre quest'ultima libertà trova applicazione anche nelle relazioni intrattenute con Stati terzi, la prima si esplica entro i limitati confini della Unione. Prima di ammettere che le istituzioni comunitarie abbiano il diritto di negoziare direttamente con Stati terzi alcune clausole convenzionali incidenti sulla libertà di stabilimento, è pertanto necessario dimostrare in quale misura ciò sia essenziale per garantire la effettività della stessa libertà di stabilimento all'interno della UE<sup>(7)</sup>.

Senza indugiare sul punto più di tanto, a nostro giudizio, la sentenza AETR non produce effetti evidenti nella materia delle imposte dirette.

Il diritto dei cittadini comunitari di beneficiare delle libertà riconosciute dal Trattato rappresenta una tipica questione che potrebbe interessare un ipotetico modello di convenzione europea<sup>(8)</sup>.

Con riferimento alle clausole antiabuso, la loro compatibilità con il diritto comunitario richiede una decisione caso per caso, ma alcuni principi guida potrebbero essere inclusi in una struttura convenzionale più complessa. Il prossimo paragrafo è dedicato alle analisi di queste due questioni.

## 2. La compatibilità con il diritto comunitario delle clausole anti-abuso previste dai trattati e dal diritto interno

In quanto fenomeno elusivo, l'abuso delle convenzioni internazionali viene fronteggiato dai vari paesi con misure antielusione della più diversa natura. Alcune clausole antiabuso rappresentano norme che incidono sui meccanismi di ripartizione del potere impositivo. Esse consentono ad uno Stato contraente di sottoporre ad imposizione categorie di reddito che, altrimenti, non sarebbero tassate.

Impedendo il riconoscimento dei benefici previsti da una convenzione sulla doppia imposizione, certune di queste regole rappresentano eccezioni alle norme di riferimento in materia di ripartizione del potere impositivo. Le legislazioni sulle società controllate estere appartengono a questa categoria di norme ma costituiscono parte essenziale delle disposizioni sulla ripartizione e non eccezioni, essendo complementari alla determinazione della base imponibile transnazionale ed al metodo dell'imputazione del reddito.

In altri termini, possono essere considerate parti integranti dei regimi fiscali e fondamentali per prevenire le pratiche fiscali elusive "ispirate dalla constatazione di differenze sensibili tra i tassi di imposizione applicati nei diversi Stati membri"<sup>(9)</sup>.

Tuttavia, contrariamente alle altre norme sulla ripartizione del potere impositivo, queste possono rivelarsi discriminatorie secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>(10)</sup>.

### Note:

<sup>(5)</sup> Cfr. la sentenza Morres, *cit.*, ove si afferma che spetta agli Stati membri di adottare le misure necessarie per prevenire situazioni come quella di cui alla causa principale [leggi la doppia imposizione], utilizzando, in particolare, i criteri di ripartizione seguiti nella prassi fiscale internazionale.

<sup>(6)</sup> Questa direttiva garantisce tra l'altro un certo grado di effettività alla libertà di prestazione transfrontaliera dei servizi.

<sup>(7)</sup> In merito si segnala che la Commissione europea ha conferito il potere di negoziare con paesi terzi l'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva sul risparmio. Essa è infatti connessa con la libertà di movimento dei capitali, cosa che il Trattato CE garantisce altresì nei rapporti intrattenuti con paesi terzi. Tale estensione è evidentemente dovuta al fatto che, laddove gli Stati terzi non fossero disponibili ad implementare la normativa contenuta nella direttiva, molti soggetti residenti nella UE potrebbero facilmente delocalizzare i propri risparmi verso detti Stati non membri.

<sup>(8)</sup> Per quanto riguarda la circostanza che il Trattato CE preveda la possibilità per gli Stati membri di concludere un trattato multilaterale in materia fiscale, in dottrina si è discusso se ciò integri un obbligo giuridico oppure una semplice possibilità di scelta nella ripartizione dei poteri impositivi nelle relazioni internazionali. Sul dibattito vedasi, tra gli altri, Kofler, *Houston Business and Tax Law Journal*, 2005, 87; Schuch, *EC Law requires multilateral tax treaty*, in *EC Tax Review*, 1998, 1, 36; Kemmeren, *The Termination of the most favoured nation clause dispute in tax treaty law and the necessity of a Euro Model Tax Convention*, in *EC Tax Review*, 1997, 3, 146; Thommes, *European Taxation*, August 2005, 347; Pistone, *An EU Model Tax Convention*, in *EC Tax Review*, 2002, 3, 129; ID, *Towards European international tax law*, in *EC Tax Review*, 2005, 1, 4; ID, *An EU Model Tax Convention*, in *Liber Amicorum Luc Hinnekens* (2002), 437; Wassermeyer, *Does the EC Treaty Force the Member State to Conclude a Multilateral Tax Treaty*, in: Lang et al. (eds.), *Multilateral Tax Treaties - New Developments in International Tax Law* (1998), 15; Schuch, *Bilateral Tax Treaties Multilateralized by the EC Treaty*, in Lang et al. (eds.), *Multilateral Tax Treaties - New Developments in International Tax Law* (1998), 33 (ove si prevede un progetto di trattato multilaterale).

<sup>(9)</sup> Cfr. la sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, punto 50.

<sup>(10)</sup> Vedi, ad esempio, la sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, punto 26.

È infatti giurisprudenza costante in materia di libertà di stabilimento quella per cui la circostanza che la società sia stata creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisca per se stessa un abuso di tale libertà e che, quindi, la creazione in un altro Stato membro di uno stabilimento secondario, ad esempio una controllata, da parte di una società residente, non possa fondare una presunzione generale di frode fiscale, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato<sup>(11)</sup>.

Per contro, una misura nazionale che restringa la libertà di stabilimento è ammessa solo se concerne specificamente le costruzioni di puro artificio finalizzate a sottrarre l'impresa alla legislazione dello Stato membro interessato<sup>(12)</sup>: ne consegue che, perché sia giustificata da motivi di lotta a pratiche abusive, una restrizione alla libertà di stabilimento deve avere lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali<sup>(13)</sup>, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.

In altri termini, al pari delle pratiche abusive di cui al punto 49 della sentenza Marks & Spencer, che consistono nell'organizzare trasferimenti di perdite all'interno di un gruppo di società in direzione delle società stabilite negli Stati membri che applicano aliquote fiscali maggiori ed in cui, di conseguenza, è maggiore il valore fiscale delle perdite; la costituzione di una società controllata estera puramente fittizia che non esercita alcuna attività economica effettiva sul territorio dello Stato membro di stabilimento, è tale da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio e da compromettere, così, una equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri<sup>(14)</sup>.

La previsione ed applicazione di norme antielusive appare quindi compatibile, in linea di principio, con il diritto comunitario e, se anche foriere di ipotesi di discriminazione tributaria, esse possono, senza dubbio alcuno, essere intese quali esempio specifico del concetto di giusta causa esimente il fenomeno discriminatorio. Ciò nonostante, essendo il fenomeno derogatorio dei diritti inviolabili sanciti nel Trattato, esse debbono essere elaborate in maniera rispondente ai principi di necessità e proporzionalità<sup>(15)</sup>.

Il problema si pone nella sua massima intensità con riguardo alle norme di salvaguardia dall'abuso

dei trattati inserite nelle più recenti convenzioni bilaterali contro le doppie imposte stipulate con Stati non membri della UE e, specificatamente, con gli Stati Uniti<sup>(16)</sup>; quali, ad esempio, le *limitation on benefits clauses*<sup>(17)</sup>.

Per quanto in precedenza visto, nella sentenza resa il 5 novembre 2002, la Corte di Giustizia ritiene che la violazione del diritto comunitario derivasse direttamente da una disposizione di un accordo internazionale bilaterale che impediva alla compagnia aeree comunitarie di beneficiare del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante, vale a dire delle agevolazioni previste dalla suddetta convenzione alle stesse condizioni praticate alle società con sede nello Stato membro contraente (Regno Unito).

#### Note:

<sup>(11)</sup> Cfr. le sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, punto 26; 26 settembre 2000, causa C-478/98, *Commissione/Belgio*, punto 45; 21 novembre 2001, causa C-436/00, *X e Y*, punto 62 nonché 4 marzo 2004, causa C-334/02, *Commissione/Francia*, punto 27.

<sup>(12)</sup> In tal senso, sentenze *ICI*, cit., punto 26; 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, punto 37; 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, punto 50 nonché *Marks & Spencer*, cit., punto 57.

<sup>(13)</sup> Cfr. in tal senso vedi anche la sentenza 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood IFSC*, punti 34 e 35 dove la Corte fa riferimento a società "fantasma" o "schermo".

<sup>(14)</sup> Cfr. la sentenza 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes/Commissionaires of Ireland Revenue*, punto 56. Per una prima analisi *sub iudice* vedi Vinther e Werlauff, *Tax Motives Are Legal Motives-The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the Cadbury Schweppes Case*, in *European Taxation*, august 2006, 383; Schnitger, *German CFC legislation pending before the European Court of Justice - abuse of the law and revival of the most-favoured-nation-clause?*, in *EC Tax Review*, 3, 2006, 151; Meussen, *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States*, in *European Taxation*, January, 2007, 13.

<sup>(15)</sup> Nel senso che devono essere idonee a garantire l'obiettivo che esse perseguono senza andare al di là di quanto è necessario per conseguirlo, vedi Hinnekens, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. Applications of the rules*, in *EC Tax Review*, 1995, 206 nonché le sentenze *Marks & Spencer*, cit., punto 53 e *Cadbury Schweppes*, cit., punto 60.

<sup>(16)</sup> Vedi in particolare Becker e Thommes, *Treaty Shopping and EC Law: Critical Notes to Article 28 of the New German-U.S. Double Taxation Convention*, in *European Taxation* 6 (1991), 173; Doyle, *Is Article 26 of the Netherlands-United States Tax Treaty Compatible with EC Law?*, in *European Taxation* 1 (1995), 14; Farmer, *EC Law and Direct Taxation - Some Thoughts on Recent Issues*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, 2, 91, 104; Kemmeren, *De Bont e Essers, The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law (The Hague: Kluwer Law International, 1998)*, 9; Malherbe e Delattre, *Compatibility of Limitation of Benefits Provisions with EC Law*, in *European Taxation* 1996, 12, 16; Martín-Jiménez, *EC Law and Clauses on 'Limitation of Benefits' in Treaties with the US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty*, in *EC Tax Review*, 1995/2, 78, in particolare p. 81; Terra and Wattel, *European Tax Law (Kluwer Law International, 3rd ed., 2001)*, 111 e, segnatamente, p. 113 e p. 114; Van Unnik e Boudesteijn, *The new US-Dutch Tax Treaty and the Treaty of Rome*, in *EC Tax Review*, 1993, 2, 106.

<sup>(17)</sup> Un esempio di tale clausola si rinviene altresì nel trattato stipulato dagli Stati Uniti con l'Italia (art. 2 del protocollo aggiuntivo).

Vi sono indubbiamente alcune analogie tra il principio del trattamento nazionale nell'accordo detto di "Open Sky" e le clausole LOB incluse nei trattati sulla doppia imposizione.

Entrambi limitano i benefici previsti dal trattato internazionale ai soggetti residenti dei due Stati contraenti.

In questa prospettiva, seguendo l'insegnamento della pronuncia resa in *Open Skies*, la Corte, in attuazione dell'art. 43 CE, avrebbe altresì dovuto imporre l'applicazione del principio del trattamento nazionale relativamente alle clausole LOB inserite nel trattato fiscale concluso tra uno Stato membro ed un paese terzo<sup>(18)</sup>. Ed infatti, il rischio che si determini una discriminazione dissimulata in forza di una clausola di limitazione dei benefici è sufficientemente concreto sì da suggerire agli Stati membri l'adozione di una clausola di territorialità capace di garantire agli azionisti stabiliti in altri Stati membri lo stesso trattamento riconosciuto ai residenti<sup>(19)</sup>.

Ciò detto, occorre ricordare che la terza questione preliminare sollevata nel caso *ACT Group Litigation*<sup>(20)</sup>, recentemente decisa dalla Corte, ha affrontato la problematica delle clausole LOB incluse nei trattati sulla doppia imposizione stipulati tra due Stati membri.

Stante la forte analogia di struttura di dette clausole con il principio del trattamento nazionale come previsto negli accordi sui diritti di traffico aereo conclusi dagli Stati Uniti anche alla luce dell'inesistenza di differenze significative con il contesto fiscale, era lecito ed auspicabile aspettarsi che la giurisprudenza di tale organo dichiarasse incompatibili con le libertà riconosciute dal Trattato dette clausole di limitazione dei benefici<sup>(21)</sup>. Ciononostante, la Corte nell'affermare con estremo vigore la portata dei divieti posti dal Trattato con riguardo alla libera circolazione dei capitali ed alla libertà di stabilimento, ha altresì ribadito l'eccessiva onerosità dell'estensione automatica dei benefici concessi nell'ambito dell'accordo bilaterale, già manifestata attraverso un ridimensionamento del ruolo stesso della clausola della nazione più favorita nella causa *D*.

La mera simmetria delle formule giuridiche negli accordi bilaterali conclusi tra Stati aventi sistemi sociali, livelli economici, regimi giuridici differenti non può, secondo la Corte, offrire pari opportunità alle parti non contraenti: una concessione del trattamento più favorevole che avvenga a carico di una sola delle parti presuppone, di regola, la proiezione in termini giuridici di un peso politico differenziato degli Stati interessati che non è normalmente ricono-

sciuto dall'ordinamento comunitario contemporaneo.

Appurata quindi la legittimità di tali clausole antielusive nel contesto giuridico comunitario<sup>(22)</sup>, si rende comunque necessario, come abbiamo visto, verificarne i limiti operativi.

Un criterio interpretativo può essere decisamente fornito dall'*active conduit test* che restringerebbe l'applicazione di tali clausole ai soli casi in cui un determinato flusso di reddito transnazionale non sia

#### Note:

<sup>(18)</sup> In questo senso, Clark, *European Union: The Limitation on Benefits Clause Under an Open Sky*, in *European Taxation* 2003, 22. Per esempio, la clausola LOB (Art. 23) prevista dal nuovo trattato contro la doppia imposizione concluso tra gli Stati Uniti ed il Regno Unito (siglato il 24 luglio 2001 ed attualmente in vigore) si pone in chiaro contrasto con l'aspirazione del mercato unico poiché nega i benefici convenzionali alle società britanniche che investono negli Stati Uniti quando più di sette investitori europei detengono azioni nella società britannica. Anche i trattati contro la doppia imposizione stipulati da Belgio (Art. 12A), Danimarca (Art. 17), Finlandia (Art. 16), Francia (Art. 24A), Germania (Art. 28), Italia (Art. 2, 1984 protocollo), Lussemburgo (Art. 24), Olanda (Art. 26), Spagna (Art. 17) e Svezia (Art. 17) con gli Stati Uniti contengono una clausola LOB.

<sup>(19)</sup> Dourado, *From the Saint-Gobain case to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC Treaty and the most-favoured-nation clause in EC Member States Tax Treaties*, in *EC Tax Review*, 2002, 3, 156; Hinnekens, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules*, in *EC Tax Review*, 1994, 4, 152, e *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. Applications of the Rules*, in *EC Tax Review*, 1995, 4, 210; Hinnekens, *The search for the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States' direct taxation*, in *EC Tax Review*, 2002, 3, 114; Hughes, Gilly and the Big Picture, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 8/9, 1998, 329 e, segnatamente, p. 333; Kemmeren, *The termination of the 'most favoured nation clause' dispute in tax treaty law and the necessity of a Euro Model Tax Convention*, in *EC Tax Review*, 1997, 3, 146; Lehner, *Annotations on the Judgment of the European Court of Justice, Case C-336/96 - The Gilly Case - of 12 May 1998*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 8/9, 1998, 334; Pistone, *An EU Model Tax Convention*, in *EC Tax Review*, 2002, 3, 131; Vogel, *Problems of a Most-Favoured-Nation Clause in Intra-EU Treaty Law*, in *EC Tax Review*, 1995, 4, 264; Wattel, *The EC Court's attempts to reconcile the treaty freedoms with international tax law*, in *CML Review*, 1996, 252.

<sup>(20)</sup> Cfr. la causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation/Commissioners of Inland Revenue*. Lang, *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?*, in *European Taxation*, September 2006, 421.

<sup>(21)</sup> E ciò a prescindere dalle conclusioni, per certi versi sorprendenti, rassegnate dall'avvocato generale Geelhoed secondo il quale la situazione di una filiale controllata da una casa madre estera si pone in una condizione del tutto analoga a quella di una società non residente in alcuno degli Stati contraenti, trattandosi di una questione integralmente riconducibile alla tematica della nazione più favorita. Un simile argomento appare criticabile se non altro perché la clausola LOB priva il soggetto residente di uno Stato contraente del suo diritto a fruire dei benefici di una convenzione contro la doppia imposizione che altrimenti si applicherebbero; mentre con il trattamento della nazione più favorita il soggetto reclamante non ha, nei fatti, alcun diritto ai benefici riconosciuti dallo Stato contraente che, quindi, ha come obiettivo finale il riconoscimento di tale diritto

<sup>(22)</sup> L'art. 73, par. 1) e 3) del Trattato, infatti, fa salva l'applicazione da parte di Stati membri di clausole antielusive.

funzionalmente connesso all'attività imprenditoriale esercitata nel paese di residenza<sup>(23)</sup>, in questo modo disponendo una presunzione relativa di elusione fiscale ogni qualvolta un nesso con l'attività produttiva del reddito non sia immediatamente rilevabile<sup>(24)</sup>.

Dal quadro che si è finora tracciato, si evince con chiarezza che l'assenza di specifiche disposizioni del Trattato aventi effetto diretto sul contenuto delle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione genera problemi teorici ed applicativi laddove il fenomeno impositivo venga vagliato non solo con riferimento ad uno specifico ordinamento tributario, ma con riguardo al coacervo di disposizioni normative applicabili a ciascuna fattispecie d'imposta implicante la tassazione del reddito transnazionale.

Al fine di porre rimedio a tale lacuna normativa ed agli effetti distorsivi che da essa possano scaturire, parte della dottrina<sup>(25)</sup> ha proposto l'elaborazione di un modello di convenzione comunitario che, alla stregua di quello elaborato dall'OCSE, possa, innanzitutto, fornire un'occasione di studio approfondito di tutte quelle tematiche inerenti alla tassazione del reddito transnazionale che rilevano nella sfera giuridico-impositiva comunitaria, consentire il raggiungimento di un accordo sulla standardizzazione del trattamento di taluni componenti di tale reddito ed, infine, costituire un punto di riferimento per gli Stati membri nella negoziazione e conclusione di trattati bilaterali<sup>(26)</sup>.

Se le disposizioni convenzionali del trattato concluso da ciascuno Stato membro con un determinato paese terzo fossero identiche; le summenzionate clausole di limitazione dei benefici mancherebbero di qualsiasi utilità dal momento che, ad esempio, le stesse aliquote di ritenuta alla fonte, poniamo il caso sui dividendi, risulterebbero in ogni caso equivalenti<sup>(27)</sup>.

Il modello di convenzione multilaterale consentirebbe agli Stati membri di modificare e, in particolare, di adattare le disposizioni convenzionali ai differenti paesi terzi agendo come se l'Unione fosse un solo Stato.

Un trattato multilaterale in materia fiscale potrebbe affrontare i problemi che una convenzione bilaterale non è in grado di risolvere, come le questioni che si originano nelle situazioni triangolari, e produrre maggiore certezza del diritto riducendone la complessità. Le situazioni triangolari non trovano soluzione in un contesto giuridico di accordi bilaterali, giacché l'unico strumento in grado di dare una risposta al fenomeno non può che essere l'elabora-

zione di un trattato multilaterale di cui tutti gli Stati interessati facciano parte<sup>(28)</sup>.

D'altro canto, l'applicazione meccanica e senza deroghe del principio del trattamento della nazione più favorita a livello comunitario rivoluzionerebbe certamente l'attuale assetto della fiscalità internazionale comunitaria<sup>(29)</sup>. La multilateralizzazione delle convenzioni contro la doppia imposizione conclusa tra gli Stati membri complicherebbe indubbiamente ogni ulteriore negoziazione di una soluzione bilaterale relativamente a questioni intra-comunitarie.

Del resto, una simile conclusione non si pone in contrasto con il diritto costituzionale comunitario<sup>(30)</sup>, poiché l'art. 293 CE interpretato letteralmente richiede, come è noto, soluzioni multilaterali quando,

#### Note:

<sup>(23)</sup> In questo senso, Martin-Jimenez, EC law and clauses on limitation of benefits in treaties with US after Maastricht and the US-Netherlands Tax Treaty, in EC Tax Review, 1995, 82.

<sup>(24)</sup> Sulle opportunità offerte dai regimi di favore previsti dalle legislazioni dei vari Stati membri per gruppi multinazionali italiani cfr., Valente, *Cross-border financing for multinational groups focus on Italian companies*, in Tax planning International Review, 1997, 6.

<sup>(25)</sup> L'idea di un Modello europeo di Convenzione Fiscale fu proposta, quasi simultaneamente, per la dottrina francese da Malherbe e Berlin, *Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire*, in Revue trimestrielle de droit européen, 1995, 529; e per quella inglese da Kemmeren, *The termination of the Most Favoured Nation Clause dispute in tax treaty law and the necessity of a Euro Model Tax Convention*, in EC Tax Review, 1997, 3, 146. nessuno di questi autori, tuttavia, hanno elaborato un Modello. Ciò è stato fatto da Pistone in *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, Eucotax Series No. 4 (Kluwer Law International, 2002), 235. Per ulteriori riferimenti bibliografici vedasi altresì Lang, *Europe on its way to a Multilateral Tax Treaty*, in EC Tax Review, 2000, 39 e Schuch, *The methods for the elimination of double taxation in a multilateral tax treaty*, in Multilateral Tax Treaties (London, Kluwer, 1998), 145.

<sup>(26)</sup> Sul punto, cfr. Hamaekers, *Corporate Tax Policy and Competence of the European Community: an EC Tax convention with non-member States?*, in European Taxation, 1990, 398 e Kemmeren, op. cit., p. 146.

<sup>(27)</sup> Hughes, *European Union: Withholding Taxes and the Most Favoured Nation Clause*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, 1997, 126.

<sup>(28)</sup> In argomento vedi Jimenez, Garcia Prats e Calderon Carcerro, *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ*, in Bulletin for International Taxation, June 2001, 241 e, in particolare, p. 251. Garcia Prats, *Triangular Cases and Residence as a Basis for Alleviating International Double Taxation. Rethinking the Subjective Scope of Double Tax Treaties*, in Intertax, 1994, 11, 473; Van Raad, *The 1992 OECD Model Treaty: Triangular cases*, in European Taxation, 1993, 9, 298; OECD, *Triangular Cases, Model Tax Convention: Four Related Studies*, Paris, 1992.

<sup>(29)</sup> Cfr. De Ceulaer, *Community Most-Favoured-Nation Treatment: One Step Closer to the Multilateralization of Income Tax Treaties in the European Union*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, 2003, 10, 493.

<sup>(30)</sup> Secondo l'espressione utilizzata dalla Corte di Giustizia nel parere 1/91 del 14 dicembre 1991 racc. 1991, p. I-6079, "il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma di accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto".

invece, agli Stati membri residua soltanto una minima competenza per negoziare trattati bilaterali in materia di fiscalità internazionale<sup>(31)</sup>.

### 3. In merito alla compatibilità di alcune clausole LOB e CFC con il diritto comunitario

Adesso illustreremo, tramite alcuni esempi, la tesi secondo la quale il giudizio di compatibilità delle clausole LOB e CFC con il diritto comunitario richiede un'analisi casistica. Un primo esempio prevede una situazione triangolare analoga a quella già oggetto di giudizio nella causa Saint Gobain.

La società madre M risiede nello Stato A membro della UE mentre la stabile organizzazione SO è situata nello Stato membro B; la stabile organizzazione è azionista di una controllata X residente in altro Stato membro C e di una controllata Y a sua volta residente in uno Stato terzo D.

Nella causa Saint Gobain, la Corte di Giustizia ritenne che B discriminava la stabile organizzazione azionista rispetto ad una società controllata: ciononostante, detta pronuncia ha omesso di stabilire se le stabili organizzazioni debbano essere considerate alla stessa stregua di soggetti residenti<sup>(32)</sup>.

Nel caso in cui siano coinvolti Stati membri, queste domande trovano risposta negli ultimi emendamenti portati alla direttiva madre-figlia<sup>(33)</sup>: tutti costoro devono, infatti, garantire un trattamento non discriminatorio nelle fattispecie triangolari summenzionate.

Se assumiamo che B e A abbiano un livello di tassazione più elevato rispetto a C e che, sia B che A applicano il metodo dell'imputazione, considerando la stabile organizzazione alla stessa stregua di un soggetto residente che non necessariamente beneficia di una tassazione ridotta rispetto al regime impositivo risultante dalla applicazione della convenzione sulla doppia imposizione A-C, l'attuale regime comunitario è vantaggioso nel caso in cui B esenti il reddito derivante da C oppure applichi il metodo del credito d'imposta ed abbia una tassazione inferiore rispetto a C, quando A esenti il reddito ovvero elimini integralmente la doppia imposizione.

Prima della sentenza resa nella causa Marks & Spencer, valida causa di giustificazione di una misura potenzialmente discriminatoria non poteva essere considerata né la mancanza di armonizzazione né il perseguimento di finalità antielusive né la tutela della coerenza di un sistema di tassazione del reddito transnazionale, a nulla rilevando il fatto che nega-

re *tout court* la validità di finalità antielusive significasse rendere i sistemi impositivi nazionali particolarmente vulnerabili. Gli Stati membri non potevano adottare né misure unilaterali né misure bilaterali volte a prevenire il verificarsi della nostra fattispecie elusiva dal momento che, secondo il precedente orientamento giurisprudenziale, la lotta alla elusione ed evasione fiscale non poteva inficiare gli obiettivi della Comunità<sup>(34)</sup>.

Trattandosi di favorire l'interpenetrazione economica e sociale nel territorio comunitario<sup>(35)</sup>, la Corte aveva infatti già dichiarato che la società creata in uno Stato membro per fruire di una legislazione più vantaggiosa non costituisce di per se stessa un abuso di tale libertà<sup>(36)</sup>.

Nella sentenza Marks & Spencer, ma successivamente anche nella causa Cadbury Schweppes<sup>(37)</sup>, per la prima volta a quanto mi risulta, la Corte ha fatto un'applicazione più ampia della giustificazione data dalla lotta all'evasione fiscale. Altrimenti detto, la Corte conferma che tali norme anti-elusive non sono destinate a rimettere in discussione la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, né il loro diritto a tassare le attività economiche realizzate sul proprio territorio, potendo questi ultimi opporsi alla creazione di strutture societarie finalizzate a lucrare la disparità di aliquote fiscali applicabili a profitti già conseguiti.

Se A adotta il metodo della esenzione e B non tassa, D può invocare una clausola LOB prevista dal trattato sulla doppia imposizione stipulato da A-D ed operare una ritenuta alla fonte sull'intero ammontare dei dividendi<sup>(38)</sup>.

Possiamo affermare che la giurisprudenza della

#### Note:

<sup>(31)</sup> Pinto, *Tax Competition and EC Law* (The Hague, 2003), p. 354 e p. 355. Tuttavia, perché questa pregevole proposta possa trovare attuazione ed espletare i suoi benefici effetti, è necessario che vi sia una specifica volontà politica degli Stati membri in questo senso, poiché questi, *rebus sic stantibus*, restano sovrani nell'esercizio della propria potestà impositiva normativa anche a livello internazionale.

<sup>(32)</sup> Dourado, *op. cit.*, p. 148.

<sup>(33)</sup> Cfr. la direttiva CE/2003/123.

<sup>(34)</sup> Si veda lo studio svolto da Weber, *Tax avoidance and the EC Treaty freedoms, A Study of the limitations under European Law to the prevention of tax avoidance* (The Hague, 2000), p. 176 e p. 177; Pinto, *op. ult. cit.*, p. 317.

<sup>(35)</sup> Cfr. la sentenza 21 giugno 1974, causa C-2/74, *Reyners*, punto 21.

<sup>(36)</sup> In tal senso, vedi la sentenza *Centros*, *cit.*, punto 27 e la sentenza del 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*, punto 96.

<sup>(37)</sup> Cfr. C-196/04, *cit.*, *Cadbury Schweppes/Commissionaires of Ireland Revenue*.

<sup>(38)</sup> Un esempio analogo lo si trova in Malherbe e Delattre, *op. cit.*, p. 17.

causa ACT Litigation Group<sup>(39)</sup> non si oppone alle clausole LOB quando sono coinvolti Stati terzi. Ci sarà una doppia imposizione economica in D, lo Stato terzo, ma nessuna all'interno della UE.

La neutralità nella importazione dei capitali risulta implicitamente violata nel caso di specie poiché, sebbene A e B non levino imposte, A, ammettendo la clausola LOB nel trattato sulla doppia imposizione concluso con D, non impedirà il verificarsi della doppia imposizione economica in capo agli azionisti cittadini comunitari.

Ciò nonostante, considerato che, come abbiamo detto, la neutralità alla importazione dei capitali non rappresenta un principio di diritto internazionale né è richiesta a livello europeo, possiamo affermare che, nel nostro caso, A non viola il diritto comunitario.

A parità di ogni altra condizione, qualora D pagasse a B interessi o *royalties*, non ci sarebbe nessuna tassazione (in quanto A adotta il metodo della esenzione e B non tassa) sicché, in assenza di qualsiasi doppia imposizione economica, l'applicazione di una clausola LOB ad opera di D sarebbe certamente compatibile con il diritto comunitario.

CFC1 è una società controllata estera residente in uno Stato terzo a fiscalità privilegiata. CFC2 è la società madre di CFC1 ed è residente in un territorio a regime fiscale privilegiato nello Stato membro A. M1 è la casa madre di CFC2 e risiede nello Stato membro B. M2 è la casa madre di CFC3, AZ sono gli azionisti di M2 e tanto AZ quanto M2 sono entrambi residenti in A. La convenzione sulla doppia imposizione B-A prevede un *tax sparing credit*, applicabile anche se i dividendi di CFC2 sono esenti da tassazione in A.

Si tratta quindi di stabilire se A o B possono applicare la legislazione interna sulle società controllate estere alle loro società madri senza violare la direttiva madre-figlia (la libertà di stabilimento nonché il principio di non discriminazione). Applicare la direttiva madre-figlia significa che lo Stato membro che tassa un dividendo deve accreditare ogni imposta pagata dalla società controllata estera (gli altri metodi sembrano incompatibili con la direttiva)<sup>(40)</sup>. Se le società soddisfano il criterio di effettività come richiesto dalla Corte, l'operatività della clausola CFC può essere considerata incompatibile con il diritto comunitario<sup>(41)</sup>.

Le restrizioni alle libertà comunitarie sono permesse soltanto se perseguono un obiettivo compatibile con il Trattato e sono giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico<sup>(42)</sup>.

Nell'esempio sotto analisi, la lotta alla evasione fiscale costituisce, a certe condizioni, un obiettivo legittimo e quindi compatibile con il diritto comunitario.

Se una controllata è costituita al solo fine di lucrare i benefici connessi alle libertà fondamentali riconosciute dal Trattato e se il contribuente ha la possibilità di dimostrare che la società da lui controllata è realmente impiantata nello Stato di stabilimento e che le operazioni determinanti una diminuzione dell'imposta assoluta dalla società madre corrispondono a prestazioni effettivamente realizzate in tale Stato<sup>(43)</sup>; allora, a mente della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli artt. 43 CE e 48 CE non ostano ad una normativa fiscale nazionale che preveda l'inclusione nella base imponibile di una società madre residente degli utili realizzati da una controllata estera in altro Stato membro quando tali utili sono soggetti in questo secondo Stato ad un livello impositivo di gran lunga inferiore a quello dello Stato di residenza della società madre. Detta normativa si applicherà unicamente alle costruzioni del tutto fittizie destinate ad aggirare la legge nazionale<sup>(44)</sup>.

Possiamo ancora immaginare che CFC1 in C sia soggetta ad una tassazione normale. Secondo la convenzione sulla doppia imposizione C-A, C tratterà alla fonte l'imposta sui dividendi pagati da CFC1 al beneficiario effettivo M2 residente in A con l'esclusione delle società come CFC2 situate in un territo-

#### Note:

<sup>(39)</sup> Cfr., C-374/04, cit., Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation.

<sup>(40)</sup> Cfr. Aigner, Scheurele, Stefaner, *General Report, CFC Legislation, tax treaties and EC Law* (The Hague, 2004), p. 50.

<sup>(41)</sup> In merito ai possibili argomenti favorevoli e contrari vedasi Aigner et al., *op. ult. cit.* p. 38.; e Pinto, *op. cit.*, p. 350.

<sup>(42)</sup> Cfr. le sentenze 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations*; causa C-118/96, *Jessica Safir*; causa C-294/97, *Eurowings*; causa C-136/00, *Danner*; causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

<sup>(43)</sup> Per giurisprudenza consolidata delle Corti di Giustizia le misure antielusive non possono operare distinzioni in base alla cittadinanza ovvero distinguere tra situazioni domestiche e transnazionali; le disposizioni normative che senza operare tali distinzioni, limitano l'esercizio della libertà di movimento sono comunque proibite; quando una misura antielusiva si risolve in una restrizione alla libertà di movimento, è necessario stabilire se possa trovare giustificazione in ragioni di interesse pubblico di importanza almeno pari alle libertà riconosciute dal Trattato, occorrendo a tal fine verificare se detta norma sia proporzionata ed in grado di raggiungere il risultato perseguito. Inoltre, la clausola anti-abuso deve applicarsi senza distinzione di cittadinanza e senza differenziare tra situazioni domestiche e transnazionali. Per una sintesi si veda Weber, *op. cit.*, p. 257.

<sup>(44)</sup> Cfr. le conclusioni cui è giunta la Corte di Giustizia nella sentenza del 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes/Commissionares of Ireland Revenue*. In merito vedi Aigner et al., *op. cit.*, p. 39.



rio a regime fiscale preferenziale ubicato entro i confini di A. Nella specie, in assenza di qualsiasi doppia imposizione, non si verificherà alcuna incompatibilità con il diritto comunitario. Diverso sarebbe se la clausola LOB facesse parte della convenzione sulla doppia imposizione B-C in quanto in grado di distarre gli investimenti da B e C. La questione sarebbe ancora diversa se, anziché CFC1, avessimo una stabile organizzazione in C che eroga interessi a MI in B ed A applicasse una clausola *efc* contenuta nella convenzione A-B. La stabile organizzazione è una società comunitaria ma non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva interessi-*royalties* posto che l'ambito di applicazione di quest'ultima è limitato agli interessi ed alle *royalties* che trovino origine in uno Stato membro<sup>(45)</sup>.

Dagli esempi sopra descritti, si può ragionevolmente concludere che il Trattato non limiti gli Stati membri dall'includere clausole anti-abuso nelle proprie convenzioni sulla doppia imposizione stipulate con Stati terzi. L'applicazione di queste clausole a livello europeo, come pure l'applicazione delle clausole anti-abuso domestiche, richiedono un'analisi casistica in ordine alla loro compatibilità con il diritto comunitario.

#### 4. Conclusione

Il successo dell'Unione Europea intesa quale effettiva Unione economico-monetaria non può prescindere da un processo di integrazione legislativa degli ordinamenti degli Stati membri anche nel settore dell'imposizione diretta. Tale carenza, infatti, incide negativamente non solo sui cittadini dell'Unione i cui diritti comunitari risultano essere se non violati *tout court*, quanto meno affievoliti da tale vuoto normativo, ma anche sull'Unione economica-monetaria in quanto tale, poiché le diversità del carico fiscale previsto dalle varie giurisdizioni può originare deleteri effetti distorsivi del mercato. Tuttavia, la posizione chiave che la tassazione diretta ricopre tra le voci di bilancio dello Stato ha finora indotto gli Stati membri a conservare esclusiva potestà normativa impositiva, in tal modo ritardando notevolmente il processo di armonizzazione<sup>(46)</sup>.

Ciò nonostante, la mancata integrazione dei sistemi impositivi non può impedire od anche solo limitare, l'esercizio delle libertà fondamentali sancite nel trattato di Roma. Alla luce di questo assunto ed in considerazione della realtà di segno opposto, le istituzioni comunitarie si stanno adoperando attivamente al fine di proporre soluzioni che si profilino

coerenti con i principi e le normative positive dell'ordinamento comunitario.

In questo contesto, preminente è il ruolo della Corte di Giustizia chiamata sempre più frequentemente a dirimere controversie relative alla tassazione diretta. L'incremento e la rapidità tanto dei traffici commerciali quanto degli operatori economici e di capitali offrono l'occasione per individuare in concreto ipotesi di limitazione della libertà fondamentali da ascrivere alla particolare conformazione assunta dal fenomeno impositivo rispetto ad una specifica fattispecie d'imposta.

In assenza di una legislazione comunitaria in materia, la Corte ricorre all'applicazione dei principi fondamentali di non discriminazione. Con ciascuna pronuncia essa interviene per definire in concreto il concetto elaborandolo con riferimento al particolare contesto giuridico sovra-nazionale in cui esso deve operare e riconoscendogli talvolta attributi che stravolgano i canoni classici dell'imposizione internazionale.

Sebbene il ricorso al principio non sia scevro da molteplici e complesse problematiche tanto teoriche quanto applicative la giurisprudenza della Corte evidenzia una chiara tendenza all'utilizzo del concetto della discriminazione quale strumento per delegittimare qualsiasi violazione delle obbligazioni comunitarie nel settore dell'imposizione diretta.

Nonostante il fondamentale rispetto della sovranità nazionale dichiarato dalla Corte, il principio di non discriminazione incide pesantemente sui sistemi impositivi degli Stati membri. La situazione at-

#### Note:

<sup>(45)</sup> Lang, *CFC legislation and Community Law*, in *European Taxation*, 2002, 379.

<sup>(46)</sup> Per quanto concerne il processo di armonizzazione dell'imposizione diretta nell'ambito UE il commissario alla fiscalità, Laszlo Kovacs ha recentemente presentato un pacchetto costituito da tre documenti: una comunicazione generale per migliorare il coordinamento dei sistemi di tassazione diretta e due altre comunicazioni di natura più specifica (una relativa alla compensazione di perdite da parte di imprese con sedi in più Stati UE e l'altra riguardante la tassazione in uscita dei capital gain non maturati da parte di soggetti che cambiano paese di residenza). Kovacs ha osservato che gli Stati sono liberi di organizzare i propri sistemi di tassazione, ma l'interazione di diversi sistemi fiscali pone una sfida al mercato interno; imposte concepite per la realtà nazionale, infatti, non sempre danno vita a un coerente trattamento fiscale in situazioni transfrontaliere e generano talvolta distorsioni. Per evitare questi inconvenienti, il commissario non ha mancato altresì di rinnovare l'impegno per una base imponibile armonizzata, nonostante che paesi come Gran Bretagna e Irlanda continuino fieramente ad opporsi; segnatamente, Kovacs ha ribadito che il solo modo efficace per affrontare gli ostacoli fiscali sulla strada delle imprese che operano a livello transnazionale è dare loro una base imponibile comune ed ha aggiunto che la Commissione europea ha già annunciato la sua intenzione di presentare una proposta legislativa in questo senso per il 2008.

tuale è evidentemente frutto di una pericolosa discrasia esistente tra i diversi ordinamenti giuridici, discrasia che si presume andrà temperandosi nel tempo grazie ad una graduale integrazione legislativa indotta da quella economica.

Nell'attesa, il principio di non discriminazione continuerà a svolgere un ruolo cardine nella interpretazione delle leggi tributarie degli Stati membri influenzandone sicuramente anche l'evoluzione.

#### CHECK LIST

- La clausola della nazione più favorita è definita come il trattamento accordato dallo Stato che lo concede allo Stato che ne beneficia non meno favorevole del trattamento conferito dallo Stato concedente ad uno Stato terzo.
- Con la sentenza resa nella causa D la Corte di Giustizia ha escluso qualsiasi operatività di tale clausola nelle relazioni tra Stati membri.
- In assenza di una convenzione multilaterale secondo quanto previsto dall'art. 293 del Trattato CE, uno Stato membro è libero di differenziare, dal punto di vista fiscale, il trattamento riservato a soggetti residenti provenienti da Stati membri diversi.
- Con la sentenza resa nella causa ACT Group Litigation, la Corte ha ribadito, con riferimento alle clausole LOB, l'eccessiva onerosità dell'estensione automatica dei benefici concessi nell'ambito di un accordo bilaterale per evitare le doppie imposizioni.

## NOVITA'

## Pratica Fiscale e Professionale

Settimanale di aggiornamento per professionisti e aziende

**Pratica Fiscale e Professionale** è il settimanale Ipsoa studiato per rispondere in modo immediato, chiaro ed esauriente alle esigenze informative del professionista e guidarlo tra le molteplici e complesse novità normative, di prassi e giurisprudenza. Ogni settimana garantisce un'informazione **tempestiva e completa e strumenti operativi efficaci** per trasferire nella pratica quotidiana le innovazioni che vanno delineandosi. In ogni numero:

- **Novità:** un panorama esauriente di tutte le novità di legge, prassi, giurisprudenza;
- **Guida alle nuove leggi:** tabelle e schemi riassuntivi per facilitare ulteriormente la lettura delle norme e delle circolari più complesse ed offrirne una sintesi immediatamente fruibile, completata da commento d'Autore;
- **In Pratica:** interventi che spiegano come operare nella pratica quotidiana attraverso fogli di lavoro con esempi di calcolo e di compilazione di scritture contabili, formule, modelli;
- **Gli Speciali:** l'appuntamento settimanale con le grandi Riforme (fiscale, societaria, del lavoro e gli adempimenti lega-

ti alle dichiarazioni annuali) per seguire passo per passo l'evoluzione normativa in tutte le sue implicazioni pratiche;

- **Focus:** l'approfondimento d'Autore su un tema di attualità;
- **Quesiti:** le risposte ai quesiti degli abbonati;
- **Le scadenze:** un esauriente e completo panorama delle scadenze fiscali, contributive e dei principali finanziamenti.

Il **servizio on-line [www.ipsoa.it/praticafiscale](http://www.ipsoa.it/praticafiscale)**, riservato esclusivamente agli abbonati, integra i contenuti della rivista e offre in particolare la possibilità di **consultare l'archivio di tutti gli articoli pubblicati**, ricercabili attraverso indici consolidati settimanalmente.

Ipsoa, pagg. 48

Abbonamento annuale: € 160,00

#### Per informazioni

- **Servizio Informazioni Commerciali**  
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** ([www.ipsoa.it/agenzie](http://www.ipsoa.it/agenzie))
- **[www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)**

