

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO

Ciclo XXIV

**Settore Concorsuale di afferenza:** 12/D2 – DIRITTO TRIBUTARIO  
**Settore Scientifico disciplinare:** IUS/12

*Doppia imposizione sui redditi transfrontalieri tra ordinamenti  
tributari e mercato europeo.*

**Presentata da:** Cristiana Bottazzi

**Coordinatore Dottorato**  
**Chiar.mo Prof. Adriano Di Pietro**

**Relatore**  
**Chiar.mo Prof. Adriano Di Pietro**

**Esame finale anno 2012**

## Sommario

### PARTE I

#### **PREMESSE: LA DOPPIA IMPOSIZIONE COME FENOMENO ECONOMICO E CATEGORIA GIURIDICA..... 8**

1.1	Premessa.....	8
1.2	Le cause e gli effetti economici della doppia imposizione internazionale, giuridica ed economica. Gli elementi giuridici costitutivi della fattispecie.....	14
1.2.1	Le cause della doppia imposizione internazionale: conflitto tra criteri di collegamento.....	14
1.2.1.1	Il principio di tassazione in base alla residenza.....	16
1.2.1.2	Il principio di tassazione alla fonte.....	17
1.2.2	(segue) Le cause della doppia imposizione internazionale: i conflitti qualificatori. La nozione di dividendo.....	18
1.2.3	La doppia imposizione giuridica internazionale.....	22
1.2.3.1	Gli elementi costitutivi.....	24
1.2.3.2	Gli effetti (rinvio).....	26
1.2.4	Raffronto con la categoria della doppia imposizione interna: cenni.....	27
1.2.5	Elementi della doppia imposizione economica e suoi effetti.....	29
1.3	L'approccio tradizionale del diritto internazionale al fenomeno della doppia imposizione. Principi generali e strumenti di contrasto.....	33
1.3.1	I principi internazionali di neutralità e non discriminazione.....	33
1.3.1.1	<i>Capital export neutrality</i> e <i>capital import neutrality</i> .....	35
1.3.1.2	La clausola di non discriminazione convenzionale: caratteri e limiti....	38
1.3.2	La mancanza di un divieto di doppia imposizione internazionale.....	43
1.3.3	I rimedi contro la doppia imposizione: i metodi unilaterali di eliminazione.....	45
1.3.4	(segue) Il sistema convenzionale.....	48

1.3.4.1 Ripartizione del potere impositivo ed eliminazione della doppia imposizione (sui dividendi) nel Modello OCSE. ....	50
1.4 Profili di rilevanza comunitaria del fenomeno della doppia imposizione (economica e giuridica). Rapporto con le libertà del mercato.....	53

## PARTE II

### **L'ELIMINAZIONE DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE COME OBIETTIVO IMPERATIVO DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO: SPUNTI E LIMITI DELL'ARMONIZZAZIONE POSITIVA. I PRINCIPI DI RIFERIMENTO.....**

2.1 La fiscalità diretta nel Trattato. L'inesistenza di una competenza comunitaria generale: conseguenze. ....	56
2.2 La doppia imposizione come fenomeno patologico nell'ordinamento comunitario: le soluzioni offerte dalle fonti primarie e derivate.....	59
2.2.1 L'ex art. 293 del Trattato .....	59
2.2.1.1 Il controverso significato della norma .....	59
2.2.1.2 Gli effetti dell'abrogazione .....	63
2.2.2 La direttiva madre-figlia.....	66
2.2.2.1 La disciplina e la sua <i>ratio</i> alla luce dell'esperienza applicativa. ....	67
2.2.2.2 Problemi e prospettive. ....	71
2.2.3 Le altre direttive in tema di doppia imposizione.....	74
2.2.3.1 Il pacchetto di misure fiscali adottate nel 1990: la Direttiva Fusioni e la Convenzione arbitrale. ....	74
2.2.3.2 Le direttive in tema di concorrenza fiscale dannosa.....	77
2.2.3.3 La recente Direttiva in materia di scambio di informazioni. ....	81
2.3 L'eliminazione della doppia imposizione come competenza non comunitaria ma "comunitarizzata". Il confronto con i principi dell'ordinamento. ....	83
2.3.1 Il principio comunitario di non discriminazione. ....	85
2.3.2 La diretta applicabilità delle libertà del mercato e il ruolo del principio di leale collaborazione.....	87
2.3.2.1 Libertà di stabilimento vs. libera circolazione dei capitali: ambito applicativo e formulazione di una <i>priority rule</i> .....	88

2.4	La doppia imposizione nelle indicazioni della <i>soft law</i> .....	91
2.4.1	L'impegno della Commissione ad eliminare gli ostacoli al mercato unico: la via dell'armonizzazione – cenni storici.....	91
2.4.2	(segue) La politica tesa al coordinamento dei sistemi nazionali.....	92
2.4.3	Il contributo odierno della Commissione all'evoluzione dell'armonizzazione in rapporto all'operato della Corte di Giustizia. ....	95
2.4.4	Le ultime iniziative della Commissione specificamente mirate a contrastare la doppia imposizione.....	96
2.4.4.1	Allo studio l'incidenza della doppia imposizione sui dividendi di portafoglio e versati a investitori persone fisiche.....	97
2.4.4.2	Una svolta importante verso l'auspicata adozione di una base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB).....	99

### **PARTE III**

#### **IL PERCORSO DELL'ARMONIZZAZIONE NEGATIVA: LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA..... 103**

3.1	Doppia imposizione e Corte di Giustizia: le varie fasi della giurisprudenza. L'impatto sui sistemi nazionali.....	103
3.2	La classificazione degli ostacoli fiscali al mercato: discriminazione, restrizione, disparità. Il problema della trasferibilità al campo fiscale dei principi elaborati per altri settori dell'ordinamento comunitario.....	107
3.2.1	La nozione di discriminazione nella giurisprudenza. ....	108
3.2.2	L'evoluzione della categoria di restrizione: criticità.....	110
3.2.3	(segue) Restrizioni in senso economico e in senso giuridico. ....	114
3.2.4	Le disparità o quasi-restrizioni. La discussa applicabilità del principio non fiscale del mutuo riconoscimento.....	116
3.2.5	Quale collocazione in questo scenario per la doppia imposizione economica e giuridica? .....	122
3.3	Il metodo operativo della Corte di Giustizia.....	124
3.3.1	La comparabilità delle situazioni considerate.....	124
3.3.2	L'ambito rilevante della comparazione: due possibili vie. ....	127

3.3.2.1	L'overall approach.....	127
3.3.2.2	Il per-country approach.....	131
3.4	Il complesso rapporto con le Convenzioni internazionali: cenni. ....	133
3.5	La teorica delle cause di giustificazione.....	136
3.5.1	Le motivazioni non ammesse dalla Corte. ....	138
3.5.2	Le cause di giustificazione generalmente riconosciute. ....	139
3.5.2.1	La coerenza del sistema fiscale.....	141
3.5.2.2	L'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi e il principio di territorialità.....	143
3.5.2.3	La lotta alle frodi e all'elusione.....	146
3.5.2.4	L'efficacia dei controlli fiscali e l'assenza di scambio di informazioni. 147	
3.6	Una rinnovata attenzione per i metodi di eliminazione della doppia imposizione. La convergenza verso l'esenzione: un'opzione comunitaria per la neutralità all'importazione?.....	149
3.7	Lo stato dell'arte: la responsabilità dell'eliminazione della doppia imposizione economica e giuridica nel quadro d'insieme delineato dalla giurisprudenza. ....	154
3.7.1	La prospettiva dello Stato di residenza.....	155
3.7.1.1	Focus sulla doppia imposizione giuridica. ....	155
3.7.1.2	Focus sulla doppia imposizione economica.....	158
3.7.2	La prospettiva dello Stato della fonte. ....	161
3.7.2.1	Ritenute alla fonte e doppia imposizione economica. ....	162
3.7.2.2	Ritenute alla fonte e doppia imposizione giuridica.....	165
3.7.3	Osservazioni conclusive. ....	165

## **PARTE IV**

### **UNO SGUARDO OLTRE LA TASSAZIONE DEI DIVIDENDI: ALTRE FATTISPECIE RILEVANTI PER L'OBBIETTIVO COMUNITARIO DI ELIMINAZIONE DELLE DOPPIE IMPOSIZIONI.....**

4.1	Sulle tracce di un approccio sistematico. ....	171
-----	--	-----

4.2	Applicazione di <i>exit taxes</i> e doppia imposizione dovuta al disallineamento dei valori. ....	172
4.3	Normative CFC e trasferimento di utili all'estero.....	176
4.4	I regimi di <i>transfer pricing</i> e le rettifiche ad opera dell'amministrazione fiscale. ....	179
4.5	I regimi di contrasto alla <i>thin capitalization</i> . ....	183
4.6	La tassazione degli interessi relativi ad operazioni transnazionali. ....	188
4.7	Successioni <i>mortis causa</i> .....	191
4.8	La mancata considerazione di elementi negativi del reddito: emerge una nuova, più ampia, concezione di "doppia imposizione" insieme ad un'accezione comunitaria di capacità contributiva.....	193
4.8.1	La compensazione transfrontaliera delle perdite e i regimi di consolidamento: la sfida comunitaria al principio di territorialità.....	196
4.8.2	La deducibilità di elementi negativi dal reddito delle persone fisiche: lavoratori transfrontalieri, spese professionali, contributi pensionistici ed assicurativi.....	200

## PARTE V

### **RISULTATI E PROSPETTIVE. .... 203**

5.1	Il percorso europeo per l'eliminazione delle doppie imposizioni.....	203
5.2	Il profilo costituzionale dell'Unione Europea e l'evoluzione delle libertà fondamentali.....	205
5.3	Eliminazione della doppia imposizione: l' <i>an</i> . Inesistenza di un divieto generale e opportunità di un inquadramento unico per le fattispecie di doppia imposizione economica e giuridica. ....	208
5.4	Eliminazione della doppia imposizione: il <i>quomodo</i> . Un riparto di giurisdizione conforme al diritto comunitario. Il binario distinto per legittimazione alla tassazione e responsabilità giuridica degli effetti. ....	211
5.4.1	Una <i>priority rule</i> comunitaria a favore dello Stato della fonte.....	217
5.4.2	La capacità contributiva come criterio dirimente per l'attribuzione della responsabilità.....	220
5.5	Il <i>modus operandi</i> della Corte di Giustizia: una necessaria messa a punto....	224

**BIBLIOGRAFIA ..... 229**

*« L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble:  
elle se fera par des réalisations concrètes  
créant d'abord une solidarité de fait ».*

Robert Schuman –1950

*« Je refuse une Europe qui ne serait qu'un marché, une zone de libre-échange  
sans âme, sans conscience, sans volonté politique, sans dimension sociale ».*

Jacques Delors – 1998

## **Parte I**

### **PREMESSE: LA DOPPIA IMPOSIZIONE COME FENOMENO ECONOMICO E CATEGORIA GIURIDICA.**

#### **1.1 Premessa.**

Nello scenario europeo che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 è caratterizzato da una crescente vocazione istituzionale e da una sempre più intensa integrazione giuridica, diventa pressante la necessità di offrire una soluzione sistematica rinnovata al problema transnazionale della doppia imposizione nel campo della fiscalità diretta, che affligge il pieno raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

Proprio la corretta individuazione di questi obiettivi costituisce l'ineludibile punto di partenza dell'indagine. È grazie al processo inesauribile di trasformazione dell'ordinamento europeo, alimentato dalla periodica revisione dei Trattati ma soprattutto dal lavoro incessante della giurisprudenza, che è possibile oggi affermare

che tra gli obiettivi imperativi dell'ordinamento comunitario vi è l'eliminazione delle forme di doppia imposizione che gravano sui flussi di reddito transfrontalieri. Un simile obiettivo scaturisce infatti come corollario dalla generalizzazione del divieto di porre in essere restrizioni alle libertà fondamentali. Divieto che a sua volta, come si avrà modo di dimostrare ampiamente, trova spiegazione nella mutata natura giuridica di tali libertà, che non possono più dirsi soltanto meri parametri economici, ma piuttosto autentici diritti.

E così una risposta europea, unitaria e strutturata, al tema della doppia imposizione può nascere soltanto realizzando il delicato equilibrio tra la dimensione economica, orizzonte naturale del diritto europeo, e la dimensione più propriamente giuridica, che sfida l'interprete a riconoscere e ordinare nuove categorie giuridiche, che dal mercato traggono la propria legittimazione e al mercato poi si rivolgono per regolarne lo sviluppo. Tale risposta europea, dunque, deve necessariamente collocarsi tra ordinamento (o, per meglio dire, tra ordinamenti) e mercato, conciliando cioè la duplice natura del fenomeno della doppia imposizione, che è, da un lato, fattore economico capace di alterare la neutrale allocazione delle ricchezze, e, dall'altro lato, categoria del diritto che chiama una regolamentazione giuridica da parte dei ventisette legislatori nazionali nel rispetto dei principi (costituzionali) cogenti dell'ordinamento europeo.

Ciò premesso, per svolgere al meglio l'indagine sulla compatibilità della doppia imposizione con i principi di un diritto europeo in continua evoluzione, si è ritenuto opportuno e proficuo scegliere un punto di osservazione privilegiato quale la significativa vicenda della tassazione dei dividendi transfrontalieri in Europa, la quale assume un valore paradigmatico. L'intreccio dei rapporti tra socio e società, infatti, si pone al centro di un nodo di problematiche di politica e di tecnica fiscale in cui si incontrano ma soprattutto si scontrano esigenze di gettito e di tutela della sovranità, da un lato, ed esigenze di equità sostanziale e non discriminazione, dall'altro lato.

In particolare, si tratta di un tema che consente di ricostruire le problematiche legate sia alla doppia imposizione giuridica sia alla doppia imposizione economica, fenomeno quest'ultimo da sempre trascurato nell'ambito del diritto tributario internazionale, che richiede oggi una rinnovata attenzione alla luce dei principi del diritto comunitario. Entrambi gli aspetti del fenomeno stimolano riflessioni ad ampio raggio e con effetti importanti sull'evoluzione e concreta applicazione del diritto europeo.

Sotto un primo aspetto, infatti, i problemi implicati dalla tassazione dei dividendi in Europa derivano dal fatto che gli ordinamenti dei singoli Stati Membri tendenzialmente si adoperano per eliminare la doppia imposizione economica gravante sui dividendi interni, realizzando a tal fine forme di integrazione dell'imposizione sui soci e sulle società, le quali non si applicano, tuttavia, alle situazioni in cui sono coinvolti flussi di dividendi transfrontalieri, in entrata o in uscita. La disparità di trattamento che ne consegue si pone in conflitto con i principi fondamentali del mercato unico europeo, articolati sul binomio "libertà" e "non discriminazione", che mirano a creare la parità nelle condizioni di accesso e fruizione del mercato per gli operatori economici, ed oggi, sulla scia dell'introduzione della cittadinanza europea, anche la parità di opportunità per i cittadini dell'Unione.

Sotto un diverso aspetto, invece, la doppia imposizione giuridica origina dalla mancanza di regole comuni in punto di ripartizione dei poteri impositivi tra Stati. E poiché anch'essa crea effetti distorsivi del mercato e dell'esercizio delle sue libertà, conduce ad una rimediazione in chiave comunitaria dei tradizionali principi impositivi di fonte e residenza, nonché ad approfondire nella stessa ottica la teorica delle cause di giustificazione a disposizione degli Stati.

Inoltre, in quanto oggetto classico delle Convenzioni internazionali, la tassazione dei dividendi è un tema che consente anche di superare il profilo puramente sostanziale del problema della doppia imposizione per affrontare il profilo della competenza alla sua eliminazione e della gerarchia delle fonti, esplorando il faticoso raccordo delle fonti convenzionali tipiche del diritto internazionale con le fonti proprie dell'ordinamento comunitario e, conseguentemente, con il sindacato della Corte di Giustizia.

Avvalendosi degli strumenti dell'ordinamento comunitario e sfruttando la loro forza innovatrice, questo lavoro si pone l'obiettivo (ambizioso, ma – si tenterà di dimostrare – non utopistico) di proporre una soluzione evolutiva per affermare l'incompatibilità della doppia imposizione, tanto giuridica quanto economica, con la libertà di circolazione dei capitali, la libertà di stabilimento e, non da ultimo, con le tradizioni costituzionali comuni della maggior parte degli Stati membri. Ciò che oggi emerge con forza dall'esame del materiale normativo e giurisprudenziale è, infatti, la chiara affermazione di una dimensione costituzionale dell'ordinamento europeo, che costringe a ripensare le categorie tradizionali nel quadro del sistema di valori della costituzione materiale.

La vicenda legata all'imposizione dei dividendi, però, non si limita a rivestire un interesse solo perché oggetto di un nutrito filone giurisprudenziale, che consente una compiuta ricostruzione teorica del problema. Facendo uso di un metodo induttivo, si possono trarre da essa orientamenti di sistema assai rilevanti, utili, in particolare, nell'ottica di un'applicazione ad altre fattispecie di doppia imposizione che si rintracciano nei rapporti fiscali internazionali e che rilevano sul piano comunitario (si pensi alle forme di doppia imposizione generate dal prelievo di *exit taxes*, dalle discipline antielusive sui prezzi di trasferimento o sulle CFC, oppure legate alla tassazione di redditi di lavoro e pensioni, ovvero ancora alla doppia imposizione delle eredità, ovvero, infine, ai regimi di imputazione delle perdite transfrontaliere). Tali fattispecie riguardano infatti specifici regimi settoriali, posti in essere dagli Stati Membri perlopiù con finalità di salvaguardia della propria giurisdizione tributaria, e quindi a contrasto di comportamenti elusivi e a difesa del principio di territorialità dell'imposizione. Esse sono state fino ad oggi oggetto dell'attenzione comunitaria sotto aspetti diversi da quello della doppia imposizione. Si vuole ora dimostrare come la rilevanza comunitaria di queste ipotesi sia data anche (se non soprattutto) dal fatto che esse danno origine a una duplicazione del carico tributario sulla stessa manifestazione di ricchezza transfrontaliera: rilevano cioè ai fini della doppia imposizione, talvolta economica e talvolta giuridica, che sorge dal mancato coordinamento della potestà impositiva dello Stato della fonte e dello Stato della residenza, o dalla mancata integrazione delle relative discipline. Si darà prova dell'opportunità di affrontare tali fattispecie sotto questo punto di vista, dimostrando in tal modo la portata estensiva dei risultati raggiunti nell'analisi della tassazione dei dividendi. Il principio comunitario di riparto, che si è elaborato, agisce come criterio generalizzato per risolvere ogni fattispecie di doppia imposizione, anche quelle che dovessero emergere in futuro nel panorama della fiscalità transnazionale in Europa.

In tesi, dunque, la doppia imposizione, tanto giuridica quanto economica, è una fattispecie tipica di restrizione all'esercizio delle libertà comunitarie, e pertanto deve essere affrontata ed eliminata in una prospettiva di sistema.

E così, il percorso della tesi si divide idealmente in due fasi. Se la prima, appena descritta, parte dal mercato per arrivare all'ordinamento e inquadra il rapporto tra doppia imposizione ed Unione Europea, la seconda fase, invece, prende le mosse dall'ordinamento per arrivare al mercato, mira cioè a condizionare la realtà economica effettiva per renderla coerente con i contenuti del principio giuridico enucleato nella

prima fase. In altri termini, la seconda fase serve a prospettare gli strumenti per attuare in concreto l'obiettivo di elisione della doppia imposizione nel mercato europeo; strumenti che passano attraverso la definizione dei criteri per un riparto "comunitario" della giurisdizione tributaria degli Stati Membri. Si crea in tal modo una circolazione virtuosa, un'intima integrazione, tra la sfera dei principi e quella del mercato.

In questo quadro, la trasformazione giuridica delle libertà economiche in veri e propri diritti, cui all'inizio si è fatto cenno, serve a superare i limiti di un'impostazione meramente transnazionale. Costituisce infatti il passaggio finale ed essenziale per assicurare il successo dell'obiettivo di un mercato pienamente concorrenziale, privo delle distorsioni causate dalla doppia imposizione dei flussi reddituali transnazionali. Solo tale trasformazione, in ultima istanza, può legittimare un intervento comunitario in materia di riparto dei poteri impositivi, il quale non potrebbe giustificarsi se non in attuazione di un precetto – per così dire – "costituzionale". Il riparto di imposizione è tradizionalmente una prerogativa degli Stati, che essi esercitano attraverso convenzioni internazionali, ossia strumenti pattizi dello stesso rango del Trattato dell'Unione in cui sono affermate le libertà fondamentali. Per consentire tale "riparto comunitario" di giurisdizione, indispensabile per scongiurare le doppie imposizioni, non è sufficiente il richiamo alla diretta applicabilità delle libertà comunitarie: solo una norma dotata di forza superiore a quelle pattizie può consentire un'ingerenza nella libertà negoziale degli Stati Membri sul piano internazionale.

Un effetto secondario, ma non meno importante, della trasformazione delle libertà in diritti soggettivi si verifica sul piano della tutela giurisdizionale: viene attribuito al singolo contribuente europeo il diritto alla disapplicazione della normativa che causa il doppio carico fiscale e il diritto al risarcimento del pregiudizio subito per il verificarsi di una doppia imposizione.

Ma non è tutto. Questo approccio consente di valorizzare ulteriormente il profilo "individuale" delle libertà, riempiendole finalmente di contenuti sostanziali positivi, e non più solo negativi (in termini, cioè, di divieto di restrizioni). Ciò si traduce nella possibilità di teorizzare – a partire dagli elementi già presenti nell'elaborazione giurisprudenziale – una concezione europea di capacità contributiva, con potenzialità dirompenti sulle modalità tradizionali di applicazione del diritto comunitario.

Lontano dagli schemi rigidi del diritto positivo, il percorso che si intraprende sconta tuttavia l'esistenza di una diffidenza radicata nei confronti di una visione "economica" dell'ordinamento giuridico. «La doppia imposizione in senso economico è

quella giuridicamente irrilevante. Essa, quindi non è vietata, quale che sia il significato che si dia a tale divieto»<sup>1</sup>. Affermazioni di questo tenore non sono infrequenti e danno la misura della difficoltà concettuale che si deve affrontare per porre le basi di un nuovo ragionamento, fondato su argomenti di equità e ispirato all'affermazione delle regole fondamentali di un libero mercato.

La stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, se da un lato è il motore fondamentale di questa evoluzione, dall'altro lato si mostra spesso esitante e adotta un atteggiamento che, più che prudente, si può definire rinunciatario: si pensi in particolare alle sentenze in tema di doppia imposizione giuridica, che abdicano totalmente alla possibilità di intervenire in questo campo con soluzioni conformi al diritto comunitario.

La ricostruzione svolta in questa sede è un paziente lavoro di ricerca e interpretazione degli indizi che l'ordinamento europeo, e la giurisprudenza in modo particolare, offrono all'interprete, seppure ad uno stadio embrionale e forse in alcuni casi in modo addirittura inconsapevole. Tutto questo nella speranza di portare almeno un minimo contributo per districare queste complesse problematiche in chiave comunitaria, e comunque nella certezza che l'obiettivo ispiratore è quello di aumentare il grado di tutela dei cittadini-contribuenti europei.

---

<sup>1</sup> Fregni, M.C., *Appunti in tema di doppia imposizione interna*, in Riv. Dir. Sc. Fin., 1993, II, p. 17.

## **1.2 Le cause e gli effetti economici della doppia imposizione internazionale, giuridica ed economica. Gli elementi giuridici costitutivi della fattispecie.**

### **1.2.1 Le cause della doppia imposizione internazionale: conflitto tra criteri di collegamento.**

I fenomeni di doppia imposizione internazionale si intensificano sempre di più in grado proporzionale all'internazionalizzazione dell'economia e alla progressiva estensione delle pretese tributarie degli Stati anche su situazioni reddituali e patrimoniali realizzate fuori dal proprio territorio.

Da un punto di vista prettamente tecnico, accade che una stessa fattispecie risulta collegata a più ordinamenti giuridici, e si verifica, di conseguenza, un prelievo tributario sovrapposto, dato dall'applicazione di norme contemporaneamente vigenti nei diversi ordinamenti. Tale concorso di norme è originato dall'adozione, in ciascun ordinamento, di determinati criteri di collegamento, la cui applicazione congiunta non risulta coordinata.

Limitando la ricognizione al campo delle imposte dirette, si può osservare che i criteri di collegamento che determinano l'aspetto territoriale del tributo hanno una duplice natura, oggettiva oppure soggettiva. Alla prima categoria si riconducono i criteri basati sulla localizzazione del cespite produttivo di reddito e sul luogo di esercizio dell'attività; al secondo gruppo appartiene invece il criterio della residenza del soggetto erogatore ovvero percettore del reddito.

E' quando due (o più) Stati attraggono ciascuno nella propria sfera impositiva un medesimo presupposto di imposta, che si verifica il fenomeno della doppia imposizione. Esso è dunque conseguenza della sovrapposizione di criteri di collegamento confliggenti, per loro natura, cioè a livello sistematico, ovvero perché un certo contribuente presenta effettivi elementi di connessioni con più giurisdizioni, cioè a livello di singola fattispecie. In linea di principio, comunque, il problema sorge perché tutti i principali criteri di collegamento generalmente utilizzati esprimono una pretesa fiscale extraterritoriale.

Si possono verificare nella prassi tutte le diverse combinazioni: (i) conflitto tra due criteri oggettivi (es. diversa individuazione del luogo di produzione del reddito); (ii) conflitto tra due criteri personali (es. un soggetto viene considerato collegato a due diverse giurisdizioni fiscali); (iii) conflitto tra criterio personale e oggettivo.

Da queste ipotesi di effettivo contrasto tra più ordinamenti, va tenuta distinta l'ipotesi di doppia imposizione derivante dalla diversa interpretazione, fornita dalle autorità amministrative e giudiziarie di due Paesi, di uno stesso concetto giuridico<sup>2</sup>.

Le ipotesi di contrasto tra criteri della stessa natura (duplice criterio oggettivo o duplice criterio soggettivo) riguardano un conflitto che potrebbe definirsi formale, in quanto si risolve sul piano delle qualificazioni giuridiche di fonte ovvero di residenza: doppia residenza, ad esempio, che può essere sia effettiva, qualora un soggetto presenti concretamente i requisiti richiesti per la possedere la residenza in entrambi gli Stati, ovvero anche presunta, qualora la residenza in uno dei due Stati sia riconosciuta per effetto dell'operare di una presunzione. Nell'odierno scenario globalizzato caratterizzato da una grande mobilità non sono infrequenti questi casi di residenza in due giurisdizioni diverse. Proprio a risolvere questi inconvenienti sono finalizzate le clausole di c.d. *tie break* contenute nelle Convenzioni internazionali<sup>3</sup>.

Diversamente, l'ipotesi di conflitto tra un criterio oggettivo e uno soggettivo coinvolge più a monte una diversa impostazione della politica fiscale sostanziale, che oppone lo Stato della residenza del percettore allo Stato della fonte del reddito.

Nelle soluzioni di diritto positivo adottate dagli Stati molto spesso accade che i due principi si trovino a coesistere: mentre, quindi, il principio di tassazione del reddito mondiale estende la potestà impositiva dello Stato in questione sui propri residenti anche al di fuori del proprio territorio, il principio di tassazione alla fonte estende la potestà impositiva statale sui soggetti non residenti che operano sul territorio nazionale e vi producono dei redditi che sarebbero imponibili se prodotti da soggetti residenti.

Da quanto esposto, si comprende come strettamente connesso al tema della doppia imposizione sia il tema della territorialità dei tributi. Si tratta infatti di effettuare un coordinamento tra l'imposizione dei residenti per i redditi prodotti all'estero (principio di tassazione dell'utile mondiale) e quella dei non residenti per i redditi prodotti nel territorio nazionale (espressione diretta del principio di territorialità)<sup>4</sup>.

La connessione tra i concetti di doppia imposizione e territorialità emergerà in tutta la sua forza al momento dell'analisi della teoria delle cause di giustificazione

---

<sup>2</sup> Per l'approfondimento di questa ipotesi si rimanda al successivo paragrafo 1.2.2.

<sup>3</sup> Nel Modello OCSE la *tie break clause* in punto di residenza è contenuta all'art. 4, che elimina i possibili contrasti tra gli ordinamenti degli Stati contraenti definendo il concetto di residenza da adottare nei rapporti convenzionali.

<sup>4</sup> V. Adonnino, P., voce «Doppia imposizione» in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XII.

elaborata dalla Corte di Giustizia. Ma, per approfondire il tema, si rimanda ai capitoli successivi.

### **1.2.1.1 Il principio di tassazione in base alla residenza.**

Criterio di collegamento personale per eccellenza è il principio di tassazione fondato sulla residenza, nato nella tradizione giuridica anglosassone ma ormai assunto al rango di norma consuetudinaria generale<sup>5</sup>. Detto criterio prevede che i soggetti residenti in un determinato Stato vengano assoggettati ad imposizione per il loro reddito ovunque prodotto, indipendentemente dal fatto che esso derivi da fonti nazionali o estere.

Fondamento applicativo di tale principio è dunque la residenza del soggetto contribuente, intesa come suo collegamento con il territorio in cui gode del reddito o comunque fruisce dei servizi pubblici dello Stato. Si tratta di una specificazione del principio di extraterritorialità della potestà impositiva degli Stati, secondo il quale la sovranità dello Stato in materia tributaria non incontra limiti di diritto internazionale e può esplicarsi anche fuori dei confini territoriali, in ragione del collegamento materiale del contribuente con il territorio dello Stato.

A sostegno del principio in questione sono state addotte varie giustificazioni teoriche<sup>6</sup>. Innanzitutto, viene sottolineato il particolare vincolo di appartenenza che lega un soggetto al suo Stato di residenza, in base al quale si ritiene doveroso che chi risiede permanentemente o abitualmente in un dato territorio contribuisca alle spese comuni della collettività di riferimento.

Secondariamente, si ripete spesso l'affermazione che il principio di residenza è preferibile a quello della fonte (v. *infra*) perché quest'ultimo presterebbe maggiormente il fianco a condotte evasive da parte del contribuente. Si presume infatti che l'assenza dell'investitore straniero dal territorio renda più difficoltoso per lo Stato della fonte rintracciare e tassare i redditi di tale soggetto.

Infine, il criterio di residenza è ritenuto coerente con il principio di capacità contributiva, presente in molte Costituzioni nazionali. Assumendo come base imponibile il reddito mondiale, lo Stato di residenza, infatti, tiene in considerazione ai

---

<sup>5</sup> Santamaria, B., *Diritto tributario, parte speciale. Fiscalità nazionale e internazionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 472 ss.

<sup>6</sup> Sul punto si rimanda all'analisi di Panayi, C., *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, Kluwer Law International, 2007, p. 3 e ss..

fini del calcolo dell'imposta progressiva la posizione finanziaria complessiva del contribuente.

La tassazione in base alla residenza viene adottata principalmente dai Paesi esportatori di capitali, mossi dalla preoccupazione di estendere la propria giurisdizione fino a ricomprendere i redditi generati dagli investimenti di capitali effettuati dai propri residenti all'estero.

Una variante del principio descritto è quella che prevede come criterio di collegamento per la tassazione dell'utile mondiale non tanto la residenza, quanto la cittadinanza. La giustificazione dell'imposizione, in questo caso, si riconduce alla sovranità esercitata da ciascuno Stato sui propri cittadini, che si traduce concretamente nella facoltà di conferire loro diritti e di porre a loro carico obbligazioni, anche al di fuori dei confini territoriali<sup>7</sup>. E' questa la soluzione prescelta dall'ordinamento statunitense, ma, oltre a questa pur importante eccezione, sono molto rari i casi di sua applicazione, in quanto il criterio della cittadinanza risulta superato in un contesto internazionale caratterizzato dalla mobilità generalizzata delle persone e dei capitali.

### **1.2.1.2 Il principio di tassazione alla fonte.**

Opposta è la prospettiva in cui si pone il principio della tassazione alla fonte, comunemente indicato anche come principio di territorialità, secondo cui i soggetti non residenti in un determinato Stato vengono comunque assoggettati ad imposta per i loro redditi derivanti da fonti poste nel territorio dello Stato.

Lo Stato, in questo caso, assoggetta ad imposizione tutti i redditi che presentano un nesso economico con il proprio territorio, a prescindere dalla titolarità del reddito stesso in capo a soggetti residenti o non residenti. L'attenzione è concentrata sull'origine economica del reddito, e gli Stati che adottano tale principio sono chiamati a definire con regole precise il *quantum* del reddito riconducibile al territorio.

Per giustificare l'imposizione alla fonte, si sostiene in primo luogo che le imposte prelevate dallo Stato sono dovute, in un rapporto quasi sinallagmatico, per la fruizione dei servizi pubblici, del quadro normativo e, in generale, delle infrastrutture che consentono lo svolgimento dell'attività e la produzione stessa del reddito. La giurisdizione dello Stato della fonte si afferma dunque in rapporto diretto con

---

<sup>7</sup> Così Martha, R.S.J., *The jurisdiction to tax in international law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*, Kluwer law and taxation publishers, 1989, p. 25.

l'inserimento dell'investitore estero nel contesto economico del Paese e con la sua possibilità di fruire delle risorse naturali ivi reperibili<sup>8</sup>. In questo modo si tende ad evitare che gli investitori non residenti sfruttino le opportunità offerte dallo Stato della fonte per poi canalizzare interamente all'estero il risultato economico dell'investimento. Gli oppositori di questa tesi rilevano, tuttavia, come tale ragionamento non sia esclusivamente riferibile al contesto dello Stato della fonte: anche l'ambiente economico dello Stato di residenza, infatti, sarebbe un fattore imprescindibile per lo svolgimento di attività transfrontaliere da parte dei propri residenti.

Un secondo argomento in favore della tassazione alla fonte fa riferimento alla concezione tradizionale (forse da rivedere alla luce delle dinamiche di globalizzazione) di sovranità territoriale: imporre un prelievo fiscale su un reddito sorto all'interno del proprio territorio rientrerebbe tra le facoltà sovrane di uno Stato.

Al contrario della tassazione basata sulla residenza, un sistema di tassazione alla fonte favorisce gli Stati destinatari di investimenti stranieri, adottando un criterio di collegamento oggettivo e non personale.

### **1.2.2 (segue) Le cause della doppia imposizione internazionale: i conflitti qualificatori. La nozione di dividendo.**

In un contesto internazionale, la sovrapposizione di diverse definizioni dello stesso concetto giuridico può dare origine a fenomeni di doppia imposizione o doppia non imposizione. Se la soluzione ottimale sarebbe invero quella di addivenire ad una qualificazione comune del concetto controverso<sup>9</sup>, è tuttavia più frequente la soluzione che opta per eliminare, a valle, solo gli effetti negativi del conflitto classificatorio, eliminando la situazione di doppia imposizione.

Classica è l'ipotesi della definizione del termine "dividendo", che si trova ricorrente in tutti gli ordinamenti. Nonostante la presenza di una base concettuale

---

<sup>8</sup> È il principio internazionale tradizionalmente conosciuto come *source country entitlement*, in base al quale "*the source country has the prior right to tax business income from direct investment earned within its jurisdiction. This principle can be justified on the grounds that the source country has to finance the infrastructure and public services from which the business benefits*" (Conclusions and Recommendations of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Rapporto Ruding), 1992, pag. 23).

<sup>9</sup> È il problema che la dottrina tedesca tradizionalmente denomina *qualifikationskonflikte*. Per quanto riguarda gli Stati che fanno riferimento al Modello OCSE di Convenzione, il conflitto sull'attribuzione della potestà qualificatoria delle fattispecie è stato risolto nel 2000 con l'introduzione nel Commentario della regola (peraltro non vincolante, data la natura del Commentario) secondo cui lo Stato della residenza deve accettare la qualificazione del reddito operata dallo Stato della fonte, e riconoscere su tale base lo sgravio dalla doppia imposizione.

comune, sono tuttavia assai numerosi gli aspetti differenziali tra un sistema e l'altro. A questa nozione, infatti, vengono di volta in volta ricondotti elementi reddituali di diversa natura, a seconda che la definizione accolta sia quella del sistema interno dei singoli Stati, quella desumibile dalla Direttiva 90/435/CEE (c.d. Madre-Figlia), o dal disposto delle convenzioni internazionali in vigore.

In linea di principio, la definizione fiscale di "dividendo" poggia su quella elaborata nell'ambito del diritto societario, ma da questa parzialmente si discosta, talvolta ampliandone, talvolta restringendone la portata. Diverso è infatti l'obiettivo che anima la disciplina tributaria rispetto a quella societaria. Nella prima rivestono un'importanza marginale fattori quali la forma giuridica della società distributrice, o il concetto commerciale di "distribuzione di utili", non sempre coincidente con la nozione di dividendi. Ciò che conta è la sostanza economica dell'operazione che concretizza un trasferimento di ricchezza da una società ai propri soci, qualsiasi sia la forma concreta assunta da tale trasferimento. In termini generali, anche alla luce del commentario all'art. 10 comma 3 del Modello OCSE<sup>10</sup>, può definirsi dividendo ogni distribuzione di utili da parte di un soggetto societario nei confronti dei propri soci, per il solo fatto di tale loro qualifica, senza la previsione di alcuna prestazione corrispettiva. La distribuzione di dividendi si configura dunque come un'operazione attraverso cui si realizza una diminuzione quantitativa del patrimonio sociale e uno speculare incremento del patrimonio dei soci.

Circoscrivere la definizione di "dividendo" valida per il diritto tributario internazionale e dunque anche per gli atti e la giurisprudenza comunitaria, è un'operazione di tipo ricostruttivo e non ricognitivo: non esistono infatti appigli positivi oltre al citato commentario OCSE, né si rinviene nel diritto comunitario alcuna definizione della nozione, nemmeno all'interno della Direttiva 90/435/CEE.

Ciò premesso, vengono qui di seguito individuate alcune ipotesi di doppia imposizione causate da una diversa accezione attribuita al concetto di dividendo nello Stato della fonte e in quello della residenza, a causa, ad esempio, di una diversa

---

<sup>10</sup> La nozione convenzionale di dividendo offerta dal comma 3 dell'art. 10 è la seguente: «*income from shares, 'jouissance' shares or 'jouissance' rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident*».

identificazione del soggetto distributore o del rapporto giuridico-economico che “genera” i dividendi<sup>11</sup>.

1) Definizione del soggetto erogatore e regimi di trasparenza fiscale: la maggior parte degli ordinamenti riconosce come soggetti erogatori di dividendi solo quegli enti dotati di personalità giuridica che sono autonomamente assoggettati all'imposta sulle società. La classificazione, operata dallo Stato di residenza del soggetto distributore, come ente fiscalmente trasparente o come soggetto passivo dell'imposta sulle società, si rivela pertanto decisiva agli effetti dell'eliminazione della doppia imposizione nello Stato di residenza del beneficiario della distribuzione<sup>12</sup>. Accade, infatti, che i soci di società estere trasparenti siano alleviati nel proprio Stato di residenza dalle imposte pagate all'estero sia a titolo di imposta personale sul dividendo percepito sia a titolo di imposta sugli utili prodotti dall'ente/società. Diversamente, i soci di enti tenuti al pagamento dell'imposta estera sulle società, riceveranno perlopiù nel proprio Stato uno sgravio dalla doppia imposizione giuridica (cioè dalle imposte estere – es. ritenute – poste a carico dello stesso socio) ma non dalla doppia imposizione economica, ossia dalle imposte prelevate sul reddito della società (per la distinzione tra le due forme di doppia imposizione, v. *infra*). Frequente, inoltre, è l'ulteriore caso in cui il conflitto sulla qualificazione degli enti crea situazioni di doppia imposizione perché uno Stato non concede il credito d'imposta per imposte assolute da un ente estero che sia considerato trasparente ai sensi del proprio ordinamento interno, ma che tale non sia nel suo Stato di stabilimento (dove pertanto è stato assoggettato ad imposta).

2) Diversa definizione della nozione di dividendo che influisce sul riparto di potestà impositiva: in generale, si verifica una duplice imposizione quando lo Stato della fonte tassa un reddito qualificandolo come dividendo, mentre lo Stato di residenza del percettore riconduce quel reddito a una diversa tipologia (ad esempio reddito d'impresa, interesse, royalty, plusvalenza), per cui sia naturale il regime di tassazione esclusiva nello Stato di residenza del percettore. In tale situazione, infatti, quest'ultimo Stato riterrà l'assenza di una potestà impositiva dello Stato della fonte e quindi

---

<sup>11</sup> Helminen M., *The International Law Concept of Dividend*, Kluwer law International 2010, p. 3 e ss.

<sup>12</sup> V. le osservazioni sul punto di Helminen, M., *op. cit.*, p. 75.

l'insussistenza di ogni eventuale prelievo rispetto a cui garantire un credito d'imposta<sup>13</sup>. Al contrario, qualora sia lo Stato di residenza, ma non lo Stato della fonte, a qualificare il reddito come dividendo, il conflitto di qualificazione porterebbe a una doppia non imposizione, laddove lo Stato di residenza adotti il sistema dell'esenzione<sup>14</sup>.

3) Qualificazione del reddito da cessione del diritto al dividendo: deve sussistere una determinata relazione tra due soggetti affinché l'oggetto del trasferimento di ricchezza (in forma di distribuzione) che ha luogo tra di essi possa definirsi "dividendo". Il beneficiario del dividendo può, tuttavia, non coincidere con il titolare della partecipazione al capitale della società distributrice. Ciò accade quando sono posti in essere accordi di c.d. *dividend stripping*, attraverso i quali un socio estero, rimanendo proprietario del titolo partecipativo, aliena ad un soggetto terzo (di solito residente nello stesso Stato della società) il diritto patrimoniale alla percezione del dividendo, evitando così l'applicazione della ritenuta alla fonte generalmente prevista per i dividendi in uscita. Simili accordi presentano un'evidente finalità elusiva e vengono pertanto contrastati attraverso una riqualificazione del profitto derivante dall'alienazione del diritto ai dividendi in termini di dividendo esso stesso, ovvero come plusvalenza da alienazione. Quest'ultima soluzione è preferita nella maggioranza delle convenzioni internazionali<sup>15</sup>, il cui obiettivo è risolvere le ipotesi di conflitto tra le qualificazioni operate dallo Stato della residenza del socio alienante e dallo Stato della fonte del dividendo: se, infatti, per il primo Stato si tratta di plusvalenza e per il secondo Stato di dividendo, quest'ultimo imporrà una ritenuta alla fonte mentre lo Stato di residenza, non condividendo la qualificazione in termini di dividendo, non si preoccuperà di eliminare la doppia imposizione giuridica. Ancora una volta, dunque, da un conflitto classificatorio si crea dunque un'ipotesi di doppia imposizione.

4) Riqualificazione degli utili nella disciplina CFC: in linea di principio, si parla di dividendi in relazione ai soli utili distribuiti. Nei regimi antielusivi relativi alle

---

<sup>13</sup> Per quanto riguarda il piano convenzionale, bisogna ricordare, tuttavia, che il Commentario al Modello OCSE specifica che lo Stato della residenza è tenuto a garantire il credito d'imposta o l'esenzione anche relativamente a quegli elementi reddituali su cui sussista un conflitto di qualificazione (cioè che lo stesso Stato di residenza non qualifichi come dividendi ai sensi della propria normativa interna). V. Commentario OCSE *sub* art. 23, par. 32.3, pag. 314 della versione aggiornata al 2010.

<sup>14</sup> Helminen, M., *op. cit.*, p. 49.

<sup>15</sup> Per Helminen, M., *op. cit.*, p. 106, la soluzione preferibile in via di semplificazione e più razionale è quella che prevede comunque la tassazione del dividendo come reddito del socio, anche se quest'ultimo ha trasferito i diritti patrimoniali legati alla partecipazione ad un diverso soggetto.

*controlled foreign companies*, tuttavia, gli utili non distribuiti da società controllate con sede in Paesi a fiscalità privilegiata sono assimilati a dividendi distribuiti e tassati in capo ai soci residenti secondo il regime proprio dei dividendi. La qualificazione unilaterale operata dalla disciplina nazionale porta ad un'imposizione duplice di questi utili nello Stato della società controllante e in quello della società controllata (per quanto con aliquote e regimi privilegiati).

### **1.2.3 La doppia imposizione giuridica internazionale.**

Tentandone una definizione abbastanza completa, seppur molto generica, è stato detto che la doppia imposizione internazionale è «quella situazione per la quale un'attività economica è colpita due volte dal tributo, da parte di due diverse autorità impositrici, dello stesso ordine e tra loro indipendenti»<sup>16</sup>, o anche «l'imposizione da parte di più Stati, e attraverso imposte similari, delle stesse manifestazioni di ricchezza, redditi o patrimoni che siano», «se l'imposizione complessiva che ne risulta supera quella che risulterebbe dall'imposizione complessiva da parte di ciascuno dei due Stati»<sup>17</sup>. Coerentemente, per la definizione data nell'introduzione al Modello OCSE (paragrafo 3), «*international juridical double taxation can be generally defined as the imposition of comparable taxes in two (or more) States on the same taxpayer in respect of the same subject and for identical periods*».

Tratto identificativo del fenomeno è dunque la sovrapposizione tra i fatti imponibili tipizzati da due o più ordinamenti, con la conseguenza che la congiunta applicazione di diverse leggi nazionali ha per effetto di assoggettare due o più volte ad imposta la stessa ricchezza. E' pertanto corretto parlare di concorso di norme, piuttosto che di conflitto tra le stesse, in quanto ciascuna norma applicabile alla fattispecie doppiamente tassata è riconducibile ad un diverso ordinamento sovrano<sup>18</sup>.

Fenomeno che si rileva dall'osservazione empirica della prassi tributaria sul piano internazionale, la doppia imposizione ha una natura controversa sul piano giuridico. Non vi è infatti unanimità in dottrina sull'opportunità di riconoscerle la dignità di "istituto giuridico" proprio dell'ordinamento internazionale. Voci autorevoli

---

<sup>16</sup> Carli, C.C., voce Cooperazione internazionale tributaria in «Enciclopedia Giuridica Treccani», vol. IX.

<sup>17</sup> Fantozzi, A., Vogel, K., voce Doppia imposizione internazionale in «Digesto disc. Priv., Sez. Comm.», p. 181.

<sup>18</sup> Tarigo P., *Gli elementi costitutivi della doppia imposizione internazionale quale fattispecie dei Trattati*, in Rass. Trib., 2009, 3, p. 670.

qualificano il fenomeno sul piano meramente fattuale, escludendo che esso formi oggetto di una fattispecie presa espressamente in considerazione dall'ordinamento internazionale e pertanto escludendo che possano derivarne effetti giuridici<sup>19</sup>.

Per taluni, addirittura, fondare la nozione di doppia imposizione su concetti strettamente giuridici sarebbe limitativo della possibilità di includere nella categoria, in via interpretativa, anche fenomeni con connotati diversi da quelli tipicamente riconosciuti, come sarebbero le ipotesi di doppia imposizione economica, normalmente ignorate dal sistema delle Convenzioni internazionali<sup>20</sup>.

Invece, per i fautori della tesi affermativa<sup>21</sup>, che riconoscono nella doppia imposizione una vera e propria fattispecie dell'ordinamento internazionale produttiva di effetti giuridici, si rintraccia il fondamento positivo nell'art. 23 delle convenzioni stipulate (dallo Stato italiano) sulla base del modello OCSE (v. *infra*), secondo cui «la doppia imposizione sarà eliminata nella seguente maniera: [...] Per quanto riguarda l'Italia: [...] se un residente italiano possiede elementi di reddito che sono imponibili in (altro Stato contraente), l'Italia può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito, a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non vi si oppongano. In tal caso l'Italia deve dedurre dalle imposte così calcolate l'imposta sui redditi pagata in (altro Stato contraente)».

In quest'ottica, la doppia imposizione si configura come fattispecie giuridicamente rilevante per i soggetti del diritto internazionale: si tratterebbe, in buona sostanza, di un fatto che l'ordinamento internazionale assume come fatto giuridico, come fattispecie. Ciò significa che è l'ordinamento a stabilirne gli elementi costitutivi, ossia quelle condizioni che devono necessariamente e congiuntamente realizzarsi perché la fattispecie venga ad esistenza e produca effetti obbligatori giuridicamente vincolanti in capo a soggetti specificamente determinati.

Questo angolo di prospettiva sul tema presenta spunti molto interessanti e consente di avvicinarsi ad una definizione del fenomeno in chiave giuridica. E'

---

<sup>19</sup> In questo senso si esprime Vogel, K., *On double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German treaty practice*, Kluwer Law International, 1997, p. 10; nonché, tra la dottrina italiana, Miraulo, A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè, 1990, p. 12, per cui: «questa configurazione [della doppia imposizione come istituto giuridico] sarebbe invero in sé incompatibile con l'intrinseca illegittimità, o negatività del fenomeno».

<sup>20</sup> Van Hoorn, J., *La concorrenza internazionale e la eliminazione della doppia imposizione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1967, I, p. 453.

<sup>21</sup> V. Tarigo, P., *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, 10, p. 902.

opportuno, pertanto, seguire questa impostazione e cominciare con l'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, per poi soffermarsi sugli effetti che la stessa produce.

### **1.2.3.1 Gli elementi costitutivi.**

Quanto al primo aspetto, la doppia imposizione giuridica internazionale viene tradizionalmente riconosciuta al ricorrere di un'identità di tipo sia oggettivo, in termini di identità del presupposto d'imposta (o, come meglio si vedrà, del fatto imponibile) e delle imposte applicate, sia soggettivo, intesa come identità del contribuente, sia temporale, come identità del periodo d'imposta.

Sul versante oggettivo, è necessario in primo luogo chiarire cosa debba intendersi per presupposto, ai fini che qui interessano. Poiché si sta affrontando un fenomeno transnazionale, rispetto al quale vengono naturalmente coinvolte discipline normative differenti riconducibili a diversi ordinamenti nazionali, concepire il requisito di identità del presupposto secondo la nozione specifica degli ordinamenti interni condurrebbe a svuotare di contenuto la stessa nozione di doppia imposizione.

Richiedere l'identità del presupposto significherebbe, in buona sostanza, postulare l'identità della qualificazione giuridica del fatto materiale, della manifestazione reddituale (o patrimoniale), della base imponibile, ritenendo in mancanza che non si versi in una fattispecie di doppia imposizione per assenza di uno dei suoi elementi costitutivi. Un'interpretazione rigorosa in questo senso avrebbe l'effetto di restringere, se non addirittura negare, l'applicabilità dei trattati. E' evidente il risultato paradossale a cui giunge questa ricostruzione, soprattutto ove si ponga mente al fatto che ogni ordinamento adotta differenti criteri di qualificazione giuridica, legati a peculiari ragioni storiche e alla propria specifica tradizione economica-finanziaria. Alla luce di ciò, è evidente come l'accezione più corretta sia dunque quella che intende il termine "presupposto" in senso atecnico, come fatto materiale, o, secondo la terminologia adottata nelle altre versioni linguistiche del Modello OCSE, come *fait générateur*, o *same subject matter*.

Anche il dato positivo che si rinviene nel sistema di convenzioni dello Stato italiano evidenzia come l'eliminazione della doppia imposizione non dipenda da una necessaria identità delle basi imponibili<sup>22</sup>.

L'ulteriore elemento rappresentato dall'identità (o comparabilità) delle imposte applicate è strettamente connesso alla definizione che si è data dell'identità di presupposto come identità di fatto imponibile. Se questo in ultima istanza è riconducibile ad un reddito (o ad un patrimonio), come manifestazione di capacità economica del soggetto passivo, allora l'imposizione dovrà ritenersi "analoga" nei due ordinamenti in quanto miri a colpire lo stesso tipo di capacità contributiva (reddito o patrimonio). L'identità delle imposte si riconduce all'identità del fatto economico e potranno ritenersi tra loro comparabili due imposte sul reddito, ovvero due imposte sul patrimonio, attestandosi la comparazione solo su questo piano assolutamente generale. In ogni caso, questo giudizio di comparabilità viene spesso svolto a monte dal diritto interno di uno Stato oppure forma oggetto delle pattuizioni convenzionali.

Sempre sul piano oggettivo si richiede, inoltre, che la doppia tassazione si verifichi con riferimento ad uno stesso periodo d'imposta. Anche questo requisito, del resto, viene generalmente considerato come una precisazione dell'elemento oggettivo dell'identità del presupposto<sup>23</sup>.

Passando all'analisi dell'elemento soggettivo o personale, anch'esso merita una riflessione particolarmente attenta. Non è un caso che la doppia imposizione giuridica internazionale sia stata definita come doppia imposizione in senso soggettivo<sup>24</sup>. In base al requisito dell'identità soggettiva del contribuente, infatti, è necessario che la duplice tassazione vada ad incidere sullo stesso soggetto passivo, come tale identificato da entrambi gli ordinamenti nazionali interessati. In altre parole, deve sussistere in capo a tale soggetto, necessariamente residente in uno degli Stati contraenti, una relazione qualificata rispetto all'elemento materiale generatore di reddito in entrambi gli ordinamenti che impongono una tassazione<sup>25</sup>. Le Convenzioni stipulate dall'Italia,

---

<sup>22</sup> V. Tarigo, P., *Gli elementi costitutivi*, p. 672.

<sup>23</sup> Nell'ambito delle imposte "continuative" (come l'imposta sul reddito), il presupposto infatti può compiutamente definirsi solo con riferimento al periodo d'imposta in cui il reddito matura. L'identità temporale in quanto tale diventa "inessenziale per la nozione di doppia imposizione". Così, Fantozzi, A., Vogel, K., voce Doppia imposizione internazionale, *cit.*, p. 187.

<sup>24</sup> Fregni, M.C., *op. cit.*

<sup>25</sup> Si veda la sentenza della US Tax Court, del 9 aprile 1943, nel caso *Irving Air Chute Co. V. Commissioner*, relativo alla situazione di una società americana che percepiva canoni per aver concesso un brevetto ad una società inglese. Quest'ultima aveva versato un'imposta all'erario inglese, trasferendone poi l'onere economico sulla società americana, la quale aveva quindi chiesto di poter dedurre dall'imposta statunitense l'imposta assolta "per rivalsa" nel Regno Unito. Il credito per l'imposta

ponendosi in linea con il diritto interno, qualificano tale relazione tra soggetto e reddito (o patrimonio) in termini di possesso.

Per opinione comune, l'apprezzamento dell'identità soggettiva non è mai rimesso a criteri rigidi e formali, ma piuttosto deve fondarsi sulla valutazione dell'identità "sostanziale" del contribuente, quale soggetto che realizza il presupposto normativamente previsto, a cui è attribuibile il fatto che esprime la capacità contributiva colpita dai due tributi, «prescindendo da figure che siano destinatarie di meri obblighi formali o, pur sostanziali, ma estranee alla realizzazione del presupposto d'imposta»<sup>26</sup>.

Peraltro, si osserva che postulare l'identità di soggetto passivo come elemento essenziale della fattispecie risponde principalmente all'esigenza di marcare una linea di confine rispetto al fenomeno della doppia imposizione economica. Tanto che per alcuni, essendo proprio questa la sola funzione dell'elemento soggettivo, il requisito di identità personale non assurgerebbe al rango di elemento costitutivo della fattispecie.

### **1.2.3.2 Gli effetti (rinvio).**

Tanto premesso, e assumendo come riferimento il sistema convenzionale, si sposta ora l'attenzione alla determinazione dell'effetto giuridico ricollegato al verificarsi di tutti i descritti elementi costitutivi e dunque all'insorgere di una fattispecie di doppia imposizione internazionale.

Tale effetto consiste nell'obbligo di accreditamento dell'imposta assolta all'estero, ovvero di esenzione del reddito ivi già tassato, ossia in un obbligo di eliminazione della duplicazione di imposta (sul contenuto dei metodi di eliminazione, v. *infra* par. 1.3.3).

La situazione giuridica che viene in essere può definirsi propriamente nei termini positivi di obbligazione, e non invece in termini di mero potere, come nemmeno nei termini negativi di un divieto di doppia imposizione (v. *infra* par. 1.3.2).

Mentre, sul piano dei destinatari, come risulta dall'impostazione del Modello OCSE, gli effetti della fattispecie si riversano sullo Stato in cui risiede il percettore del reddito. La residenza del soggetto, infatti, è proprio l'elemento prescelto al fine di ricollegare il fatto economico oggetto dell'imposizione plurima con lo Stato contraente

---

assolta all'estero, tuttavia, venne negato per mancanza del requisito di identità soggettiva, ritenendo che la società americana non aveva pagato alcuna imposta al fisco inglese in qualità di contribuente diretto, ma aveva sopportato solo un maggiore onere economico.

<sup>26</sup> V. Tarigo, P., *Gli elementi costitutivi*, cit., p. 685.

tenuto a eliminarla. La ripartizione del potere impositivo comunemente seguita in ambito internazionale pone in capo allo Stato di residenza il compito di rimuovere l'impatto economicamente e giuridicamente negativo del duplice prelievo fiscale (v. *infra* par. 1.3.4.1).

#### **1.2.4 Raffronto con la categoria della doppia imposizione interna: cenni.**

Nell'ordinamento italiano, sono due le norme che contemplano espressamente il fenomeno della doppia imposizione giuridica interna, ponendone il divieto. Ai sensi dell'art. 67 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 e, ugualmente, dell'art. 163 D.P.R. n. 22 dicembre 1986 n. 917 (t.u.i.r.), infatti, «la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi».

Dal dettato delle due norme vigenti si possono evincere alcune considerazioni. Innanzitutto, emerge subito un'importante differenza rispetto alla doppia imposizione internazionale sul piano soggettivo: il fenomeno viene qui inteso solo nella sua dimensione oggettiva, in quanto si fa riferimento unicamente all'identità del presupposto, a prescindere dall'identità o meno dei soggetti passivi incisi dal prelievo tributario. Rispetto all'analoga categoria internazionale, viene meno, dunque, la necessaria corrispondenza dei soggetti come elemento costitutivo della fattispecie.

Per quanto attiene specificamente all'elemento oggettivo, anche la fattispecie interna ne richiede la sussistenza in termini di identità di presupposto, come sopra si è rilevato con riferimento alla doppia imposizione internazionale, ma ovviamente in una diversa accezione. Il riferimento al "presupposto" deve essere inteso in questo caso nell'accezione tecnica, definita dal diritto nazionale, di fatto giuridicamente qualificato che esprime la *ratio* stessa del tributo.

Così circoscritto l'oggetto della fattispecie, è possibile osservare che il concetto di doppia imposizione assume all'interno dell'ordinamento nazionale una portata ben differente da quella rilevante per l'ordinamento internazionale: in primo luogo, a livello domestico, a differenza che sul piano internazionale, è dato riscontrare un divieto positivamente sancito; inoltre, gli effetti da esso espliciti sono più ampi, perché riguardano il piano sia sostanziale sia procedurale.

Oltre che come criterio ispiratore dell'azione legislativa, infatti, il divieto di doppia imposizione funge anche, *de jure condito*, quale canone ermeneutico che vieta

all'interprete di seguire ogni lettura di una norma tale da implicare una duplice imposizione.

Inoltre, il divieto è criterio di orientamento dell'attività amministrativa, volto ad evitare la simultanea pendenza di più procedimenti di accertamento e/o riscossione<sup>27</sup> (a livello sistematico, infatti, la previsione è collocata anche all'interno del decreto che regola l'attività di accertamento). In buona sostanza, esso è idoneo a invalidare l'atto di accertamento che si dovesse sovrapporre ad un altro atto emesso in relazione allo stesso presupposto, pur con riferimento a soggetti diversi. Per alcuni, addirittura, sarebbe questa la sola vera funzione del divieto, riducendo il suo oggetto all'attività amministrativa di imposizione, e privandolo di ogni portata sostanziale<sup>28</sup>.

Infine, ma non da ultimo, è ineludibile un raccordo del divieto in questione con i principi costituzionali. Esso svolge infatti anche una funzione di parametro dell'imposizione sostanziale, «quale custode, unico tra le norme formalizzate in leggi ordinarie, del principio della giusta imposizione»<sup>29</sup>. Per la dottrina citata, il divieto espresso dagli articoli 67 e 163 citati costituisce declinazione concreta di un principio generale dell'ordinamento, dotato pertanto di concreta precettività. In quanto tale, esso viene quindi ricondotto all'art. 53 Cost. in tema di capacità contributiva e all'art. 97 Cost. in tema di azione amministrativa, e sarebbe suscettibile di un'interpretazione sistematica estensiva.

La *ratio* del divieto come espressione di un criterio di equità e giustizia era già evidente nella previgente formulazione del divieto, contenuta nel R.D. 24 agosto 1877 n. 4021, in cui la norma proibiva la doppia imposizione che dovesse colpire lo stesso “reddito” e non invece lo stesso “presupposto”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Porcaro, G., *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Cedam, 2001; Fregni, M.C., *op. cit.*

<sup>28</sup> Facendo leva sul tenore letterale della norma, che parla di “applicazione” dell'imposta, è stato sostenuto che «l'art. 127 [oggi 163] vieta che entrino nella realtà giuridica atti (di applicazione della stessa imposta in relazione allo stesso presupposto), i quali perseguono lo stesso intento pratico giuridico di altri atti (di applicazione), in precedenza emanati», Ardizzone, G., voce *Doppia imposizione interna* in *Digesto Disc. Priv., Sez. Comm.*, p. 178.

<sup>29</sup> Porcaro, G. *op.cit.*, p. 10 e 61. In senso opposto, Ardizzone, G., *Doppia imposizione interna, cit.*, p. 181, coerentemente alla tesi di tale autore che non riconosce nel divieto altro che un'indicazione per l'attività dell'Amministrazione.

<sup>30</sup> È stato fatto notare come questa differenza non fosse solo nominale ma avesse importanti risvolti sostanziali, in quanto “la norma andava applicata anche se si verificava una seconda fattispecie imponibile diversa dalla prima per la presenza di elementi, quali, ad esempio, la disponibilità del reddito in capo ai percettori, il diverso periodo d'imposta o una diversa “causa” di produzione della ricchezza, purché il reddito tassato per secondo fosse comunque già stato una volta assoggettato al tributo in quanto derivante da una fonte già colpita dall'imposta”, con la conseguenza che appariva evidente la *ratio* della norma, tesa ad esprimere un criterio di equità e giustizia. Così Ardizzone, G., *Il principio del 'ne bis in idem' nella imposizione diretta*, in *Riv. Dir. Fin.* 1972, I, p. 116).

Oggi, comunque, l'aggancio ai valori costituzionali conferisce un respiro ampio al divieto di doppia imposizione interna, tale per cui, dalla sua portata sistematica, si potrebbe addirittura desumere l'applicabilità anche ai diversi fenomeni di doppia imposizione economica. Infatti, pur non esistendo nell'ordinamento interno un divieto assoluto di doppia imposizione economica, si potrebbe inferire un divieto "relativo", ossia il divieto, a pena di incostituzionalità della norma impositrice, che il prelievo fiscale superi nel suo ammontare complessivo la capacità contributiva manifestata dal presupposto (v. paragrafo seguente).

### **1.2.5 Elementi della doppia imposizione economica e suoi effetti.**

La doppia imposizione economica si verifica quando lo stesso elemento reddituale viene tassato più volte in capo a due diversi contribuenti. Ne costituisce un esempio classico il caso degli utili derivanti dallo svolgimento di un'attività d'impresa in forma societaria, i quali subiscono un duplice carico fiscale poiché vengono tassati in capo alla società al momento della loro realizzazione e una seconda volta quando vengono distribuiti ai soci, siano essi persone fisiche o a loro volta società.

A differenza della doppia imposizione giuridica, per cui è opportuno distinguere tra un profilo interno e uno internazionale (con conseguente differenziazione degli elementi costitutivi della fattispecie ai due livelli), essa non nasce da una contraddizione "formale" del sistema e si connota invece, già sul piano definitorio, come fenomeno economico, dunque in un certo senso "antecedente" rispetto alle qualificazioni date dall'ordinamento giuridico. Con ciò si spiega perché gli elementi costitutivi della doppia imposizione economica siano essenzialmente gli stessi sul piano interno e sul piano internazionale. Tra i due livelli, tuttavia, esiste una profonda differenza in ordine al quadro dei principi che vengono toccati dal verificarsi del fenomeno, e pertanto, in ultima istanza, alle soluzioni che possono essere elaborate.

Procedendo con ordine, gli elementi costitutivi di questa fattispecie sono comunemente identificati nella diversità dell'elemento soggettivo, ossia dei soggetti colpiti dal prelievo fiscale, e nell'identità dell'elemento oggettivo. Mentre la diversità dei soggetti costituisce l'elemento discriminante rispetto alla doppia imposizione giuridica e non pone particolari problemi teorici, sull'elemento oggettivo si rendono invece opportune alcune precisazioni, che consentono anche un passaggio alla seconda

fase della riflessione, relativa alla contestualizzazione del fenomeno all'interno dell'ordinamento nazionale, prima, e internazionale, poi.

L'elaborazione dottrinale sviluppatasi nel nostro ordinamento<sup>31</sup> si è particolarmente soffermata sulla definizione del requisito di identità oggettiva, rilevando correttamente che, per non vanificare il concetto stesso di doppia imposizione economica, esso va inteso come riferimento all'identità del fatto civilistico/economico sottostante alla fattispecie tributaria e non invece all'identità del presupposto tecnicamente tributario. Inoltre, la doppia imposizione economica non richiede nemmeno il requisito di comparabilità delle imposte applicate. Da questo discende che la doppia imposizione economica resta estranea al campo di applicazione del divieto normativo di doppia imposizione espresso dall'articolo 163 t.u.i.r, precedentemente richiamato<sup>32</sup>.

Tuttavia, l'assenza di ogni appiglio di diritto positivo non osterebbe alla configurazione nell'ordinamento interno di un divieto di doppia imposizione economica. La funzione di un simile divieto risponderebbe infatti all'esigenza di evitare che su uno stesso presupposto insista una reiterata, irrazionale, tassazione. Secondo questa visione ambiziosa, il fondamento del divieto sarebbe da rintracciare al livello più alto, nel principio costituzionale di capacità contributiva (art. 53 Cost.), rispetto a cui si porrebbe come corollario, e quindi, in ultima istanza, nel principio di uguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione.

Seguendo tale impostazione, la capacità contributiva va intesa nella sua accezione oggettiva, e dunque non come idoneità del soggetto a contribuire alle spese pubbliche, quanto piuttosto come capacità economica manifestata dal presupposto. E se questo presupposto viene inciso per due volte dal tributo in applicazione di due diverse norme, ci si trova di fronte ad una forma di imposizione non rispettosa della capacità contributiva effettiva. Quest'ultimo concetto diventa parametro di coerenza concreta dell'imposizione, e il divieto di doppia imposizione economica assume di riflesso una posizione di supremazia sistematica, ponendosi su un piano superiore rispetto alle leggi ordinarie.

In altre parole, per giungere ad una condanna della doppia imposizione economica, si rende necessaria una rielaborazione del concetto tradizionale di capacità

---

<sup>31</sup> Porcaro, G., *op. cit.*, p. 77.

<sup>32</sup> Per Ardizzone, G., *Doppia imposizione interna*, cit., «non è pensabile che il divieto [...] disciplini un concorso formale per evitare fenomeni di doppia imposizione economica, non espressamente disciplinati con apposite disposizioni».

contributiva che prescindendo dalla riferibilità soggettiva del presupposto e che si configura come qualità del presupposto stesso, attuando un passaggio dalla personalità alla realtà dell'imposizione<sup>33</sup>. In quest'ottica oggettiva, la doppia imposizione economica può violare il principio di capacità contributiva tanto in via diretta, ad opera, cioè, di previsioni legislative che comportino astrattamente una duplicazione d'imposta sullo stesso presupposto (operando qui il principio come parametro di legittimità costituzionale), quanto in via indiretta a causa di una non corretta applicazione delle norme ad opera dell'amministrazione finanziaria.

Assumendo la doppia imposizione economica dei dividendi ad esempio paradigmatico, dall'analisi comparata emergono diversi approcci nazionali, riconducibili essenzialmente a due categorie.

Da un lato il sistema classico, in cui l'imposizione sugli utili delle società coesiste con l'imposizione dei dividendi in capo ai soci senza che sia prevista alcuna forma di attenuazione di questo fenomeno.

Dall'altro lato i sistemi di integrazione, che, al contrario, non ignorano il problema della doppia imposizione economica e si preoccupano di mitigare il fenomeno provvedendo a "coordinare" i due livelli di tassazione. L'obiettivo di questo secondo tipo di sistemi è quello di ridurre gli inconvenienti causati da un sistema classico<sup>34</sup>, tra cui, in primo luogo, la distorsione delle scelte relative alla forma dell'investimento: in assenza di meccanismi di integrazione, infatti, gli investimenti in società si rivelano assai meno convenienti degli investimenti in enti non soggetti all'imposta sulle società, con il risultato di influenzare le scelte degli operatori in base a considerazioni puramente fiscali e non economiche. In secondo luogo, si crea una pericolosa preferenza per l'indebitamento a discapito del ricorso a nuovo finanziamento di capitale. Solo gli interessi passivi, infatti, e non le distribuzioni di dividendi, sono deducibili dalla base imponibile del reddito d'impresa. Conseguenze indesiderabili di questa tendenza sono l'aumento del costo dei finanziamenti, la maggiore esposizione debitoria delle società, e dunque il più concreto rischio di insolvenza. Infine, la doppia imposizione economica incide anche sulla politica di distribuzione degli utili, nel senso

---

<sup>33</sup> Osserva Porcaro, G., *op. cit.*, p. 108, che «nell'ambito del divieto di doppia imposizione, sembra proprio che si assista ad uno spostamento dalla personalità della imposizione alla realtà dell'imposizione stessa: da una situazione in cui la tassazione non si giustifica, a livello di *ratio*, se non con riferimento al soggetto che ha realizzato il presupposto, ad una situazione in cui la riferibilità soggettiva del presupposto stesso è mero strumento per rendere materialmente praticabile l'imposizione».

<sup>34</sup> Il tema è specificamente affrontato da Hellerstein, W., Kofler, G.W., Mason, R., *Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration*, in *Tax Law Review*, 2008, n. 62.

che le società possono, per un verso, essere incentivate a mantenere gli utili a riserva per differire il momento della tassazione in capo ai soci, e, per altro verso, scegliere di distribuire i propri utili in forma diversa dai dividendi o mascherare i dividendi sotto forma di pagamenti deducibili da parte della società (ad esempio, come compensi professionali).

I sistemi più diffusi di integrazione tra i due livelli di tassazione, peraltro, possono definirsi solo parziali, in quanto l'imposizione non viene unificata in un unico passaggio e resta pur sempre la distinzione nominale tra l'imposta dovuta dalla società e quella dovuta dal socio.

La questione della doppia imposizione economica assume connotazioni differenti nell'ordinamento internazionale, che non conosce il principio di capacità contributiva né pone esigenze di equità dell'imposizione. Partendo da un'osservazione empirica, si nota comunque che, nonostante l'assenza di principi internazionali direttamente lesi dalla doppia imposizione economica, la maggior parte degli Stati adotta meccanismi volti all'eliminazione di questo fenomeno per quanto riguarda, ad esempio, i flussi di dividendi infragruppo. Una minore convergenza degli ordinamenti si riscontra, invece, nel campo dell'imposizione dei dividendi percepiti da soci persone fisiche.

In ogni caso, gli Stati che adottano meccanismi di integrazione per l'eliminazione della doppia imposizione economica solitamente non li estendono alle situazioni transfrontaliere, fatte salve eventualmente le previsioni contenute in specifiche convenzioni bilaterali con altri Stati. Questo diffuso atteggiamento è giustificato da ragioni di carattere strategico: si tratta innanzitutto di un motivo di impatto finanziario, perché l'estensione unilaterale del rimedio contro la duplice imposizione comporta una rinuncia diretta dello Stato a percepire entrate tributarie. A questo aspetto si collega il rilievo che non vi è consenso unanime nella comunità internazionale quanto al criterio di ripartizione della giurisdizione fiscale, per la combinazione multiforme dei principi di fonte e residenza. Inoltre, occorre tenere presente che la misura della riduzione della doppia imposizione accordata nelle situazioni domestiche è il frutto delle aliquote effettivamente applicate e di una valutazione politica sul grado di integrazione dei livelli di imposizione. In un contesto internazionale, però, una misura unilaterale accordata da uno Stato non potrà essere coordinata, a causa delle disparità tra gli ordinamenti tributari, con la tassazione complessiva gravante sulla fattispecie, la quale scontrerà infatti anche l'imposta di uno

Stato estero. Ne potrebbero conseguire addirittura delle situazioni di doppia non imposizione.

In buona sostanza, si tratta nella maggior parte dei casi di soluzioni unilaterali, che risolvono l'effetto negativo della doppia imposizione economica perlopiù sul piano del singolo ordinamento nazionale, alla luce di considerazioni di politica economica interna ed, eventualmente, del richiamo costituzionale della capacità contributiva in chiave oggettiva. Tali misure, però, lasciano impregiudicati gli effetti dissuasivi prodotti dal fenomeno a livello transnazionale. In mancanza di principi internazionali di riferimento, nonché della possibilità di configurare (come nel caso della doppia imposizione giuridica) una fattispecie convenzionale da cui sorga l'obbligo di eliminazione (v. *infra* par. 1.3.4), gli strumenti tradizionali preferiscono ignorare i problemi generati dalla doppia imposizione economica e falliscono nel dare loro una risposta soddisfacente. In questo quadro, come si vedrà nei capitoli successivi, la risposta comunitaria si rivela come l'unica strada percorribile.

### **1.3 L'approccio tradizionale del diritto internazionale al fenomeno della doppia imposizione. Principi generali e strumenti di contrasto.**

#### **1.3.1 I principi internazionali di neutralità e non discriminazione.**

Frequentemente le regole dell'ordinamento tributario internazionale<sup>35</sup> di molti Stati, dunque, prevedono trattamenti fiscali differenziati delle fattispecie transnazionali rispetto ai trattamenti riservati ad analoghe fattispecie interne. Accade cioè che lo strumento fiscale venga utilizzato per il perseguimento di obiettivi di politica economica, tanto in chiave "protezionistica" per rendere meno attraenti gli scambi internazionali rispetto a quelli interni, quanto, eventualmente, in chiave agevolativa, per incentivare gli investimenti e le attività transfrontaliere. In entrambi questi casi si attua un regime *lato sensu* discriminatorio. Tuttavia, la rilevanza e l'impatto di queste due diverse forme di discriminazione non è la stessa. Come si vedrà, i regimi di favore per i

---

<sup>35</sup> L'occasione vale a ricordare la distinzione tra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario, intendendosi il primo come insieme di norme proprie di un determinato ordinamento nazionale, «manifestazione della sovranità ed autonomia nazionali dello Stato», e fondato «essenzialmente sul principio della absolutezza della potestà impositiva territoriale», il cui obiettivo è regolare l'imposizione delle fattispecie che presentano elementi di connessione con altri ordinamenti; il secondo, invece, da definirsi come corpo di regole appartenenti all'ordinamento internazionale, volte a risolvere gli aspetti fiscali conflittuali che si profilano nei rapporti internazionali tra Stati sovrani (sul punto, v. Carli, C.C., voce *Cooperazione internazionale tributaria*, in «Enciclopedia Giuridica Treccani», vol. IX.

soggetti esteri rispetto a quelli nazionali presentano una natura autonoma e rimangono al di fuori del campo di applicazione del principio internazionale di non discriminazione che ci si accinge ad indagare.

In campo fiscale, tale principio si colloca nel contesto di un'analisi economica dei rapporti internazionali e si pone come corollario del principio di neutralità. I trattamenti fiscali discriminatori, infatti, alterano le condizioni di uno scenario internazionale che, al fine di raggiungere il maggior grado di efficiente allocazione delle risorse, richiede l'eliminazione di qualsiasi ostacolo all'esercizio di attività economiche transfrontaliere. Neutralità significa infatti che le regole fiscali non devono comportare alcuna distorsione nelle scelte degli operatori economici<sup>36</sup>, secondo un'esigenza che si fa sempre più pressante nel quadro di un'economia di mercato globalizzata, che obbliga gli Stati a ridimensionare le scelte dettate da una mera tutela della sovranità.

In presenza di regimi fiscali differenziati a seconda della localizzazione degli investimenti, dunque, il fattore fiscale influenza le scelte degli operatori. Alla luce di questo, si comprende perché il principio di non discriminazione assuma una formulazione negativa, e non invece positiva nel senso di un obbligo di pari trattamento. L'obiettivo della neutralità richiede solo l'eliminazione di barriere giuridiche alla realizzazione dell'equilibrio concorrenziale.

Per porre le basi di una definizione del concetto di discriminazione, è importante preliminarmente chiarire che, nell'esame delle molteplici forme in cui può configurarsi la disparità di trattamento tra fattispecie interne e internazionali, si suole distinguere tra ipotesi di discriminazione diretta e indiretta.

Di discriminazione diretta si parla quando viene istituito un regime fiscale diverso, più favorevole o più sfavorevole, per i residenti (o i cittadini) dello Stato, rispettivamente a discapito o a vantaggio dei soggetti non-residenti (o non-cittadini),

---

<sup>36</sup> L'origine di questo concetto va rintracciata nella teorizzazione della "neutralità distributiva" formulata da J. Stuart Mill, secondo cui l'imposizione non dovrebbe modificare in alcun modo la posizione economica e finanziaria del contribuente. La stessa concezione è stata successivamente ripresa da Neumark, che ha definito la neutralità come principio essenzialmente trascendente rispetto all'ordine economico: correttamente interpretata, essa si traduce in una politica fiscale di non intervento, che lascia ai soli meccanismi del mercato il raggiungimento della concorrenza perfetta. «*A stage of perfect competition can only be imaginable in a juridical order that considers economic freedoms as values to be protected*» (così García Novoa, C., *Tax Neutrality in the Exercise of the Right of Establishment within the EU and Funding of Companies*, in *Intertax*, 2010, 11, p. 568. Del resto, si è anche osservato che la neutralità non è un obiettivo solo economico, ma anche giuridico. Fa riferimento alla necessità di assicurare l'eguaglianza sostanziale tra contribuenti con capacità contributiva essenzialmente identica. È indubbio che vi sia una violazione di tale principio ogni qual volta imprese con simili caratteristiche e potenzialità contributiva, vengono tassate in modo diverso a seconda delle loro scelte finanziarie", sicché tale principio deve essere assolutamente perseguito dal legislatore (Commissione di Studio sulla imposizione fiscale sulle società, Relazione Finale, 3 luglio 2007).

sulla sola base di questa loro qualità personale. Sono essenzialmente quattro le tipologie di discriminazione diretta, riconducibili a due antinomie: (i) agevolazioni all'entrata e (ii) restrizioni all'entrata, da un lato, e (iii) agevolazioni all'uscita e (iv) restrizioni all'uscita, dall'altro lato<sup>37</sup>. Tuttavia, non tutte queste ipotesi di discriminazione sono considerate rilevanti rispetto al significato del principio di non discriminazione (che, come ricordato, appronta una tutela di stampo negativo).

Le politiche di incentivo possono riguardare le operazioni in entrata (ad esempio, prevedendo sussidi o aliquote inferiori alle attività domestiche svolte da non residenti) sia le operazioni in uscita (con agevolazioni per gli investimenti esteri). In entrambi i casi, tali politiche non rilevano al presente campo di indagine: esse sono fatte oggetto dell'attenzione di regole internazionali diverse, come quelle relative alla concorrenza fiscale sleale o alle norme in materia di aiuti di Stato. La natura negativa del principio di non discriminazione non consente di prendere in considerazione tali ipotesi di disparità di trattamento. In quanto corollario del principio di neutralità, esso opera in senso univoco, e va interpretato come limite alla libertà impositiva degli Stati in favore dei rapporti internazionali.

Diversamente dalla discriminazione diretta, la discriminazione indiretta è più sottile e meno evidente, perché non colpisce direttamente i soggetti non residenti, ma istituisce un regime meno favorevole (ad esempio, escludendo l'accesso ad un vantaggio fiscale) per i soggetti che sono sì residenti, ma che sono legati, a livello contrattuale o di partecipazione societaria, con soggetti residenti al di fuori del territorio dello Stato.

#### **1.3.1.1 *Capital export neutrality e capital import neutrality.***

Del principio di neutralità economica del fattore fiscale, come prima descritto, esistono in realtà due visioni concorrenti, che possono ricondursi, rispettivamente, alla prospettiva dello Stato della fonte del reddito e a quella dello Stato di residenza del suo percettore. Visioni contrapposte che si dimostrano rilevanti anche ai fini di definire il

---

<sup>37</sup> Mason, R., *Tax Discrimination and Capital Neutrality*, in *World Tax Journal*, giugno 2010, p. 126 ss., che distingue *inbound preferences*, *inbound restrictions (protectionism)*, *outbound preferences* e *outbound (exit) restrictions*.

concetto stesso di discriminazione, il quale, come ricordato, è essenzialmente un concetto di relazione<sup>38</sup>.

Nella prospettiva dello Stato della fonte, la neutralità viene intesa come garanzia della parità di trattamento al momento dell'accesso. Si parla dunque in questo caso di *capital import neutrality* (CIN, o neutralità all'importazione), facendo riferimento all'obiettivo che tutte le attività economiche all'interno di un dato Stato subiscano lo stesso grado di pressione fiscale, indipendentemente dalla provenienza nazionale o estera del capitale investito per la produzione di reddito, nonché dal grado di imposizione scontato dai soggetti stranieri nel loro Stato di residenza. La *ratio* sottostante a questa declinazione del principio di neutralità è quella di promuovere l'effettiva concorrenza tra investitori residenti ed esteri all'interno della giurisdizione considerata, prevedendo un trattamento fiscale omogeneo per tutti i soggetti che vi operano.

Tuttavia, anche qualora uno Stato persegua coerentemente una politica di CIN tassando allo stesso modo residenti e non residenti per i loro investimenti nel territorio, la concorrenza tra tali categorie di soggetti potrebbe pur sempre subire una distorsione a causa delle imposte prelevate nello Stato di residenza del soggetto non residente (si pensi all'ipotesi di tassazione del reddito mondiale nello Stato di residenza ad aliquote più elevate di quelle applicate ai residenti dello Stato della fonte). Diversamente, la CIN è realizzata se lo Stato di residenza dell'investitore straniero riconosce un'esenzione totale dei redditi prodotti all'estero dai propri residenti. Da queste osservazioni consegue che la vera neutralità all'importazione non sta nelle capacità di ciascun singolo Stato, in quanto non può essere compiutamente realizzata se non attraverso un coordinamento con l'imposizione dello Stato di residenza<sup>39</sup>.

Ponendosi nella prospettiva dello Stato di residenza, al contrario, l'obiettivo della neutralità fiscale si atteggia in termini di *capital export neutrality* (CEN, o neutralità all'esportazione), cioè di applicazione di uno stesso carico fiscale ad ogni tipo di reddito percepito dai residenti di un determinato Stato, sia esso realizzato nello Stato stesso ovvero all'estero. In questo senso, non si tratta di una forma di neutralità soggettiva (come invece la CIN) quanto piuttosto oggettiva o "territoriale". Un sistema fiscale garantisce la *capital export neutrality* quando il fattore fiscale non influenza le

---

<sup>38</sup> V. le considerazioni svolte da Van Raad, K., *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986, p. 7 e ss.. Sui concetti di *capital import neutrality* e *capital export neutrality*, si veda anche l'analisi di Panayi, C., *op. cit.*, p. 6.

<sup>39</sup> V. le riflessioni sul tema di Mason, R., *op. cit.*, p. 130.

decisioni dei contribuenti relative alla localizzazione, nazionale o estera, dei propri investimenti. Obiettivo di tali sistemi è dunque promuovere un'allocazione efficiente delle risorse a livello mondiale: gli investimenti scontano le stesse imposte indipendentemente dal luogo in cui sono effettuati; non vi è nemmeno uno sfavore nei confronti di investimenti in Paesi a fiscalità privilegiata.

Una differenza essenziale rispetto alla *capital import neutrality* sta nel fatto che la neutralità in questa seconda accezione può essere compiutamente realizzata attraverso misure unilaterali adottate dal solo ordinamento dello Stato di residenza: perché ciò accada, infatti, è necessario e sufficiente che tale ultimo Stato (il quale, nell'ipotesi più comune, tassa i propri residenti sull'utile mondiale) applichi un trattamento uguale a redditi di fonte interna e internazionale e conceda un credito d'imposta integrale per le eventuali imposte pagate dai propri residenti all'estero (v *infra* par. 1.3.3). I redditi esteri sono, quindi, sottoposti allo stesso regime previsto internamente, previo annullamento dell'effetto negativo dell'imposizione estera. Tale onere è interamente addossato allo Stato della residenza, mentre in capo allo Stato della fonte del reddito non viene posto alcun tipo di obbligazione o limite all'esercizio della potestà impositiva sui redditi prodotti nel proprio territorio.

Il sistema di *capital export neutrality* viene spesso criticato per la gravosità degli oneri amministrativi che comporta (è necessaria una forte collaborazione con le autorità fiscali di altri Stati) e perché fa troppo affidamento nella condotta onesta del contribuente, tenuto a dichiarare fedelmente tutti i redditi percepiti all'estero.

In ogni caso, per rendere fiscalmente neutrali le scelte di localizzazione degli investimenti e di stabilimento della residenza, gli Stati dovrebbero realizzare simultaneamente neutralità all'importazione e all'esportazione. Questo è tuttavia impossibile in mancanza di un'armonizzazione globale delle basi imponibili, delle aliquote e dei metodi di eliminazione della doppia imposizione. Tenendo presente questo presupposto, il problema della tassazione dei redditi transfrontalieri spesso si riduce ad una scelta tra le due diverse forme di neutralità.

L'opzione del resto non è mai netta, e la maggior parte dei sistemi presenta soluzioni miste. Ad esempio, gli ordinamenti che implementano la CEN tendenzialmente non concedono un credito d'imposta integrale per le imposte assolte all'estero, ma limitato all'imposta che sarebbe stata applicata ad un reddito simile di fonte domestica, il che crea una deviazione dal modello e una conseguente distorsione delle scelte di allocazione degli investimenti, che saranno orientati verso gli Stati con un

livello di tassazione inferiore allo Stato di residenza. Inoltre, sempre in questi sistemi, è frequente il differimento dell'imposizione degli utili prodotti da società controllate estere, i quali vengono tassati non al momento della loro maturazione, ma solo al momento del loro effettivo trasferimento alla società madre residente, con un conseguente incentivo a mantenere *offshore* gli utili prodotti da società estere. Analoghe distorsioni sorgono anche nei sistemi che preferiscono la CIN ma che, ad esempio, concedono l'esenzione solo per gli elementi attivi del reddito estero dei residenti, senza prendere in considerazione gli eventuali elementi negativi, oppure che penalizzano gli investimenti stranieri applicando ritenute alla fonte sui dividendi distribuiti a soci non residenti<sup>40</sup>.

### **1.3.1.2 La clausola di non discriminazione convenzionale: caratteri e limiti.**

Fatta questa premessa sulle nozioni generali, occorre ora verificare se e come le problematiche della neutralità e della discriminazione siano affrontate, invece, nella prospettiva del diritto internazionale tributario<sup>41</sup>. Nell'ordinamento internazionale non è dato rinvenire un fondamento generale al divieto di discriminazione nei rapporti fiscali transnazionali. Non si può dire infatti che la neutralità, di cui – si è visto – la non discriminazione è un corollario, sia un principio intrinseco a tale sistema, trattandosi soltanto di un'opzione di politica economica.

Ciononostante, il principio di non discriminazione non è sconosciuto a questo ordinamento, in quanto trova una costante applicazione a livello pattizio. E' l'art. 24 del Modello OCSE per le convenzioni contro le doppie imposizioni sui redditi e i capitali a contenere l'espressione "codificata" del principio di non discriminazione, in una formulazione che ne declina quattro distinti aspetti.

Tale norma, in primo luogo, garantisce la non discriminazione in base alla nazionalità (comma 1): i cittadini di ciascuno degli Stati contraenti non devono ricevere dall'altro Stato contraente un trattamento peggiore rispetto a quello che lo stesso riserva ai propri cittadini che versano in situazioni paragonabili<sup>42</sup>. Inoltre, a condizione di

---

<sup>40</sup> Così Panayi, C., *op. cit.*, p. 10.

<sup>41</sup> V. sub nota 35 per la distinzione tra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario.

<sup>42</sup> Il comma 1 dell'art. 24 così recita: «*Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected*».

reciprocità, il principio trova applicazione anche nei confronti di soggetti che abbiano la nazionalità di uno degli Stati contraenti ma risiedano in uno Stato terzo.

Le altre tre fattispecie previste nei paragrafi successivi dell'art. 24, invece, assicurano l'assenza di discriminazioni, sia dirette sia indirette, nei confronti dei residenti di uno Stato da parte dell'altro Stato in cui tali soggetti abbiano avviato attività economiche, attraverso la costituzione di stabili organizzazioni<sup>43</sup>, società controllate<sup>44</sup>, o semplicemente attraverso rapporti contrattuali<sup>45</sup>. In particolare, lo Stato destinatario degli obblighi di non discriminazione non può prevedere un regime meno favorevole per le stabili organizzazioni di società stabilite nell'altro Stato contraente rispetto alle società nazionali attive nello stesso campo; deve consentire ai propri residenti la deducibilità di interessi, *royalties* e altre spese corrisposte a soggetti residenti nell'altro Stato alle stesse condizioni dei pagamenti a soggetti residenti; non deve applicare alle società nazionali controllate da soggetti residenti nell'altro Stato contraente una tassazione più pesante rispetto alle società domestiche comparabili.

E' opportuno in questa sede sottolineare alcuni aspetti della clausola di non discriminazione convenzionale, che serviranno a delineare le differenze rispetto all'analogo concetto di origine comunitaria.

Innanzitutto, occorre una precisazione sull'ambito di applicazione: i beneficiari del principio di non discriminazione convenzionale sono i non residenti che svolgono attività economiche nello Stato della fonte. La preoccupazione non è mai quella di prevenire i trattamenti discriminatori fra redditi esteri e redditi di fonte interna realizzati da residenti. Ciò è conseguenza del fatto che la clausola si riferisce esclusivamente alla discriminazione tra soggetti e non alla discriminazione tra redditi.

Inoltre, un aspetto interessante è quello delle limitazioni all'operatività del divieto: sono molto ampie le possibilità per gli Stati di addurre una giustificazione per

---

<sup>43</sup> Secondo l'art. 24 comma 3, «*The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities [...]*».

<sup>44</sup> Il comma 5 dell'art. 24 contiene la clausola sulla cosiddetta *capital ownership*: «*Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected*».

<sup>45</sup> Ai sensi del comma 4: «*Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12 apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State. Similarly, any debts of an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State [...]*».

una deroga al principio, diversamente da quanto avviene sulla scena comunitaria, in cui opera il severo vaglio della Corte di Giustizia<sup>46</sup>.

Ciò detto, è dato interrogarsi sul ruolo svolto dalla clausola di non discriminazione nell'impianto delle convenzioni internazionali.

Vi è chi ha suggerito che la garanzia di un trattamento non discriminatorio per gli investimenti e le attività dei residenti di uno Stato nell'altro Stato contraente sia posta come condizione di reciprocità per l'assunzione dell'obbligo convenzionale da parte dello Stato di residenza di eliminare la doppia imposizione attraverso i meccanismi del credito e dell'esenzione<sup>47</sup>. Se questa motivazione può apparire plausibile rispetto alle disposizioni relative alle stabili organizzazioni e alla *capital ownership*, che riguardano ipotesi in cui allo Stato di residenza viene convenzionalmente imposto di eliminare gli effetti dell'imposizione prelevata dallo Stato della fonte, sicuramente è più difficile giustificare in quest'ottica le disposizioni sulla nazionalità e sulla deducibilità delle componenti passive.

Diversamente, si può ritenere che la funzione del principio di non discriminazione sia ridurre gli ostacoli alle relazioni commerciali e finanziarie transfrontaliere<sup>48</sup>. Tuttavia, la clausola di non discriminazione convenzionale non raggiunge efficacemente questo obiettivo, essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, come già si è evidenziato, la sua portata è limitata, in quanto si rivolge solo agli investimenti in entrata effettuati da non residenti e non a quelli effettuati in uscita dai residenti<sup>49</sup>, tanto che si osserva come nell'impianto delle convenzioni siano le norme sull'eliminazione della doppia imposizione quelle veramente deputate ad agevolare gli scambi transfrontalieri<sup>50</sup>. In secondo luogo, questa limitazione dei

---

<sup>46</sup> Un classico esempio è dato dalle normative in tema di *thin capitalization*. Perché un regime di *thin capitalization* sia compatibile con la norma anti-discriminazione sulla deducibilità degli interessi (art. 24 comma 4 del Modello OCSE), è sufficiente che esso rispetti lo standard dell'*arm's length* posto dall'art. 9 (1) del Modello (così afferma il Commentario OCSE *sub* art. 24, paragrafo 74, pag. 350 della versione aggiornata al 2010). In ambito comunitario, al contrario, questa giustificazione non è stata accolta dalla Corte di Giustizia, che ha condannato la normativa tedesca in tema di sottocapitalizzazione perché contraria alla libertà di stabilimento, nonostante fosse in linea con il principio dell'*arm's length* (v. Corte di Giustizia del 12 dicembre 2002, causa C- 324/00, *Lankhorst-Hohorst*).

<sup>47</sup> Green, R.A., *The Troubled Rule of Nondiscrimination in Taxing Foreign Direct Investment*, in *Law and Policy in International Business*, 1994, 26, p. 113.

<sup>48</sup> La stessa OCSE condivide questa impostazione riconoscendo che il disposto dell'art. 24, pur formulato con riferimento a ipotesi specifiche, «*aims broadly at preventing "tax protectionism" — i.e. the deterrence by tax measures of investment from outside the country*» (Rapporto in materia di Thin Capitalisation, adottato dal Consiglio OCSE il 26 Novembre 1986, p. 30).

<sup>49</sup> V. Graetz, M., Warren, A.C., *op.cit.*, p. 1197.

<sup>50</sup> V. Bennett, M.C., *The David R. Tillinghast Lecture. Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, in *Tax Law Review*, 2006, 59, 4, p. 466: «*The non-discrimination rule embodied in income tax treaties has been framed as a source-country, rather than residence-country,*

destinatari rivela che il vero obiettivo della norma non sono gli scambi transfrontalieri in quanto tali, a prescindere dai soggetti che vi siano coinvolti<sup>51</sup>.

Ancora, la clausola di non discriminazione può essere interpretata come funzionale ad assicurare una determinata ripartizione dei poteri impositivi. Se così fosse, si potrebbe comprendere più facilmente perché gli Stati che adottano prevalentemente una prospettiva di *capital export neutrality* supportino poi una concezione di discriminazione che pone obblighi in capo allo Stato della fonte, nonostante il sistema di CEN in quanto tale non disponga in tal senso<sup>52</sup>.

In ogni caso, comunque, si tratta di una clausola difficilmente inquadrabile nell'impianto delle convenzioni tributarie, rispetto al quale si pone quasi come un'aggiunta, un corpo estraneo. Essa fa riferimento a specifiche ipotesi di discriminazione, risultato storico dell'esperienza applicativa di principi tradizionali delle relazioni internazionali, ma non specificamente nati in campo fiscale.

E' importante inoltre porre in relazione il divieto di discriminazione con i concetti precedentemente esaminati in tema di neutralità. Infatti, a seconda che si adotti il punto di vista della *capital import* oppure della *capital export neutrality*, è diverso il significato di cui si riempie detto principio. Mentre una politica di CEN si focalizza sulla destinazione dell'investimento, una politica volta alla CIN affronta la neutralità nell'ottica della sua origine: e così cambia conseguentemente il parametro della discriminazione. Se dunque l'obiettivo del sistema è garantire la neutralità oggettiva delle opzioni di localizzazione, la discriminazione si concretizza nel trattamento meno favorevole degli investimenti esteri rispetto agli investimenti interni, effettuati in entrambi i casi da soggetti residenti. In altre parole, va considerata discriminatoria ogni violazione delle regole della CEN, e quindi, precisamente, dell'obbligo dello Stato di residenza di eliminare (per via di imputazione o esenzione) l'incidenza delle imposte estere. Specularmente, se si applica una logica di neutralità soggettiva all'importazione (CIN), sarà definita discriminazione la violazione dell'obbligo di pari trattamento imposto allo Stato della fonte ovvero la violazione dell'obbligo dello Stato di residenza di esentare i redditi esteri.

---

*obligation – a commitment that a taxing country, in the exercise of its source-based jurisdiction, will not tax nationals (or residents) of its treaty partner more heavily than its own nationals (or residents)».*

<sup>51</sup> Questo è piuttosto l'obiettivo a cui mirano gli accordi internazionali sul commercio, da cui infatti trae origine la clausola di non discriminazione contenuta nelle convenzioni fiscali.

<sup>52</sup> Mason, R., *op. cit.*, p. 134, osserva che «*States may be reluctant – for revenue reasons – to credit discriminatory taxes levied by the source State*».

Il principio di non discriminazione posto dall'articolo 24 del Modello OCSE ha una portata che non coincide con quella della neutralità in uscita, ma che nemmeno si identifica con la neutralità in entrata: da un lato, infatti, non indica una preferenza tra i metodi dell'imputazione e dell'esenzione né si oppone alla limitazione del credito d'imposta ordinario, dall'altro ammette la possibilità di alcune deviazioni dall'obbligo di pari trattamento di residenti e non residenti nello Stato della fonte. Tuttavia, nella concezione convenzionale di non discriminazione confluiscono elementi di entrambe le prospettive della neutralità, in quanto tale modello impedisce la previsione di restrizioni all'entrata (così come la CIN) ma non preclude la possibilità di agevolazioni all'entrata (come la CEN).

Alla luce della formulazione del principio contenuta nel citato articolo 24, si pongono altresì alcune questioni applicative, che tuttavia influiscono sul contenuto stesso del divieto. La prima concerne il giudizio di comparabilità tra residenti e non residenti necessario a fondare la stessa possibilità di una discriminazione: la portata del principio si restringe o si amplia a seconda dell'interpretazione più o meno stretta che si attribuisce all'espressione «*in a similar situation*»<sup>53</sup>. La seconda attiene all'ammissibilità di giustificazioni alla previsione di trattamenti discriminatori: nell'ottica di un sistema convenzionale, una disparità di trattamento può, ad esempio, essere giustificata in base ad esigenze di contrasto a fenomeni abusivi ed evasivi, o comunque, più in generale, in vista degli specifici obiettivi perseguiti dal singolo trattato, come potrebbe essere l'incentivo ad investire in Stati con economie in via di sviluppo<sup>54</sup>. Se dunque sul piano internazionale l'assetto delle cause di giustificazioni è variabile a seconda degli interessi sottesi a ciascun singolo trattato, assai diversamente si atpeggia la problematica all'interno di un mercato unico come quello dell'Unione Europea, dove le cause di giustificazione a restrizioni e discriminazioni sono oggetto di un'elaborazione puntuale e tassativa (v. *infra*).

---

<sup>53</sup> Come si vedrà, è grazie alla giurisprudenza elaborata in ambito comunitario che si sono delineati in termini sempre più precisi (ed estensivi) i criteri di tale paragone.

<sup>54</sup> E' il caso delle cosiddette *tax sparing clauses* (o credito d'imposta presunto), clausole inserite in alcune convenzioni stipulate con Paesi in via di sviluppo, in base alle quali lo Stato di residenza del beneficiario di redditi prodotti in tali Paesi attribuisce un credito per imposte estere anche per imposte che effettivamente non sono state assolte. L'obiettivo di simili pattuizioni è evitare che le agevolazioni fiscali concesse dallo Stato della fonte al fine di attirare investimenti stranieri, siano vanificate per effetto del regime applicato nello Stato di residenza. Evidentemente, gli operatori dello Stato di residenza coperti dalla *tax sparing clause* si avvantaggiano di un regime particolarmente favorevole a cui non possono accedere gli operatori dello stesso Stato che effettuano investimenti interni.

Anche solo da questi ultimi rilievi emerge come oggi qualsiasi riflessione sul tema della discriminazione, anche su un piano puramente internazionale, non può più prescindere dal riferimento alla cospicua elaborazione comunitaria in materia, riconducibile principalmente all'opera di armonizzazione negativa svolta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>55</sup>.

### **1.3.2 La mancanza di un divieto di doppia imposizione internazionale.**

Oltre alle modalità (dirette o indirette), diverso può essere anche l'oggetto della discriminazione fiscale. Sono principalmente tre i livelli su cui la discriminazione può articolarsi: uno Stato può, in primo luogo, porsi l'obiettivo di favorire i propri prodotti, ovvero ancora di agevolare gli operatori economici nazionali, o infine le attività economiche nazionali rispetto agli equivalenti prodotti, operatori o attività economiche localizzate all'estero. E se è vero che i primi due tipi di discriminazione (contro i prodotti e contro gli operatori economici stranieri) costituiscono l'oggetto rispettivamente delle convenzioni internazionali in materia commerciale e fiscale, invece il terzo tipo di discriminazione, che colpisce i redditi prodotti all'estero da soggetti nazionali/residenti (tassati più pesantemente o esclusi da agevolazioni riservate ai redditi prodotti nel territorio), non è mai vietato in sé, e anzi viene riconosciuto come conseguenza inevitabile del riparto di giurisdizione e origine dei fenomeni di doppia imposizione internazionale (v. *supra*). Esso pertanto non è considerato illegittimo, e i suoi effetti negativi vengono contrastati soltanto indirettamente attraverso le disposizioni che ripartiscono la potestà impositiva tra gli Stati contraenti del singolo accordo.

In buona sostanza, il diritto internazionale tributario affronta il tema della tassazione del reddito estero di soggetti residenti da parte del loro Stato di residenza non come un problema di discriminazione, ma come un problema (complementare) di doppia imposizione internazionale, che sorge perché tanto lo Stato della fonte quanto quello della residenza affermano la propria giurisdizione fiscale<sup>56</sup>. Con questa ricostruzione del problema, è passata in secondo piano l'analisi dell'effettivo trattamento delle attività estere rispetto a quelle nazionali, in quanto non sono state

---

<sup>55</sup> Bennett, M.C., *op. cit.*, p. 440.

<sup>56</sup> V. Graetz, M., Warren, A.C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, in *Yale Law Journal*, aprile 2006, p. 1195.

espressamente elaborate i criteri guida per valutare l'equivalenza del trattamento in chiave di discriminazione.

In realtà la doppia imposizione è fenomeno strettamente connesso alla tematica della discriminazione, in quanto la sua stessa rilevanza come oggetto di indagine dipende dal fatto che il doppio carico fiscale pone determinati soggetti in una posizione competitiva peggiore rispetto ad altri. La nozione in sé richiama un concetto di relazione<sup>57</sup> e costituisce una declinazione concreta del concetto di "discriminazione".

Il diritto internazionale non conosce alcun divieto espresso della doppia imposizione, né giuridica, né tantomeno nel suo profilo economico. Ciascuno Stato può considerare una data fattispecie imponibile nel legittimo esercizio della propria sovranità, senza dover dipendere dalle scelte adottate dagli altri Stati. Come si è detto, infatti, non esiste un consenso sui criteri in base ai quali l'imposizione debba essere ripartita tra i diversi Stati interessati, né, conseguentemente, sull'attribuzione della responsabilità per l'eliminazione della duplicazione d'imposta.

Del resto, è ormai largamente minoritaria in dottrina la teoria secondo cui i principi del diritto internazionale, e segnatamente quello di sovranità degli Stati, consentirebbero soltanto l'applicazione del principio di territorialità. In quest'ottica, l'imposizione sarebbe giustificata soltanto in relazione a redditi e patrimoni in base ad al loro collegamento territoriale con lo Stato impositore<sup>58</sup> e sarebbe esclusa in radice la possibilità del verificarsi di fenomeni di doppia imposizione.

Esclusa dunque l'esistenza di un principio di territorialità dell'imposizione, si è osservato<sup>59</sup> che, a differenza degli analoghi divieti esistenti all'interno dei singoli ordinamenti, un divieto *tout court* di doppia imposizione porterebbe conseguenze ambigue se non addirittura paradossali, perché postulerebbe l'inapplicabilità delle disposizioni tributarie di ambedue gli Stati coinvolti nella fattispecie. Si otterrebbe

---

<sup>57</sup> Nella *London and Mexico Model Tax Convention*, redatta nel lontano 1946, si rinviene questa definizione: «*International double or multiple taxation arises when the taxes of two or more country overlap in such a manner that persons liable to tax in more than one country bear a higher tax burden than if they were subject to one tax jurisdiction only. The additional burden so incurred must, of course, be due non merely to differences in tax rates for the countries concerned, but to the fact that two or more jurisdictions concurrently impose taxes having the same bases and incidence without regard to the claim of the other jurisdiction*».

<sup>58</sup> Queste teorie erano diffuse soprattutto nell'ambito della dottrina latino-americana ed hanno trovato espressione, fra l'altro, in uno schema di convenzione elaborato nel 1943 da una sottocommissione in seno alla Società delle Nazioni, composta da studiosi ed esperti provenienti da detti Paesi. È evidente l'interesse politico sotteso a una simile ricostruzione, che mira a favorire gli Stati ricchi di risorse naturali e con economie in via di sviluppo, che quindi si pongono come importatori, e non esportatori, di capitali.

<sup>59</sup> Fantozzi, A., Vogel, K., voce *Doppia imposizione internazionale* in *Digesto Disc. Priv., Sez. Comm.*, p. 181 e ss.

pertanto un risultato opposto a quello perseguito, creando vuoti di imposizione altrettanto ingiustificati sul piano internazionale che la doppia imposizione. Un generale divieto di doppia imposizione da parte del diritto internazionale sarebbe pertanto concepibile solo se fosse affiancato dalla previsione di norme di ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati di volta in volta coinvolti. Ma questo tipo di norme è sconosciuto al diritto internazionale generale e costituisce invece oggetto privilegiato del diritto internazionale pattizio (Convenzioni contro le doppie imposizioni).

Nonostante questo assunto di partenza, la sensibilità diffusa riconosce in tale fenomeno un elemento di ostacolo allo sviluppo dell'economia globalizzata. Va rilevato la generale tendenza all'interno della comunità internazionale a ritenere opportuna l'eliminazione della doppia imposizione in tutti i casi in cui risulti possibile, dal momento che essa costituisce un ostacolo allo sviluppo dei traffici e delle relazioni internazionali<sup>60</sup>: è infatti evidente che gli operatori economici sono scoraggiati rispetto a investimenti transnazionali ove questi siano sottoposti a un maggior carico fiscale. E' proprio per questo motivo che gli Stati sono sempre più sollecitati ad adottare misure di contrasto al fenomeno, al fine di eliminarlo o, almeno, ridurlo.

### **1.3.3 I rimedi contro la doppia imposizione: i metodi unilaterali di eliminazione.**

Si accennava in precedenza alla ripartizione tra sistema classico e integrazione dell'imposizione di società e soci. Nell'ambito di questa seconda impostazione, si può precisare l'analisi distinguendo ulteriormente i sistemi in base al metodo che prescelgono per attuare questa integrazione ed eliminare la duplice tassazione del dividendo.

Tecnicamente, infatti, la doppia imposizione nel campo della tassazione diretta può essere contrastata attraverso meccanismi giuridici che si applicano al momento del calcolo della base imponibile e/o dell'imposta dovuta<sup>61</sup>. I metodi attualmente più diffusi sono quelli riconducibili all'esenzione dei redditi prodotti all'estero, all'imputazione, ossia la deduzione dell'imposta estera dall'imposta domestica (attraverso il c.d. credito

---

<sup>60</sup> «It is superfluous to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations...», OECD, Model Double Taxation Convention on Income and Capital, 1977.

<sup>61</sup> V. Adonnino, P., voce *Doppia imposizione* in Enc. Giur. Treccani, vol. XII, p. 3; Marinello, A., *I metodi per eliminare la doppia imposizione*, in Corr. Trib., 2002, luglio-agosto, p. 2844; Panayi, C., *op. cit.*, p. 16.

d'imposta), e, infine, alla deduzione delle imposte pagate all'estero dalla base imponibile nazionale.

Tali misure per l'eliminazione della doppia imposizione vanno tenute concettualmente distinte dai principi impositivi – di territorialità o di personalità – propri dei vari ordinamenti, anche vi sono legate da una stretta connessione<sup>62</sup>.

Il metodo dell'esenzione, ad esempio, è perlopiù preferito dagli ordinamenti che seguono il principio di territorialità dell'imposizione. Lo Stato di residenza del contribuente abdica, in questo caso, alla propria potestà impositiva in favore dello Stato estero in cui il reddito è stato prodotto. In concreto, lo Stato in cui risiede il percettore del reddito estero esclude tale reddito dal calcolo della base imponibile relativa all'imposta personale e dunque non lo considera tassabile, lasciando allo Stato della fonte l'esercizio esclusivo della potestà impositiva.

L'applicazione pura di questo metodo non comporta alcuna correlazione con il prelievo tributario attuato nello Stato della fonte (a differenza di quanto si vedrà per gli altri metodi): il reddito non viene tassato nello Stato di residenza, a prescindere dal fatto che lo Stato della fonte assoggetti il presupposto ad imposta o, comunque, prelevi l'imposta in concreto. Ciò significa che non viene eliminata solo la doppia imposizione effettiva o attuale, ma anche quella potenziale o virtuale. In sostanza, il soggetto residente che produce *foreign income* sopporta un onere tributario diverso (superiore o inferiore) da quello del soggetto residente che produce esclusivamente *domestic income*. Alla luce di tutto questo, è il metodo che, forse più di tutti gli altri, si avvicina all'obiettivo di eliminare integralmente gli effetti della doppia imposizione.

Nella prassi, in realtà, spesso vengono previsti alcuni correttivi, che, ad esempio a fini antielusivi, subordinano la concessione dell'esenzione all'imponibilità del reddito oppure all'effettivo prelievo di un'imposta nello Stato della fonte.

Si distinguono due metodi di esenzione, piena o con progressività, a seconda che lo Stato di residenza non prenda affatto in considerazione, ovvero si riservi la facoltà, di includere il reddito estero ai soli fini del calcolo della base imponibile dei propri residenti, per rispettare – in questo secondo caso – la progressività dell'imposizione nella determinazione dell'aliquota.

---

<sup>62</sup> La distinzione concettuale tra tecniche di eliminazione della doppia imposizione e principi impositivi equivale a quella tra causa giuridica e motivazione storico-economica del fenomeno della doppia imposizione. In questo senso, Miraulo, A., *op. cit.*, p. 29.

La sostanziale compressione del potere impositivo dello Stato della residenza ha per lungo tempo limitato il ricorso a tale metodo, nonostante la sua maggiore semplicità applicativa<sup>63</sup>, favorendo l'adozione del credito d'imposta. Solo a partire dagli ultimi anni si può affermare che la tendenza si sia invertita, e che il metodo dell'esenzione stia prendendo sempre più piede. Delle ragioni (comunitarie) di questo radicale cambiamento, che ha avuto luogo anche nell'ordinamento italiano, si darà conto nel prosieguo di questo lavoro.

Il metodo dell'imputazione, invece, viene tradizionalmente preferito dagli Stati che seguono il principio di tassazione dell'utile mondiale, in quanto è maggiormente in sintonia con il principio di capacità contributiva. Il reddito estero viene tassato sia nello Stato della fonte sia in quello di residenza, ma quest'ultimo solleva il contribuente dalle imposte assolute all'estero a titolo definitivo, mediante l'attribuzione di un credito d'imposta da imputare all'imposta nazionale.

Generalmente sono previste limitazioni a una piena applicazione del metodo, giustificate da ragioni pratico-economiche<sup>64</sup>, dando luogo, così, a numerose varianti: imputazione ordinaria (accredito dell'imposta effettivamente e definitivamente pagata nell'altro Stato); imputazione limitata alla quota di imposta che sarebbe dovuta nello Stato di residenza se il reddito fosse interno; credito d'imposta presunto, che prescinde dall'effettivo assolvimento di imposte estere e tende a non neutralizzare le agevolazioni fiscali concesse dallo Stato della fonte (v. *sub* nota 54). Il credito, inoltre, può essere concesso separatamente per le imposte pagate in Stati diversi, oppure essere globale per l'intero ammontare di tutte le imposte estere.

Si tratta di un metodo soprattutto in passato assai diffuso, ma che tuttavia presenta strutture e condizioni applicative piuttosto complesse.

Infine con il metodo della deduzione, nella pratica scarsamente utilizzato, lo Stato della residenza consente la deducibilità dalla base imponibile del contribuente dei tributi assolti all'estero, che vengono in un certo senso considerati come spesa inerente alla produzione del reddito. L'eliminazione della doppia imposizione, in questo caso, è soltanto parziale.

---

<sup>63</sup> Adottando il metodo dell'esenzione, infatti, lo Stato di residenza non ha la necessità di attivare lunghe e complesse indagini sull'effettiva incidenza delle imposte estere.

<sup>64</sup> Il credito d'imposta pieno comporta infatti che lo Stato della residenza debba consentire la detrazione delle imposte assolute all'estero qualunque sia la loro aliquota, con la conseguenza che nei casi in cui l'aliquota estera risulti essere superiore a quella applicata nello Stato di residenza, quest'ultimo si trova a dover rimborsare ai soggetti che hanno prodotto redditi esteri la differenza tra l'ammontare del tributo nazionale e quello assolto all'estero. Rimborso che si tradurrebbe così in un'agevolazione fiscale.

Nel classificare tali misure di contrasto alla doppia imposizione, si distingue solitamente tra misure dirette e indirette, a seconda che tendano ad eliminare la doppia imposizione giuridica (accreditando l'imposta estera sul reddito) ovvero economica (ad esempio, garantendo un credito anche per le imposte sottostanti).

#### **1.3.4 (segue) Il sistema convenzionale.**

Nel contesto attuale di crescente integrazione economica, le soluzioni unilaterali offerte dagli ordinamenti dei singoli Stati si rivelano sempre più insufficienti. La crescente diffusione che lo strumento convenzionale registra nel panorama internazionale è dunque il frutto non tanto di un (inesistente<sup>65</sup>) principio generale cogente che vieti la doppia imposizione, quanto dell'interesse eminentemente economico degli Stati a regolare il fenomeno, al fine di prevenire i suoi effetti negativi sulle relazioni economiche, sulla circolazione di persone e capitali, sugli investimenti. Il principale obiettivo delle Convenzioni fiscali è dunque quella di facilitare il commercio internazionale e gli investimenti riducendo le barriere fiscali che ostacolano il flusso di beni e servizi interstatali.

All'interno del *genus* delle Convenzioni internazionali, le convenzioni contro le doppie imposizioni si connotano per lo specifico contenuto tributario e per l'ambito dei destinatari, che si possono in ultima analisi identificare con la platea dei contribuenti, e non con i soli Stati contraenti.

Funzione precipua di tali accordi consiste nel delimitare e ripartire le potestà impositive degli Stati contraenti, che possono entrare in conflitto in relazione alle fattispecie tributarie sovranazionali (c.d. *distributive rules*), a prescindere da considerazioni di equità internazionale. Infatti, non si tratta soltanto di strumenti giuridici di tutela del contribuente, ma anche – e soprattutto – di strumenti di politica commerciale<sup>66</sup>, di composizione di interessi tra Stati sovrani, al fine di realizzare una reale comunanza di interessi. Contengono, infatti, una reciproca limitazione della sovranità fiscale degli Stati coinvolti, e conseguentemente una rinuncia alle pretese impositive su determinate fattispecie transnazionali.

Per configurare il rapporto delle Convenzioni con il diritto interno, è necessario verificare che le Convenzioni abbiano acquistato efficacia tramite recepimento con

---

<sup>65</sup> V. in proposito le considerazioni al § 1.3.2.

<sup>66</sup> Sacchetto, C., voce *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in Enc. Dir., Annali I, 2007.

ordine di esecuzione. Da tempo si ammette che l'efficacia della norma convenzionale recepita sia superiore alla legge ordinaria, anche posteriore, in ragione del principio di specialità, o comunque, del principio internazionale *pacta sunt servanda*.

Quanto al loro *modus operandi*, a differenza delle norme di diritto internazionale privato, le norme delle Convenzioni non conducono alla eventuale applicazione del diritto straniero ad una determinata fattispecie, né costituiscono in se stesse fonte di legittimazione di una nuova potestà tributaria. Le fattispecie che esse prevedono, infatti, si aggiungono a quelle regolate dalle norme interne e ne modificano l'efficacia<sup>67</sup>: al verificarsi della fattispecie convenzionale, può accadere che venga esclusa in uno degli Stati contraenti l'obbligazione d'imposta nascente dal verificarsi di una fattispecie di diritto interno, oppure anche che gli Stati si impegnino reciprocamente a compensare le obbligazioni d'imposta di diritto interno. Nell'ambito di efficacia di una Convenzione contro la doppia imposizione, in sostanza, l'obbligazione tributaria sussiste solo quando accanto ai presupposti della legislazione interna si verificano anche quelli previsti dalla Convenzione.

Tali Convenzioni vengono perlopiù stipulate sotto forma di trattati bilaterali, mentre più raramente si incontrano esempi di Convenzioni multilaterali (la più nota è la Convenzione 90/436/CEE, stipulata in ambito europeo per l'eliminazione della doppia imposizione nei casi di rettifiche degli utili di imprese associate). Il vantaggio offerto dalle convenzioni multilaterali consiste in una maggiore uniformità di disciplina e di interpretazione, così come nella maggiore efficacia ai fini del contrasto a condotte di concorrenza fiscale dannosa. Tuttavia, la scarsa diffusione di questo strumento deriva dalla difficoltà della loro concreta negoziazione, che richiede il bilanciamento tra la sovranità di una pluralità di Stati.

Se esempi di accordi bilaterali contro la doppia imposizione appaiono nel panorama internazionale già alla fine dell'Ottocento (cioè nel periodo in cui, nei sistemi tributari, le imposte dirette sul reddito si espandono a scapito delle forme di imposizione indiretta), è certamente sotto la spinta propulsiva delle commissioni di studio istituite in seno alla Società delle Nazioni prima, e, in seguito, all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, che si diffonde lo strumento della Convenzione per la soluzione dei problemi sollevati dai fenomeni di doppia imposizione.

---

<sup>67</sup> In questo senso v. Fantozzi, A., Vogel, K., voce *Doppia imposizione internazionale* in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. Comm., p. 181.

#### **1.3.4.1 Ripartizione del potere impositivo ed eliminazione della doppia imposizione (sui dividendi) nel Modello OCSE.**

La maggior parte delle attuali Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione è stata redatta sulla scorta del Modello di Convenzione elaborato dall'OCSE nel 1963 e più volte aggiornato, da ultimo nel 2010. Data l'ampia diffusione, tale Modello e il relativo Commentario svolgono un ruolo di primo piano nell'interpretazione delle Convenzioni esistenti, tanto che viene riconosciuta la loro natura di "quasi fonte" o *soft law*, soprattutto con riferimento alle Convenzioni stipulate fra due Stati membri dell'Organizzazione<sup>68</sup>.

In linea generale, il Modello propone una ripartizione dei poteri impositivi che attribuisce allo Stato della fonte una potestà limitata e una potestà illimitata allo Stato della residenza. Coerentemente, l'obbligo di eliminazione delle ipotesi convenzionali di doppia imposizione (giuridica) incombe interamente sullo Stato della residenza. L'opzione politica sottesa a questa impostazione è evidente: se la preferenza del Modello è per una tassazione puramente in base alla residenza, tuttavia la soluzione di ripartizione della giurisdizione è frutto del compromesso raggiunto con le esigenze degli Stati che si pongono prevalentemente come Stati della fonte<sup>69</sup>.

Si è già avuta l'occasione di analizzare le previsioni del Modello in tema di principio di non discriminazione (art. 24, v. *supra*), che, insieme alle clausole sulla procedura amichevole (art. 25) e sullo scambio di informazioni (art. 26), si aggiungono come ausiliarie alle disposizioni specificamente dedicate a definire il riparto di giurisdizione.

Ai fini della presente indagine, è utile assumere come esempio paradigmatico delle disposizioni del Modello l'art. 10<sup>70</sup>, che contiene le regole di ripartizione della potestà impositiva in relazione ai dividendi societari, soggetti ad una doppia imposizione giuridica (causata dall'applicazione di una ritenuta alla fonte nello Stato della fonte e dell'imposta sul reddito del socio nello Stato di residenza di quest'ultimo). Il modello suggerisce che tali dividendi siano tassati nello Stato di residenza del

---

<sup>68</sup> Si discute addirittura della possibilità di consentire l'applicazione delle versioni successive del Commentario nell'interpretazione di Convenzioni già vigenti (c.d. interpretazione dinamica del Commentario). V. Sacchetto, C., *op. cit.*, paragrafo 10.

<sup>69</sup> V. paragrafi 5 e 6 del Commentario all'art. 10 del Modello OCSE.

<sup>70</sup> V. i contributi di van Weeghel, S., *Dividends (Article 10 OECD Model Convention)*, e Helminen, M., *Discussion of Stef van Weeghel's Paper on Article 10 OECD Model Convention*, pubblicati in *Source versus Residence – Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, 2008, Kluwer Law International.

beneficiario. Ciò non significa però che venga esclusa a priori la possibilità di prevedere una potestà impositiva concorrente dello Stato della fonte dei dividendi stessi, seppur entro limiti piuttosto ristretti<sup>71</sup>. Nonostante la preferenza espressa dal Modello, non si può affermare con certezza che l'imposizione nello Stato di residenza sia effettivamente la soluzione più appropriata alla tassazione dei dividendi transnazionali. Argomentando dalla natura dei dividendi come utili prodotti dalla società distributrice, è possibile infatti rovesciare la prospettiva e sostenere l'opportunità di una tassazione dei dividendi alla fonte.

L'articolo 10 introduce altresì il requisito del "beneficiario effettivo", per prevenire le ipotesi in cui lo Stato della fonte rinunciarebbe ingiustificatamente alla potestà impositiva sui dividendi soltanto perché tali redditi sono percepiti da un residente dell'altro Stato contraente della Convenzione<sup>72</sup>.

Così definita l'allocazione dei poteri impositivi, gli articoli 23 A e 23 B del Modello indicano i metodi di eliminazione della doppia imposizione<sup>73</sup>: lo Stato di residenza del socio è autorizzato a tassare i dividendi maturati nell'altro Stato, ma deve

---

<sup>71</sup> Così recitano i primi due commi dell'art. 10: «1. *Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. 2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: a) 5% of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25% of the capital of the company paying the dividends; b) 15% of the gross amount of the dividends in all other cases*». In buona sostanza, è posto un limite massimo del 15% per l'aliquota a cui lo Stato della fonte può sottoporre i dividendi, dal momento che può già tassare gli utili al livello della società. Un'aliquota ancora più bassa (5%) è prevista in relazione a dividendi pagati da una società figlia alla propria società madre che possieda direttamente una partecipazione del 25%.

<sup>72</sup> Si dà il caso in cui a percepire i dividendi sia un agente o un fiduciario, rispetto al quale non sorge alcun rischio di doppia imposizione dato che non è considerato possessore del reddito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Non avrebbe motivo pertanto l'applicazione del regime convenzionale.

<sup>73</sup> L'art. 23A, rubricato *exemption method*, dispone al primo comma: «*Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall [...] exempt such income or capital from tax*». L'art. 23B, rubricato *credit method*, dispone invece al comma 1: «*Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which in accordance with the provisions of this Convention, may be taxed in the other Contracting State, the first-mentioned State shall allow: a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State; b) as a deduction from the tax on the capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State [...]*».

imputare<sup>74</sup> all'imposta che gli è dovuta l'imposta riscossa dallo Stato in cui i dividendi maturano<sup>75</sup>, ovvero, in alternativa, deve concedere un'esenzione.

Pur riconoscendo su un piano generale il grave impatto dei fenomeni di doppia imposizione sugli scambi internazionali<sup>76</sup>, il Modello OCSE – e, sulla sua scia, la maggior parte delle Convenzioni oggi vigenti – si occupano soltanto di risolvere i problemi posti dalla doppia imposizione giuridica in termini di concorrenza di ordinamenti giuridici diversi, dimostrando così la più totale indifferenza nei confronti del fenomeno della doppia imposizione economica<sup>77</sup>. Questo diverso fenomeno è contemplato solo incidentalmente nel Commentario, laddove afferma che, se gli Stati contraenti «*wish to solve problems of economic double taxation, they must do so in bilateral negotiations*»<sup>78</sup>. Tuttavia, pare potersi osservare una recente tendenza di alcune Convenzioni a conferire a tale fenomeno una crescente rilevanza<sup>79</sup>.

Deve darsi atto, infine, che il Modello OCSE è fatto oggetto di numerose critiche perché pare ispirarsi maggiormente al criterio della *capital export neutrality*, preferendo dunque al principio di residenza, piuttosto che alla *capital import neutrality* e al principio di tassazione alla fonte (su cui v. *supra*, nonché, per i profili comunitari, il

---

<sup>74</sup> Il modello prende in considerazione soltanto il credito d'imposta "ordinario", quello cioè per cui lo Stato della residenza limita all'ammontare della sua imposta sui dividendi il credito concesso (al contrario del credito "integrale"). V. art. 23B, comma 1 cpv.: «*Such deduction in either case shall not, however, exceed that part of the income tax or capital tax, as computed before the deduction is given, which is attributable, as the case may be, to the income or the capital which may be taxed in that other State*».

<sup>75</sup> Bisogna sottolineare che tutte queste disposizioni riguardano unicamente il credito per l'imposta riscossa dallo Stato della fonte direttamente sui dividendi (cioè la ritenuta alla fonte) e non per l'imposta sottostante (cioè l'imposta sulle società), proprio perché – come già premesso - il modello OCSE non prende in considerazione i problemi derivanti dalla doppia imposizione di tipo economico.

<sup>76</sup> «*Its harmful effects on the exchange of goods and services and movements of capital, technology and persons are so well known that it is scarcely necessary to stress the importance of removing the obstacles that double taxation presents to the development of economic relations between countries*» (paragrafo 1 dell'Introduzione al Modello OCSE).

<sup>77</sup> La tendenziale indifferenza del sistema convenzionale verso la doppia imposizione economica produce degli effetti sul piano dell'interpretazione e applicazione delle Convenzioni. Sulla base di questo assunto, una recente pronuncia della Commissione Tributaria Provinciale di Torino ha disapplicato il regime di esenzione per i dividendi in entrata previsto dalla Convenzione tra Italia e Germania. Interpretando la *ratio* della Convenzione, ha ritenuto infatti che l'assenza nel caso concreto di ogni forma di prelievo alla fonte in Germania rendeva superflua l'applicazione del beneficio convenzionale, inteso ad eliminare soltanto i fenomeni di doppia imposizione giuridica. Ai fini dell'applicazione della Convenzione si è ritenuta irrilevante l'imposizione scontata in Germania dalla società distributrice, che causava una doppia imposizione di tipo economico (CTP Torino, 4 novembre 2010, n. 148).

<sup>78</sup> Paragrafo 2 del Commentario all'articolo 23 del Modello di Convenzione OCSE.

<sup>79</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo: Convenzione tra Italia e Regno Unito del 21 ottobre 1988, in cui viene concesso un rimborso del credito d'imposta indiretta sui dividendi distribuiti a soci residenti nell'altro Stato; Convenzione tra Italia e Brasile del 3 ottobre 1978, che prevede l'esenzione dei dividendi percepiti da società italiane da società brasiliane controllate in misura pari ad almeno il 25%.

successivo cap. III par. 3.7.3), favorendo così i Paesi più sviluppati, esportatori di capitali all'estero<sup>80</sup>.

#### **1.4 Profili di rilevanza comunitaria del fenomeno della doppia imposizione (economica e giuridica). Rapporto con le libertà del mercato.**

Si sono già sottolineati gli effetti economici derivanti da una duplicazione di imposte sul piano internazionale, così come l'assenza di soluzioni giuridiche al problema al di fuori di quelle parziali adottate tramite le Convenzioni tra singoli Stati. Per la sua stessa natura, il fenomeno di doppia imposizione attenta alla neutralità delle scelte degli operatori economici, turbando il buon funzionamento di un mercato, e ostacolando pertanto la sua crescita e il suo sviluppo in termini di competitività<sup>81</sup>. Fa aumentare il costo delle attività economiche, riducendo proporzionalmente gli utili ritraibili dalle operazioni transfrontaliere.

La questione assume toni particolarmente critici e la ricerca di una soluzione diventa ineludibile, qualora si entri in una logica sovranazionale che si pone l'obiettivo di integrare i sistemi nazionali all'interno di un mercato unico, come quello dell'Unione Europea.

Se queste osservazioni valgono per la doppia imposizione in generale, aspetti specifici sono sollevati dalla doppia imposizione di tipo economico. Essa, in particolare, disincentivando la distribuzione di utili da parte delle società (al fine di differire la tassazione del dividendo), ostacola lo sviluppo del mercato dei capitali europeo, riducendo i capitali disponibili e alterandone l'allocazione (è più conveniente infatti non reinvestire i profitti tratti da precedenti investimenti, e di conseguenza, viene disincentivata perfino la creazione di nuove imprese e attività).

Da un punto di vista giuridico, per effettuare una valutazione in chiave comunitaria di questo fenomeno è necessario innanzitutto svolgere una ricognizione delle fonti del diritto specificamente coinvolte dal fenomeno.

Imprescindibile punto di partenza a livello sistematico è il richiamo alle finalità della cooperazione europea (enunciate nell'articolo 2 del previgente Trattato UE), fra cui essenzialmente quella di instaurare il mercato comune, quale «spazio di libertà,

---

<sup>80</sup> V. Sacchetto, C., *op. cit.*, par. 2.

<sup>81</sup> De Wolf M., *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination dans la jurisprudence de la Court de Justice des Communautés européennes et de la Court suprême des États-Unis*, Bruxelles, 2005, p. 243.

sicurezza e giustizia», promuovendo «il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria». Alla luce di queste finalità, è già evidente l'inammissibilità di qualsiasi disciplina nazionale che ostacoli i privati e le imprese nello svolgimento di operazioni economiche transfrontaliere, escludendoli in tal modo dai vantaggi del mercato comune<sup>82</sup>. La nozione di mercato comune, elaborata dalla Corte nella sua costante giurisprudenza, postula l'eliminazione di ogni intralcio agli scambi intracomunitari, ponendosi come obiettivo ultimo la fusione dei mercati nazionali in un mercato unico, il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno. È importante pertanto sottolineare che i vantaggi di tale mercato devono essere garantiti, oltre che a imprenditori e professionisti, anche ai privati che intendano effettuare operazioni economiche oltre le frontiere nazionali.

Scendendo dai principi ispiratori del sistema alle norme positive del diritto primario, i profili critici della doppia imposizione in un mercato unico sono essenzialmente di duplice natura: da un punto di vista, per così dire, "individuale", la doppia imposizione ostacola i singoli operatori nel libero esercizio delle attività economiche, il quale costituisce il cardine fondamentale del mercato; da un punto di vista "comparativo", invece, si crea un problema di disparità di trattamento tra operatori basato sulla localizzazione delle loro scelte di investimento, il che rileva sotto un duplice aspetto, in quanto discriminazione ma anche in quanto distorsione nella posizione concorrenziale degli investitori transnazionali, che vedono indebolirsi *inter alia* la loro capacità di autofinanziamento. E' dunque immediato il riferimento alle norme del Trattato che sanciscono il principio di non discriminazione e le libertà fondamentali di circolazione di merci, persone, capitali, servizi e la libertà di stabilimento, da un lato, e, dall'altro lato, le norme in materia di tutela della concorrenza.

Inoltre, il tema della doppia imposizione economica è ormai da decenni all'attenzione degli organi esecutivi comunitari: già nel Rapporto Ruding, la Commissione Europea riconosceva che l'esclusione dei dividendi transfrontalieri dai rimedi contro la doppia imposizione economica previsti per i dividendi interni conduceva ad una «frammentazione del mercato dei capitali nella Comunità»<sup>83</sup>. Come si avrà modo di approfondire in seguito, l'azione della Commissione dunque è da sempre

---

<sup>82</sup> È questo il monito esplicitamente affermato dalla Corte di Giustizia in un arresto relativo al tema della doppia imposizione (seppur in campo IVA): Corte di Giustizia, 5 maggio 1982, causa C-15/81, *Gaston Schul*.

<sup>83</sup> Commissione Europea, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, 1992.

volta a incoraggiare l'armonizzazione nel campo delle imposte dirette, l'unificazione delle basi imponibili e l'integrazione dei livelli di imposizione<sup>84</sup>. Tuttavia, tale azione propositiva deve scontare l'assenza di una competenza diretta dell'Unione in materia fiscale e la generale mancanza di consenso da parte degli Stati membri verso misure comunitarie che intacchino materie ancora assegnate alla loro sovranità.

Alle carenze del diritto positivo e della *soft law* ha cercato e cerca di porre rimedio l'opera di armonizzazione negativa della Corte di Giustizia.

La sfida sottesa al percorso che si intraprende, dunque, è segnata in partenza da questa apparente contraddizione del quadro comunitario, in cui la doppia imposizione è formalmente ignorata<sup>85</sup> dal sistema, ma si pone sostanzialmente in contrasto con i suoi principi ispiratori.

---

<sup>84</sup> «Come era già stato evidenziato dalla relazione Ruding del 1992, il modo in cui gli Stati Membri riducono la doppia imposizione degli utili aziendali distribuiti agli azionisti sotto forma di dividendi è fonte di discriminazioni che ostacolano i flussi d'investimenti transfrontalieri e tendono a frammentare i mercati finanziari della Comunità. È indispensabile quindi eliminare queste discriminazioni per rendere più competitivi i mercati finanziari dell'UE, aumentare la liquidità del mercato, razionalizzare la distribuzione del capitale e offrire una più ampia scelta agli investitori», Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo del 19 dicembre 2003, *Tassazione dei dividendi delle persone fisiche nel mercato interno*, COM(2003)810 final.

<sup>85</sup> Tanto è più vero in seguito all'abrogazione dell'ex art. 293 del Trattato UE nella nuova formulazione del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, successiva al Trattato di Lisbona.

## **Parte II**

# **L'ELIMINAZIONE DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE COME OBIETTIVO IMPERATIVO DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO: SPUNTI E LIMITI DELL'ARMONIZZAZIONE POSITIVA. I PRINCIPI DI RIFERIMENTO.**

### **2.1 La fiscalità diretta nel Trattato. L'inesistenza di una competenza comunitaria generale: conseguenze.**

Con la firma o la successiva adesione ai Trattati istitutivi dell'Unione Europea, gli Stati Membri hanno effettuato in favore degli organi comunitari una cessione di sovranità che, pur molto estesa, rimane sempre parziale. Tra le materie che restano affidate alla competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali, e che dunque sono escluse persino da una competenza concorrente dell'Unione, spicca soprattutto quella della fiscalità diretta. È chiaro infatti che i sistemi fiscali rappresentano un punto fondamentale delle identità nazionali e l'attribuzione all'Unione di una competenza sulla materia non avrebbe altra conseguenza che la perdita della sovranità, dato che il prelievo fiscale rappresenta la fonte principale di finanziamento del bilancio dello Stato, e pertanto l'elemento chiave per determinare le sue politiche di spesa.

In assenza di una competenza generale per la materia tributaria, dunque, sono principalmente due i limiti all'azione delle istituzioni comunitarie in questo settore: strumenti di diritto derivato possono essere adottati solo ove una previsione esplicita in tal senso sia contenuta nel Trattato, e comunque, anche in questi casi, la Comunità può esercitare i propri poteri esclusivamente nella misura in cui ciò si renda necessario per raggiungere gli obiettivi stabiliti dal Trattato stesso. Una competenza soltanto strumentale, dunque, ed essenzialmente "negativa", cioè preordinata a prevenire misure che possano ostacolare le quattro libertà fondamentali di circolazione (per le merci, le persone, i servizi, i capitali) all'interno della Comunità.

Più precisamente, se si eccettuano le norme sull'unione doganale, le uniche disposizioni rilevanti di natura specificamente fiscale si trovano nella Parte III, al Titolo VII del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), agli articoli da 110 a 113 (ex articoli 90 – 93)<sup>86</sup>, e non si riferiscono al campo della fiscalità diretta. Tali norme, inoltre, si caratterizzano per porre i limiti negativi di intervento della Comunità, ossia le regole di buona condotta da rispettare in materia di trattamento fiscale della circolazione delle merci tra Stati membri<sup>87</sup>.

Solo l'apporto dato dall'art. 113 si caratterizza in chiave positiva: la disposizione infatti prevede l'armonizzazione delle legislazioni sulla fiscalità indiretta degli Stati membri, nella misura e nei limiti in cui tale armonizzazione sia necessaria per un corretto funzionamento del mercato interno<sup>88</sup>.

Un'equivalente esplicita indicazione del Trattato a proposito della fiscalità diretta non esiste. Ci sono però altre disposizioni che consentono alle istituzioni comunitarie di incidere sulle normative degli Stati. Si tratta degli articoli da 114 a 116, che conferiscono al Consiglio il potere di adottare direttive per ravvicinare le legislazioni nazionali. L'art. 115 (ex art. 94), in particolare, permette al Consiglio di intervenire qualora reputi che le differenze tra le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri abbiano una diretta incidenza sul funzionamento del mercato comune. Come l'art. 113, anche questa disposizione – che è alla base di tutte le proposte di armonizzazione in materia di fiscalità diretta – richiede che le delibere siano prese all'unanimità. A differenza però dell'articolo citato, la forma del provvedimento è vincolata a quella della direttiva, che per natura non produce effetti automatici sui cittadini comunitari, ma postula il recepimento da parte degli Stati, e quindi è sottoposta a un ulteriore filtro a livello nazionale. L'azione comunitaria nell'ambito dell'art. 115 ha incontrato qualche difficoltà ad affermarsi, anche perché le

---

<sup>86</sup> L'art. 110, recependo principi già presenti nel diritto internazionale pattizio (v. Trattato GATT), statuisce una proibizione d'ordine generale ad operare discriminazioni fiscali nei confronti dei prodotti importati dagli altri Stati membri; l'art. 111 aggiunge l'interdizione di sussidiare i prodotti destinati all'esportazione con la concessione di rimborsi fiscali superiori alle imposte nazionali effettivamente pagate. La possibilità di applicare imposte speciali o agevolazioni per periodi limitati al fine di compensare eventuali divari fiscali tra Stati membri.

<sup>87</sup> Solo l'art. 112, prevedendo la possibilità di applicare imposte speciali o agevolazioni per periodi limitati al fine di compensare eventuali divari fiscali tra Stati membri, rappresenta un importante punto di contatto tra fiscalità indiretta e diretta nel Trattato. La disposizione infatti tiene conto del diverso peso specifico che queste due componenti fiscali possono assumere nei singoli Stati membri, poiché anche le imposte dirette versate dalle imprese hanno ovviamente un'incidenza sul prezzo dei prodotti; quando i livelli di imposizione sono particolarmente differenziati tra gli Stati membri, si possono creare distorsioni alla concorrenza. Ma nonostante le forti differenze tra strutture e livelli impositivi presenti sullo scenario europeo, l'art. 112, creato per rimediare a questa situazione, non ha avuto finora pratica attuazione.

<sup>88</sup> Questo articolo è stato alla base dell'azione comunitaria in materia di IVA.

distorsioni causate dalla coesistenza di regimi fiscali diversi negli Stati membri non costituiscono di per sé una violazione dei principi comunitari. Per proporre un progetto di direttiva, la Commissione deve infatti dimostrare che una determinata distorsione comporta un ostacolo reale al mercato: il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è consentito, infatti, se e nella misura in cui esse abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune.

È interessante prendere in considerazione anche l'art. 352 (ex art. 308) del Trattato, secondo il quale il Consiglio, sempre votando all'unanimità, “se un'azione [...] appare necessaria [...] per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate”. Questa previsione di carattere generale è utile nei casi in cui manchi nel Trattato l'attribuzione di specifici poteri d'azione per le istituzioni comunitarie. Più che per avviare una vera e propria armonizzazione fiscale, è stato discusso il possibile utilizzo di questa disposizione quale base legale di un'azione comunitaria in campo fiscale, strumentale all'adempimento di altri compiti della Comunità<sup>89</sup>.

La combinazione tra la regola dell'unanimità per le decisioni del Consiglio e la fiera opposizione degli Stati al processo di integrazione fiscale, hanno portato a una paralisi quasi completa dell'integrazione positiva nel settore delle imposte dirette<sup>90</sup>. Al contrario, l'integrazione negativa ha continuato a svilupparsi e a stabilire condizioni e limiti alla tassazione nelle operazioni transfrontaliere, evidenziando ancora di più la necessità di un intervento di integrazione positiva.

Nonostante questi evidenti limiti dello scenario costituzionale europeo, la doppia imposizione – si dimostrerà – è da sempre nel mirino dell'attenzione comunitaria e riguardo alla sua eliminazione si afferma costantemente che essa costituisce uno degli obiettivi del sistema. Nel seguito di questo capitolo si cercherà di spiegare il significato dell'affermazione attingendo ai contenuti del diritto comunitario positivo.

---

<sup>89</sup> Ad esempio la tutela dell'ambiente o la lotta alla disoccupazione.

<sup>90</sup> Così Pistone, P., *Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes*, in Intertax, 2007, p. 70.

## **2.2 La doppia imposizione come fenomeno patologico nell'ordinamento comunitario: le soluzioni offerte dalle fonti primarie e derivate.**

### **2.2.1 L'ex art. 293 del Trattato**

Stante l'impossibilità di procedere ad un'armonizzazione integrale degli ordinamenti fiscali nazionali in base alle competenze sancite dal Trattato, e constatato, d'altro canto, che la doppia imposizione costituisce un ostacolo alla creazione di un mercato neutrale (v. *supra*), resta da chiedersi come l'ordinamento comunitario si ponga formalmente di fronte a tale fenomeno. Concretamente, occorre verificare se e fino a che punto riconoscere nell'eliminazione della doppia imposizione un obiettivo dell'Unione si traduca o meno in un'obbligazione giuridica vincolante in capo agli Stati Membri a garantire tale eliminazione con riferimento alle materie che non siano oggetto di misure di armonizzazione.

Al livello delle fonti primarie attualmente vigenti, la doppia imposizione è totalmente ignorata. La sola norma che faceva menzione espressa del fenomeno, infatti, è stata abrogata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si trattava dell'art. 293 CE, il quale prevedeva: «gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire (...) l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità».

Sempre controversa, peraltro, è stata la vita di questa norma, come del resto lo sono anche, oggi, gli effetti della sua abrogazione. Norma dal destino oscuro, collocata tra le disposizioni generali e finali del Trattato, ma intimamente legata ai nodi fondamentali dell'imposizione diretta all'interno dell'Unione, quali i temi della ripartizione dei poteri impositivi e dell'eliminazione della doppia imposizione.

#### **2.2.1.1 Il controverso significato della norma**

Esclusa l'opportunità di inserire esplicitamente nel Trattato un divieto comunitario di doppia imposizione, nonché vista la difficoltà di ipotizzare l'armonizzazione generalizzata della fiscalità diretta, il Trattato, nel suo articolo 293, attribuiva l'iniziativa, e dunque la competenza, all'eliminazione della doppia imposizione, non alla Comunità, ma specificamente agli Stati membri.

Proprio per questo motivo l'esistenza stessa di questa norma, anziché rivestire un ruolo positivo per lo sviluppo di una fiscalità diretta armonizzata, fin dalla

fondazione della Comunità ha frenato l'utilizzo di quello che è l'attuale art. 115<sup>91</sup>. L'abbandono di una politica tesa all'armonizzazione in favore di un'azione di mero coordinamento tra i sistemi tributari nazionali (v. *infra* par. 2.4.2) è stata letta come il frutto proprio dell'impossibilità di superare la previsione dell'art. 293 CE attraverso un'interpretazione larga dell'ex art. 94 (ora 115)<sup>92</sup>.

Tale previsione ha sollevato numerosi problemi ermeneutici, relativi soprattutto al reale contenuto dell'obbligo gravante sugli Stati e alla corretta qualificazione delle Convenzioni menzionate nel sistema delle fonti internazionali. Infatti, «laddove [fosse] riconosciuto un vero e proprio obbligo degli Stati membri di eliminare la doppia imposizione, un obbligo di risultato quindi, potrebbero rilevarsi elementi di incompatibilità con il diritto comunitario di quelle CDI che non prevedano strumenti in grado di raggiungere siffatto obiettivo»<sup>93</sup>. In realtà, era prevalente nel vigore dell'art. 293 CE la tesi che, negando quale oggetto dell'obbligo l'eliminazione sostanziale della doppia imposizione, attribuiva agli Stati membri, alternativamente, un vero e proprio obbligo a contrarre o semplicemente un obbligo di avviare trattative.

Per risolvere il punto della competenza all'eliminazione della doppia imposizione, si poneva attenzione al significato della locuzione «per quanto occorra» utilizzata nell'art. 293, per individuare i casi in cui, in chiave di sussidiarietà, l'intervento comunitario doveva lasciare il posto a quello statale, e viceversa. L'introduzione del principio di sussidiarietà con il Trattato di Maastricht (ex art. 5 TCE) nelle materie di competenza non esclusiva delle istituzioni comunitarie ha rimodellato il contenuto dell'ex art. 293, creando un'apparente contraddizione nella sua formulazione: da un lato, l'emanazione di norme comunitarie sembrava condizionata, a causa dell'operare del principio di sussidiarietà, dall'insufficienza dell'azione degli Stati membri; dall'altro, si presumeva anche che l'azione di questi ultimi fosse condizionata dall'assenza di provvedimenti comunitari adeguati.

Sulla scia dell'interpretazione tradizionale più risalente, i destinatari dell'obbligo di eliminare la doppia imposizione erano identificati negli Stati membri, in assenza di un intervento comunitario. In sostanza, i negoziati tra Stati non sarebbero stati più

---

<sup>91</sup> È di questo parere Roccagliata, F., *Diritto tributario comunitario*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, CEDAM, Padova, 2002, p. 790.

<sup>92</sup> Per Pistone, P., *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, p. 69: «It would not be improper to describe this relation with the following mathematics equation: Art. 94 [ora art. 115]: tax harmonization = Art. 293: tax coordination. While Article 293 EC Treaty refers action to the Member States, Article 94 mentions the Council. Accordingly, no production of supranational rules should occur in the first case».

<sup>93</sup> Zuddo, D., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui rapporti tra Convenzioni contro le doppie imposizioni e diritto comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2002, III, p. 56.

necessari nella misura in cui l'eliminazione della doppia imposizione fosse già stata assicurata grazie al diritto comunitario derivato. Il rapporto di sussidiarietà era concepito nel senso di prevalenza della competenza comunitaria, rispetto a quella statale residuale<sup>94</sup>.

Diversamente, valorizzando l'introduzione espressa del principio di sussidiarietà<sup>95</sup>, in base al quale, nei settori di competenza non esclusiva, la Comunità può intraprendere azioni solo nella misura in cui gli stessi obiettivi non possano essere raggiunti al livello degli Stati membri, la tesi da ultimo maggioritaria invertiva il rapporto di prevalenza: poiché – si sosteneva – è indiscutibile che la competenza ad abolire la doppia imposizione è concorrente e, addirittura a monte, non esiste una specifica base legale che autorizzi la Comunità a ravvicinare le discipline dell'imposizione diretta, le istituzioni europee avrebbero potuto prendere iniziative in quest'area soltanto quando l'obiettivo di abolizione della doppia imposizione non potesse essere sufficientemente raggiunto dagli Stati membri e potesse esserlo in modo più soddisfacente da parte della Comunità.

Un terza via propendeva invece per una soluzione bilanciata caso per caso, traendo le conseguenze nel caso concreto dell'applicazione del principio di sussidiarietà: la distribuzione delle competenze si attuava attraverso un paragone sul piano dell'efficienza delle misure adottate dagli Stati e dalla Comunità. Il nodo dei complessi rapporti tra le competenze comunitarie e statali veniva così sciolto nel senso di stabilire una competenza concorrente tra due livelli, misure di coordinamento fiscale introdotte dagli Stati (ex art. 293), da un lato, e misure di armonizzazione introdotte dalle istituzioni della Comunità (ex art. 94), dall'altro, tali da integrarsi a vicenda<sup>96</sup>. La locuzione «per quanto occorra» veniva pertanto interpretata con riferimento all'obbligo degli Stati di avviare negoziati: in buona sostanza, se la stipula di una Convenzione fosse stata valutata dagli Stati in una certa situazione non necessaria, la persistente esistenza di una doppia imposizione avrebbe potuto essere oggetto di misure comunitarie solo qualora rilevasse come possibile ostacolo alle libertà fondamentali. Ove così non fosse, le istituzioni comunitarie sarebbero però state prive di qualsiasi

---

<sup>94</sup> Hinnekens, L., *The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC*, in *Intertax*, 2009, n. 11, p. 605.

<sup>95</sup> È questa l'opinione espressa da Lehner, in *Tax Treaties and EC Law* a cura di Gassner, Lang, Lechner, Kluwer International Law, 1997, p. 5.

<sup>96</sup> Anche se la posizione della Comunità pare inevitabilmente preminente, dato che è alle istituzioni comunitarie che spetta il giudizio sull'adeguatezza delle misure impiegate dagli Stati per realizzare gli obiettivi comunitari.

competenza rispetto al fenomeno. E soltanto allora la decisione degli Stati membri di lasciar persistere la doppia imposizione sarebbe diventata definitiva e non surrogata da iniziative del Consiglio, della Commissione o della Corte di Giustizia.

Il diritto comunitario primario affrontava, dunque, la doppia imposizione come fenomeno di per sé 'neutro', suscettibile tanto di acquisire una connotazione negativa, ove restringesse le libertà del mercato, quanto di risultare ininfluenza sul loro esercizio. Da un quadro del genere era pertanto difficile estrapolare al livello del Trattato un obiettivo comunitario di abolizione *tout court* della doppia imposizione.

Proprio alla luce di questa considerazione, si comprende un'ulteriore interpretazione, ancora più restrittiva, data da una parte della dottrina al contenuto letterale della disposizione dell'art. 293, che poteva far intendere come non strettamente necessaria né auspicata ai fini comunitari l'eliminazione della doppia imposizione. A sostegno di questa tesi si citava anche la pronuncia *Gilly* della Corte di Giustizia<sup>97</sup>, interrogata sulla diretta applicabilità dell'art. 293, cioè sulla possibilità da parte dei cittadini comunitari di invocarlo davanti alle giurisdizioni nazionali. Per la Corte, tale articolo non mirava affatto a stabilire una norma giuridica direttamente operante, ma si limitava a tracciare il quadro di trattative che gli Stati membri avrebbero intavolato tra loro, «per quanto occorra», al fine dell'eliminazione della doppia imposizione. Pur trattandosi di uno degli obiettivi prefigurati dal Trattato, l'interpretazione letterale dell'articolo rendeva manifesta l'impossibilità di conferire ai cittadini dell'Unione europea diritti giustiziabili dinanzi ai giudici nazionali e pertanto era privo di efficacia diretta. Nell'ottica della Corte, dunque, l'art. 293 poneva in capo agli Stati un obbligo di mezzi, anziché di risultato, lasciando un ampio potere discrezionale alle autorità nazionali<sup>98</sup>.

È stato inoltre discusso se l'art. 293 richiedesse la stipulazione di una Convenzione multilaterale oppure di una pluralità di Convenzioni bilaterali: a sostegno della prima tesi<sup>99</sup>, si osservava la maggiore idoneità di una Convenzione multilaterale a

---

<sup>97</sup> Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, C-336/96 (*Gilly*). La vicenda considerata da questa sentenza ha origine da una controversia che opponeva l'Amministrazione finanziaria francese ai coniugi Gilly, lavoratori frontalieri, i quali lamentavano una violazione degli attuali artt. 39 e 293 CE ad opera di alcune disposizioni della CDI conclusa tra Francia e Germania, a causa delle quali essi subivano un trattamento fiscale peggiore rispetto a quello che avrebbero ricevuto se il loro reddito fosse stato imponibile soltanto in Francia.

<sup>98</sup> La Corte respinse anche le altre argomentazioni dei ricorrenti, considerando che non è il metodo del credito d'imposta in sé a risultare inidoneo all'eliminazione della doppia imposizione, dipendendo questa dalla mancata armonizzazione dei sistemi fiscali nazionali (§ 47 della sentenza).

<sup>99</sup> V. Hinnekens, L., *The Uneasy Case and Fate*, op. cit., in *Intertax*, 2009, n. 11, p. 604, che fonda l'osservazione anche sull'analisi del dato testuale della norma. L'autore fa discendere da questa

conseguire l'obiettivo in un contesto multinazionale, come quello comunitario, rispetto a Convenzioni bilaterali, che si prestano per natura ad ingenerare fenomeni di discriminazione orizzontale. Tuttavia, è stato fatto notare come le Convenzioni bilaterali non fossero di per sé in contrasto col disposto dell'art. 293, e come anzi la stessa Corte di Giustizia facesse spesso espresso riferimento al modello OCSE per legittimarne l'utilizzo da parte degli Stati membri<sup>100</sup>. L'adozione di un unico trattato multilaterale, per alcuni, andava oltre quanto strettamente necessario per adempiere alla indicazioni della disposizione.

Le Convenzioni stipulate ex art. 293 si avvicinavano per i loro caratteri formali alle tradizionali fonti del diritto internazionale pattizio, ma per altri aspetti (conclusione in seno al Consiglio, pubblicazione sulla GUCE, finalizzazione alla realizzazione di obiettivi comunitari) si avvicinavano alle fonti comunitarie, tanto da potersi classificare come fonti complementari e integrative dell'ordinamento comunitario<sup>101</sup>. In quest'ottica, la funzione dell'art. 293 sarebbe stata duplice: non solo quella di attribuire la giurisdizione tributaria agli Stati ogniqualvolta si ponesse la questione di eliminare la doppia imposizione, ma anche quella più concreta di rendere effettivo il coordinamento tra Stati membri in vista dell'adozione di misure di contrasto<sup>102</sup>. Le Convenzioni stipulate sulla scorta dell'art. 293 andavano pertanto considerate dal diritto comunitario come strumenti per raggiungere i propri scopi.

### 2.2.1.2 Gli effetti dell'abrogazione

Le riflessioni appena tracciate mantengono oggi la loro utilità al fine di inquadrare storicamente la complessa vicenda della doppia imposizione all'interno dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, almeno al livello delle fonti di rango primario, lo scenario è mutato radicalmente in seguito all'abrogazione dell'art. 293 nel nuovo

---

interpretazione anche il fatto che, riferendosi l'art. 293 solo ad una Convenzione multilaterale, le negoziazioni condotte tra Stati Membri per la stipula di Convenzioni bilaterali rimarrebbero del tutto escluse dalla portata di tale articolo.

<sup>100</sup> V. Corte di Giustizia, caso *Gilly*, par. 24; e Pistone, P., *op. cit.*, p. 73 e ss., per cui «*the minimal common denominator could be represented by an EC Model Tax Treaty, which keeps relying on a network of bilateral Treaties and maintains the effective co-ordination required by Article 293 EC*».

<sup>101</sup> È il parere di Zuddo, D., *op. cit.*, p. 59. Si prenda ad esempio la Convenzione arbitrata 90/436/CEE, su cui *infra* par. 2.2.3.1.

<sup>102</sup> A parere di Pistone, P. *op. cit.*, p. 76, la Corte di Giustizia, nella sentenza *Saint Gobain*, riconosce solo la prima di queste due funzioni dell'art. 293, nel momento in cui, al par. 56, afferma che «gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante Convenzioni, le doppie imposizioni».

testo del TFUE. L'eliminazione di questa disposizione è passata sotto silenzio, non trovandosi traccia alcuna delle motivazioni di tale scelta nei lavori di preparazione del nuovo Trattato.

Perché, allora, nel Trattato di Lisbona, sulla scia di quanto già previsto nel progetto di Costituzione Europea, scompare la norma di cui all'art. 293? Forse proprio per l'inadeguatezza di tale previsione alla realizzazione del suo obiettivo di eliminare la doppia imposizione? O forse perché rispetto all'obiettivo essa è addirittura ostativa, laddove si possa ipotizzare l'emanazione di una direttiva comunitaria sugli stessi temi? Per gettare una luce sul movente, è utile cercare di individuare gli effetti di questa tacita abrogazione.

La dottrina sul punto non è unanime. Alcuni autori ritengono che la norma sia stata abrogata per il solo fatto della sua concreta inutilità, con la conseguenza che la sua assenza non darebbe luogo a particolari cambiamenti, né in positivo né in negativo, con riferimento all'abolizione della doppia imposizione e alla ripartizione di competenze tra Stati Membri e Unione<sup>103</sup>. Tra altri fattori, in particolare, all'origine della mancata applicazione in concreto dell'art. 293 sarebbe l'assenza di una regola generale di ripartizione dei poteri impositivi nelle situazioni transfrontaliere<sup>104</sup>. Tuttavia, pur in assenza dell'art. 293, si sostiene che gli Stati Membri sono tenuti ad attivarsi per eliminare la doppia imposizione internazionale laddove manchi una disciplina armonizzata, in virtù del principio comunitario di leale collaborazione tra Stati e Comunità. Allo stato attuale, comunque, un sicuro vantaggio dell'abrogazione sarebbe rappresentato almeno da un'accresciuta certezza giuridica, grazie all'eliminazione di una norma complessa, di dubbia portata e interpretazione.

Diversamente, altri autori, ricordando che l'art. 293 imponeva agli Stati solo un obbligo di negoziazione, privo di efficacia diretta, argomentano che la sua abrogazione apre una nuova prospettiva e meglio garantisce in futuro l'effettiva eliminazione della doppia imposizione per mezzo di un'interpretazione delle libertà di circolazione più

---

<sup>103</sup> Così Hinnekens, L., *The Uneasy Case and Fate*, op. cit., in Intertax, 2009, n. 11, p. 606. Si afferma, inoltre, che «Article 293 EC was based on the rather obvious notion that the Member States had maintained their powers to conclude agreements under public international law in the context of their remaining competences», Hoffmann, H., *Double Tax Agreements: Between EU Law and Public International Law*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, 2011, Wolter Kluwer, a cura di Alexander Rust, p. 81.

<sup>104</sup> V. Nieminen, M., *Abolition of Double Taxation in the Treaty of Lisbon*, in Bulletin for International Taxation, 2010, n. 6, p. 332.

coerente con la finalità di realizzazione di un mercato interno<sup>105</sup>. Se l'eliminazione della doppia imposizione è da considerarsi un obiettivo dell'Unione<sup>106</sup>, da ciò si evince che l'unica funzione dell'art. 293 era quella di limitare l'efficacia diretta di tale obiettivo, impedendo la sua invocabilità da parte dei singoli dinanzi ai giudici nazionali. Oggi dunque, in assenza di tale limitazione, si ampliano le possibilità e i mezzi di contrasto al fenomeno della doppia imposizione.

In definitiva, si potrebbe pertanto avanzare la supposizione che la norma non è stata abrogata perché inutile, quanto piuttosto perché di ostacolo alla piena e diretta affermazione dei principi del sistema. L'effetto dell'abrogazione sarebbe in quest'ottica fortemente positivo, poiché viene eliminato il riferimento ad una competenza statale in materia e pertanto si apre un maggiore spazio di manovra a disposizione della Commissione per intraprendere iniziative in tema di fiscalità diretta<sup>107</sup>. Ne conseguirebbe anche il fallimento del tentativo di configurare nell'ordinamento comunitario un autonomo principio di divieto della doppia imposizione, venendone meno l'aggancio di diritto positivo. La doppia imposizione diventa così un fenomeno che non deve essere valutato come a sé stante, ma necessariamente correlato alle libertà del mercato, rispetto a cui si atteggia in termini di restrizione.

L'interpretazione da ultimo descritta, sicuramente di maggiore fascino, è quella preferibile, perché non segna un momento di stallo, ma anzi dà impulso all'evoluzione del sistema comunitario, presentando l'innegabile punto di forza di porsi in linea con gli orientamenti sviluppati negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia (v. *infra* cap. III).

Nella stessa direzione muove un'ulteriore linea di riflessione generata dalla sorte dell'art. 293, da cui è possibile trarre un'interessante indicazione di sistema. Il ruolo tradizionalmente attribuito a tale norma è stato quello di ponte tra l'ordinamento comunitario e quello internazionale, e quindi di norma posta a presidio dell'obiettivo comunitario di eliminazione della sola doppia imposizione di tipo giuridico attraverso lo strumento delle Convenzioni tra Stati. Oltre ad ampliare – come si è detto – la sfera di competenze comunitarie, la sua abrogazione abbatte perciò un'ulteriore barriera, questa volta di tipo concettuale, ossia la distinzione tra doppia imposizione giuridica ed

---

<sup>105</sup> Kemmeren, E.C.C.M., *After repeal of Article 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: the EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely*, in *EC Tax Review*, 2008, n. 4, p. 156 ss.

<sup>106</sup> L'affermazione è supportata da numerose sentenze della Corte di Giustizia (v. *inter alia* le pronunce rese nelle cause *Gilly*, par. 16, e *Kerckhaert-Morres*, par. 21).

<sup>107</sup> Cfr. Reimer, E., *The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hoffmann's Analysis*, in *AA.VV., Double Taxation within the European Union*, 2011, Wolter Kluwer, p. 93.

economica ai fini comunitari. In assenza di specifici appigli positivi, le due fattispecie sono ora oggetto di una considerazione unitaria e paritaria, effettuata sulle stesse basi giuridiche, da parte dell'ordinamento. Dal punto di vista dell'attuale diritto comunitario, il fenomeno della doppia imposizione può finalmente essere riguardato nella sua globalità, non avendo più molto senso distinguere tra doppia imposizione giuridica ed economica, se non agli effetti tecnici delle diverse modalità di manifestazione del fenomeno. Tale soluzione, peraltro, è coerente con la natura stessa del diritto comunitario, che nasce e si sviluppa come diritto "economico", lontano dalle costruzioni dogmatiche e sempre attento, invece, alla realtà economica e agli effetti sostanziali delle regole di diritto.

### **2.2.2 La direttiva madre-figlia.**

Tra i provvedimenti secondari adottati in attuazione dell'obiettivo di contrastare la doppia imposizione riveste un'importanza fondamentale la Direttiva 90/435/CEE<sup>108</sup>, successivamente modificata dalla Direttiva 2003/123/CE, in materia di regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (c.d. Direttiva madre-figlia). Il provvedimento, progettato già a partire dal 1969 e adottato solo molti anni più tardi, è stato oggetto di un serrato dibattito, sfociando in un testo approvato all'unanimità, ma molto stringato e generico. La portata della Direttiva sembra così assai più ristretta di quella tipicamente riservata ai dividendi nella maggior parte delle Convenzioni bilaterali basate sul modello OCSE.

Al momento della sua entrata in vigore, la Direttiva è stata circondata da un diffuso scetticismo da parte degli operatori del diritto, dubbiosi sulla sua effettiva utilità, soprattutto per il fatto che strumenti di contrasto al fenomeno della doppia imposizione sulle distribuzioni di utili transfrontaliere erano già predisposti da Convenzioni bilaterali, e dalle normative tributarie nazionali<sup>109</sup>. Nella pratica, invece, l'impianto complessivo della Direttiva è stato accolto con favore dal mondo delle imprese e si è dimostrato efficiente nell'eliminare la doppia imposizione sui pagamenti di dividendi infragruppo comunitari<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> La Direttiva fu recepita nell'ordinamento italiano dal D. Lgs. n. 544 del 30/12/1992, in attuazione della Legge delega n. 142 del 19/02/1992.

<sup>109</sup> V. Brokelind, C., *Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 158.

<sup>110</sup> È il parere espresso anche dalla Commissione in SEC (2001) 1681, p. 246.

Al di là delle soluzioni tecniche adottate, questo provvedimento e la sua vicenda sono particolarmente interessanti perché rappresentativi del mutamento di sensibilità che ha accompagnato la maturazione della riflessione comunitaria sul tema della doppia imposizione.

### **2.2.2.1 La disciplina e la sua *ratio* alla luce dell'esperienza applicativa.**

Dall'analisi dei "considerando" premessi al testo originario della Direttiva, si nota che nessun accenno veniva fatto esplicitamente all'obiettivo di eliminazione della doppia imposizione sui dividendi, anche se dall'analisi del provvedimento risultava già chiaro che questa finalità vi era tutt'altro che estranea.

Il motivo per l'adozione del provvedimento fu individuato nell'esigenza di favorire i raggruppamenti di società appartenenti a Stati membri diversi, nell'ottica di un buon funzionamento del mercato comune e della creazione di condizioni analoghe a quelle di un mercato interno. Il Consiglio osservava che «queste operazioni non debbono essere intralciate da particolari restrizioni, svantaggi e distorsioni derivanti dalle disposizioni fiscali degli Stati membri; e che occorre quindi instaurare per questi raggruppamenti norme fiscali che siano neutre nei riguardi della concorrenza»<sup>111</sup>. Si constatava che le disposizioni che disciplinavano le relazioni tra società madri e figlie residenti in Stati diversi variavano sensibilmente da uno Stato membro all'altro, ed erano, in generale, meno favorevoli di quelle applicabili alle relazioni dello stesso tipo all'interno di uno stesso Stato membro. In altri termini, ad essere penalizzata era la cooperazione tra società residenti in Stati diversi. L'obiettivo dichiarato era infatti la costruzione di un regime fiscale neutrale, in nome dunque di un principio – quello di neutralità – che si connette strettamente, ponendosi come antecedente logico e fondamento, del principio di non discriminazione e della *ratio* stessa del contrasto ai fenomeni di doppia imposizione<sup>112</sup>.

È evidente, in altre parole, come questo regime mirasse in concreto fin dall'inizio ad evitare la possibilità, altamente penalizzante, che gli utili realizzati da una società e distribuiti ad un'altra dello stesso gruppo fossero assoggettati a una doppia imposizione di tipo sia giuridico (non ammettendo ritenute alla fonte sui dividendi in

---

<sup>111</sup> V. il primo considerando della Direttiva 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990.

<sup>112</sup> Per l'analisi dei rapporti tra questi principi si rimanda al precedente paragrafo 1.3.1, per quanto riguarda il piano internazionale, nonché al successivo paragrafo 2.3.1 con riferimento al piano comunitario.

uscita) che economico (richiedendo che un utile già tassato in capo alla società distributrice, fosse esentato o accompagnato da un adeguato credito d'imposta in capo alla società percettrice).

Ed infatti, tale istanza di chiarezza è stata finalmente recepita nel preambolo alla Direttiva 2003/123/CE<sup>113</sup>, che modifica l'impianto originario per correggere le carenze e i problemi pratici più urgenti, evidenziati dall'esperienza acquisita con l'applicazione della Direttiva, in attesa di rimuovere in via definitiva gli ostacoli fiscali alle attività societarie di rilievo internazionale attraverso l'introduzione di una base imponibile consolidata comune per le attività di dimensione comunitaria delle società<sup>114</sup>. La Commissione constatava nella proposta di Direttiva presentata nell'estate del 2003<sup>115</sup> che la Direttiva del 1990 già forniva «una soluzione al problema della duplice imposizione degli utili nelle operazioni transfrontaliere». Riteneva tuttavia «possibile ampliare il campo di applicazione della Direttiva e migliorare le modalità di soppressione della duplice imposizione». Bastano queste poche parole di presentazione per cogliere l'enorme differenza di approccio maturata nel corso di un decennio dall'entrata in vigore del provvedimento. Se nel 1990 l'atteggiamento delle istituzioni comunitarie denotava una sorta di ritrosia nel nominare apertamente l'obiettivo di eliminazione della doppia imposizione, centrale in un settore sensibile per gli Stati membri come quello della fiscalità diretta, nel 2003 questa timidezza sembra un lontano ricordo, tanto che l'obiettivo non solo non viene celato, ma viene posto chiaramente come *ratio* ispiratrice dell'intera disciplina.

Passando ad analizzare nel dettaglio i contenuti della Direttiva oggi vigente, occorre innanzitutto definire il suo ambito di applicazione oggettivo e soggettivo. Essa si applica alle distribuzioni di utili effettuate tra società collegate residenti in Stati membri diversi, purché rispondano a una serie di requisiti. In primo luogo, deve trattarsi di società, sia la madre che la figlia, soggette all'imposta sulle società nel rispettivo

---

<sup>113</sup> Come recitano i considerando 2 e 10 della nuova Direttiva, «La direttiva 90/435/CEE intende esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi (...) pagati dalle società figlie alle proprie società madri ed eliminare la doppia imposizione su tali redditi a livello di società madre» e «Quando gruppi societari sono organizzati in catene di società, e gli utili sono distribuiti attraverso la catena di affiliate alla società madre, la doppia imposizione dovrebbe essere eliminata per mezzo di esenzione o di credito d'imposta».

<sup>114</sup> Sul tema si rimanda al successivo paragrafo 2.4.4.2.

<sup>115</sup> COM (2003) 462, del 29 luglio 2003; la Direttiva adottata è la 2003/123/CEE, del 22 dicembre 2003, che modifica la 90/435/CEE. La proposta si collocava al culmine di un percorso che aveva preso le mosse dalla strategia fissata dal Consiglio europeo di Lisbona nel 2000 per far diventare l'Unione Europea «l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo», ed era proseguito con gli studi della Commissione incentrati sull'imposizione delle società nel mercato interno, che mettevano in evidenza come l'esistenza di una duplice imposizione danneggiava in molti casi l'esercizio transfrontaliero di legittime attività economiche.

Stato di residenza; le società coinvolte devono presentare inoltre una delle forme giuridiche enumerate nell'elenco allegato alla Direttiva<sup>116</sup>; infine è richiesto che il rapporto di controllo intercorrente tra le due società si concretizzi nella detenzione di una partecipazione superiore alla soglia del 10% del capitale della controllata distributrice dei dividendi. Agli Stati membri è concessa la facoltà di condizionare l'applicabilità della Direttiva al fatto che la partecipazione di controllo sia detenuta da almeno due anni ininterrottamente<sup>117</sup>.

Non sono dunque coperte dalla Direttiva le distribuzioni di dividendi effettuate tra società residenti nello stesso Stato e quelle a favore di enti non soggetti all'imposta sulle società o costituiti in forme giuridiche non comprese nell'allegato. Parimenti restano escluse le situazioni in cui la partecipazione diretta è inferiore al 10%, così come le ipotesi in cui la partecipazione non sia detenuta ininterrottamente da due anni al momento della distribuzione dei dividendi ove il singolo Stato abbia optato per la non applicazione della Direttiva. Tuttavia, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia<sup>118</sup>, in quest'ultimo caso gli Stati sono comunque tenuti a dare applicazione retroattiva alla Direttiva qualora il possesso della partecipazione sia mantenuto fino al compimento del periodo di due anni.

Infine viene fatta espressamente salva l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali necessarie per evitare frodi e abusi (v. art. 1.2).

La disciplina della Direttiva distingue le due diverse posizioni dello Stato di residenza della società figlia distributrice e dello Stato di residenza della società madre percettrice. Sullo Stato della società figlia incombe l'obbligo di non prelevare una ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti (art. 5). Lo Stato della società madre, invece, può scegliere tra due alternative: astenersi dal sottoporre all'imposizione sulle società i dividendi percepiti, oppure sottoporli a imposizione, concedendo però alla società madre un credito d'imposta equivalente all'imposta sulle società pagata all'estero dalla controllata sugli utili distribuiti, nel limite dell'importo dell'imposta nazionale corrispondente<sup>119</sup>. In altri termini, viene legittimato l'utilizzo sia del metodo dell'esenzione, sia di quello del credito d'imposta.

---

<sup>116</sup> La natura tassativa dell'elenco di forme giuridiche contenuto nell'allegato alla Direttiva è stata affermata dalla giurisprudenza (Corte di Giustizia, 1 ottobre 2009, causa C-247/08, *Gaz de France*).

<sup>117</sup> V. artt. 2 e 3 della Direttiva.

<sup>118</sup> Corte di Giustizia, 17 ottobre 1996, causa C-283, 291, 292/94, *Denkavit, Vitic, Voormeer*.

<sup>119</sup> V. art. 4 della Direttiva, che prevede anche che gli Stati membri hanno la facoltà di stipulare «che oneri relativi alla partecipazione e minusvalenze ... non siano deducibili dall'utile imponibile della società madre. In tal caso, qualora le spese di gestione relative alla partecipazione siano fissate

L'intervento riformatore realizzato nel 2003 si è mosso lungo quattro direttrici.

In primo luogo, ampliando il campo di applicazione, avvertito come troppo ristretto: da un lato, è stato aggiornato l'elenco delle persone giuridiche allegato alla Direttiva, in modo da comprendere le forme giuridiche di altre società; dall'altro, la partecipazione necessaria per poter beneficiare dello *status* di società madre e figlia è stata gradualmente ridotta dal 25% iniziale al 10% (in vigore a decorrere dal 10 gennaio 2009). Quest'ultima modifica rappresenta ben più che una semplice questione matematica, perché dietro di essa si legge una modifica sostanziale, capace di dare un nuovo significato all'assetto complessivo della Direttiva. Se infatti la *ratio* del requisito della soglia di partecipazione minima della società madre al capitale della figlia risiede nell'obiettivo stesso della Direttiva originaria, che intende favorire i raggruppamenti di società in ambito comunitario, va tuttavia notato che, con una soglia fissata al 10%, pare ormai improprio parlare di una logica di 'gruppo societario', tanto da far apparire superato lo scopo dichiarato della Direttiva. Così, «la modifica della Direttiva sembra andare nella direzione di modificare il regime sino a renderlo molto vicino a quelli che intendono neutralizzare gli effetti delle doppie imposizioni da un punto di vista sistematico. A questo punto anche il requisito della soglia del 10%, che non risponde più ad un concetto di gruppo né forse di partecipazione qualificata, non risponderebbe più alle esigenze ed agli obiettivi perseguiti»<sup>120</sup>. Usciti dalla logica di gruppo, in sostanza, parrebbe più coerente collocare il regime della Direttiva tra le misure finalizzate ad assicurare la neutralità fiscale degli utili intracomunitari combattendo su un piano generale i fenomeni di doppia imposizione.

Le altre tre linee guida della riforma hanno risolto alcune delle carenze riscontrate sul piano applicativo, rendendo più ampio e raffinato il disposto della Direttiva.

Sulla scorta della giurisprudenza che impone un parità di trattamento delle stabili organizzazioni rispetto alle società controllate qualora siano soggette a un regime fiscale analogo<sup>121</sup>, l'attuale testo della Direttiva risolve il problema delle situazioni triangolari, estendendo la disciplina anche alle situazioni in cui gli utili distribuiti sono connessi a

---

forfettariamente, l'importo forfettario non può essere superiore al 5% degli utili distribuiti dalla società figlia».

<sup>120</sup> Bulgarelli, F., *Le recenti modifiche della Direttiva madre-figlia e la riforma tributaria italiana*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, I, p. 138.

<sup>121</sup> Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*.

partecipazioni detenute da una stabile organizzazione<sup>122</sup>. In precedenza, al contrario, non era fornita alcuna indicazione relativamente a tali fattispecie, in cui tra la società madre e la sua controllata esiste un terzo soggetto; ne conseguivano diversi approcci in dottrina così come nelle soluzioni normative nazionali.

Inoltre, viene finalmente preso in considerazione il problema delle catene di società, in cui spesso accade che la società madre riceva gli utili distribuiti ai vari livelli della catena, già tassati in capo a ciascuna delle successive società figlie. La nuova versione consente di dedurre, oltre all'imposta pagata dalla società figlia più vicina, anche le imposte pagate da ogni altra sub-affiliata in relazione agli utili distribuiti<sup>123</sup>.

Infine, il nuovo testo prevede che le società madri possano provare di aver sostenuto spese di gestione della partecipazione inferiori alla quota forfettaria del 5%, il che consente loro di ridurre l'importo delle spese non deducibili.

#### **2.2.2.2 Problemi e prospettive.**

Tentando un giudizio generale sui risultati ottenuti nei due decenni di operatività della Direttiva con riferimento al suo obiettivo, ora esplicito, di eliminazione della doppia imposizione sui dividendi intracomunitari, è ancora attuale l'opinione espressa dalla Commissione già nel 2001, che constatava come l'imposizione sui dividendi nel panorama europeo non fosse ancora completamente in linea con le esigenze del mercato interno, per la persistenza di chiari esempi di duplice imposizione sia economica che giuridica, tanto al livello delle società quanto dei privati azionisti. Non bisogna dimenticare, infatti, che la Direttiva non si applica mai alle distribuzioni di dividendi effettuate nei confronti di persone fisiche, e comunque alle partecipazioni di portafoglio inferiori alla soglia del 10% prima citata<sup>124</sup>.

La portata della Direttiva è ancora troppo limitata, non coprendo tutti i tipi di società e tutte le fattispecie possibili: in particolare, mantenere il requisito della forma

---

<sup>122</sup> V. il considerando n. 8 e i nuovi artt. 1.1 e 2.2, dove di stabile organizzazione viene anche fornita la definizione.

<sup>123</sup> Nella vigenza del testo originario della Direttiva, l'obiettivo di eliminazione della doppia imposizione in questo caso non veniva raggiunto: si pensi alle ipotesi in cui una controllata controllava a sua volta una terza società (sub-controllata). Ai sensi della Direttiva, infatti, la prima società madre riceveva un credito limitato all'imposta pagata dalla sua diretta controllata e non comprensivo anche dell'imposta pagata dalla sub-controllata.

<sup>124</sup> SEC (2001) 1681, p. 248. La persistenza di questo giudizio della Commissione è confermata, da ultimo, da iniziative come la *public consultation* sulla tassazione dei dividendi indetta nel gennaio 2011 (su cui, v. *infra* par. 2.4.4.1).

giuridica richiede un aggiornamento continuo dell'elenco allegato alla Direttiva e lascia persistere i problemi legati alle differenze tra i diritti commerciali nazionali, in un approccio più formale che sostanziale<sup>125</sup>. Sorgono inoltre perplessità alla luce degli elevati costi di conformità necessari per ottenere, ove possibile, sollievo dalla doppia imposizione, avallando la conclusione della Commissione per cui «*economic decisions such as mergers or investments are distorted and efficiency at the EU level is therefore potentially reduced*».

Non è stata del tutto pacifica, del resto, nemmeno la fase di attuazione della Direttiva madre-figlia nei singoli ordinamenti nazionali, essendosi presentati casi di normative interne con profili di dubbia compatibilità con il disposto della Direttiva. In particolare, ciò si è verificato quando le norme interne si appellavano alla clausola “anti-abuso”, non sempre interpretata in modo coerente. Alcune legislazioni nazionali, ad esempio, subordinavano l'applicabilità della Direttiva al realizzarsi di condizioni non previste dal testo comunitario, come la detenzione del capitale sociale da parte di soli soggetti residenti nella Comunità. La sola qualità di soggetto non comunitario veniva posta cioè a fondamento di una presunzione di evasione/elusione fiscale, permettendo l'applicazione della Direttiva soltanto ove fosse fornita la prova contraria. È evidente che l'esistenza di una siffatta restrizione riduceva arbitrariamente il naturale campo di applicazione previsto per la Direttiva. Si capisce però molto bene il perché di questi inconvenienti e delle conseguenti disparità tra i regimi di attuazione nei diversi Stati membri, ove si mettano a confronto le diverse versioni linguistiche del provvedimento, che rivelano forti divergenze sul significato attribuito al concetto di «frodi e abusi».

Quest'ultimo esempio rende palese il fatto che un testo formulato in modo così “essenziale” ha lasciato ampia discrezionalità agli Stati e perciò continua a richiedere necessariamente un grande lavoro in via interpretativa. Proprio per questo motivo un ruolo importante è stato giocato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa a cause in cui veniva in questione l'applicazione della Direttiva.

Le pronunce rese in materia hanno infatti interpretato il significato di molte espressioni della Direttiva, quali l'art. 3.2 (nella parte in cui attribuisce agli Stati la facoltà di stabilire un periodo minimo di detenzione ininterrotta della partecipazione ai fini dell'applicazione della Direttiva)<sup>126</sup>, la nozione di ‘ritenuta alla fonte’<sup>127</sup> o di

---

<sup>125</sup> V. Bulgarelli, F., *op. cit.*, p. 154 e ss.

<sup>126</sup> V. richiamo alla nota 55.

‘distribuzione di utili’<sup>128</sup>, volutamente più generica rispetto a quella di ‘distribuzione di dividendi’, ovvero ancora la stessa portata del concetto di esenzione<sup>129</sup>. Questo contributo giurisprudenziale è stato importante anche per giungere ad un’interpretazione restrittiva della citata clausola “anti-abuso” e chiarire così che gli Stati non possono invocarla per negare senza altre giustificazioni la concessione del regime favorevole previsto dalla Direttiva<sup>130</sup>. Ancora di più, le deroghe a tale regime devono essere valutate con particolare rigore quando vanno a interferire con le libertà fondamentali sancite dal Trattato della Comunità.

Sono state rilevate anche altre incongruenze: ad esempio, è ritenuta ormai inadeguata, e potenzialmente dannosa per il buon funzionamento del mercato, la coesistenza di due metodi per eliminare la doppia imposizione, tenuto conto del fatto che sono oggi pochissimi gli Stati che continuano a utilizzare il metodo più complesso dell’imputazione.

Inoltre, proprio perché il regime di esenzione dei dividendi infragruppo è divenuto pressoché la regola nella maggior parte degli ordinamenti, l’impianto complessivo della Direttiva può dirsi addirittura superato (sul punto v. *infra* cap. III).

Un altro punto critico, che alla luce dell’evoluzione complessiva del sistema rende ormai anacronistica e parziale la soluzione offerta dalla Direttiva al problema della doppia imposizione societaria, sta nel fatto che essa per definizione esclude dalla platea dei destinatari le società che effettuano investimenti di portafoglio e tutte, senza eccezione, le persone fisiche. Se è vero infatti che oggi, a seguito delle modifiche

---

<sup>127</sup> Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, causa C-375/98, *Epson Europe*, dove, al punto 23, si dà la definizione per cui la ritenuta è «un’imposta alla fonte il cui presupposto è il versamento di dividendi o di qualsiasi altro rendimento dei titoli, che la base imponibile di tale imposta è il rendimento degli stessi e che il soggetto passivo è il loro detentore», a nulla rilevando la denominazione di diritto interno, ma solo gli effetti sostanziali del tributo. Si rimanda anche a Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, causa C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE*, che giunge ad analoghe conclusioni: «Si configura una ritenuta alla fonte, ai sensi dell’art. 5 n.1 della Direttiva 90/435/CEE, qualora una disposizione di legge nazionale preveda, in caso di distribuzione di utili da parte di una consociata alla società capogruppo straniera, che, per determinare il reddito imponibile della consociata, debbano essere reincorporati nella base imponibile gli utili netti complessivi realizzati da quest’ultima, compresi i redditi assoggettati ad imposizione speciale comportante estinzione del debito fiscale nonché i redditi non imponibili, mentre i redditi rientranti in tali due categorie non sarebbero imponibili, in base alla legge nazionale, se fossero rimasti presso la consociata e non fossero stati distribuiti alla capogruppo». In questo caso, ad essere lesa è la stessa libertà di stabilimento delle società, le quali non devono essere scoraggiate nella loro scelta di investire in società residenti in altri Stati da oneri fiscali aggiuntivi sui dividendi di origine estera.

<sup>128</sup> V. Conclusioni dell’AG Mischo nella causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*, che suggerisce di estendere la nozione di ‘distribuzione di utili’ fino a ricomprendervi le c.d. distribuzioni di utili dissimulate, quali il pagamento di interessi alla società madre, così da considerare come ritenute alla fonte le forme di imposizione aggiuntiva su tali somme.

<sup>129</sup> V. Corte di Giustizia del 12 febbraio 2009, causa C-138/07, *Cobelfret*.

<sup>130</sup> Così Brokelind, C., *op. cit.*, p. 162.

interventive, è possibile rinvenire lo scopo di questa disciplina nella tutela della libertà di stabilimento delle società, lesa dai fenomeni di doppia imposizione giuridica ed economica, è lecito tuttavia dubitare dell'opportunità della mancata estensione della stessa tutela anche alle fattispecie di esercizio della libertà di circolazione dei capitali. La risposta ad un simile interrogativo peraltro si prospetta complessa, perché presuppone il riconoscimento di una gerarchia tra i principi di libertà stabiliti dal Trattato (v. *infra* par. 2.3.2.1).

### **2.2.3 Le altre direttive in tema di doppia imposizione.**

Il diritto comunitario derivato conosce altri provvedimenti che tendono all'obiettivo di eliminare gli effetti negativi della doppia imposizione rispetto a specifici elementi reddituali o attività, colpiti dal fenomeno allorché realizzati a livello transfrontaliero.

Tali provvedimenti, peraltro, frequentemente affrontano soltanto problematiche di doppia imposizione giuridica. Proprio per questo motivo, tali discipline rivestono una portata meno estesa rispetto alla Direttiva madre-figlia, che invece affronta in modo complementare i due profili della doppia imposizione, ma è pur sempre opportuno passarli brevemente in rassegna, per cogliere le sfaccettature dell'approccio comunitario alla doppia imposizione in generale e valutare la loro reciproca interazione.

#### **2.2.3.1 Il pacchetto di misure fiscali adottate nel 1990: la Direttiva Fusioni e la Convenzione arbitrale.**

L'estate del 1990 ha segnato una tappa importante nella creazione di un ordinamento fiscale europeo, perché oltre alla Direttiva madre-figlia, sono state approvate in seno al Consiglio altri due provvedimenti, una direttiva e una Convenzione, portanti discipline di settore volte a prevenire ipotesi di doppia imposizione.

La Direttiva 90/434/CEE, come successivamente modificata dalla Direttiva 2005/19/CE, ha stabilito un regime fiscale comune da applicare a fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi d'azioni concernenti società di Stati membri diversi<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Per una descrizione dettagliata del meccanismo previsto dalla Direttiva, si veda Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2008, p. 517 ss..

Tale regime impedisce allo Stato della società conferente di prelevare imposte in occasione delle operazioni di ristrutturazione societaria menzionate o del trasferimento di sede di una *societas europaea* o *societas cooperativa europaea*, a condizione, però, che gli *asset* conferiti rimangano nello stesso Stato dopo l'operazione e siano ivi effettivamente connessi ad una stabile organizzazione. La tassazione delle plusvalenze inerenti ai beni conferiti non è però abbandonata ma solo differita alla loro effettiva realizzazione, in modo da evitare l'insorgenza di una duplice imposizione. Infatti, senza questo meccanismo di differimento, lo Stato della società conferente avrebbe tassato la differenza tra il valore di libro e il valore di mercato al momento del trasferimento, mentre lo Stato della società beneficiaria (o Stato di destinazione del trasferimento) avrebbe tassato la differenza tra il valore di libro e il prezzo percepito al momento della vendita degli *asset*, con la conseguenza che almeno una parte della plusvalenza sarebbe stata tassata due volte. Il prelievo fiscale sarebbe effettuato dai due Stati in due momenti temporali distinti e tuttavia su una base imponibile solo leggermente differente. Il differimento dell'imposizione assicura invece che entrambi gli Stati tassino la plusvalenza al momento della sua effettiva realizzazione, riducendo così le discrepanze temporali e agevolando l'applicazione del credito d'imposta.

Qualora oggetto del trasferimento sia una stabile organizzazione della società conferente situata in uno Stato terzo, l'articolo 10 della Direttiva prevede un'apposita alternativa *ad hoc* per l'eliminazione della doppia imposizione. O lo Stato della società conferente «rinuncia a ogni diritto all'imposizione di detta stabile organizzazione», o, laddove intenda tassare le plusvalenze generate al momento del trasferimento, deve garantire un credito per le imposte sulle plusvalenze prelevate dallo Stato di stabilimento della stabile organizzazione nel caso in cui quest'ultimo Stato non sia obbligato ad assicurare il differimento.

Per quanto concerne invece la Convenzione di Bruxelles 90/436/CEE, entrata in vigore a seguito di ratifica da parte degli Stati a decorrere dal 1° gennaio 1995 e ora soggetta a rinnovo automatico ogni cinque anni, essa costituisce l'unico esempio di concreta applicazione in campo fiscale dell'art. 293 (ora abrogato)<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Come ha osservato la Corte di Giustizia, infatti, «a prescindere dalla Convenzione 90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, nessuna misura di unificazione o di armonizzazione diretta a eliminare le doppie imposizioni è stata adottata nell'ambito comunitario e gli Stati Membri non hanno stipulato, in forza dell'art. 293 CE, nessuna convenzione multilaterale in materia» (sentenza del 5 luglio 2005, causa C-376/03, par. 50).

Si tratta di uno strumento multilaterale volto a regolare a livello comunitario la disciplina dei prezzi di trasferimento nei rapporti fiscali infragruppo, al fine di eliminare le doppie imposizioni che possono sorgere in caso di rettifica degli utili di imprese associate. L'attenzione comunitaria verso il fenomeno della doppia imposizione nell'ambito delle politiche di *transfer pricing* risale in realtà a molti anni prima, e precisamente al 1976, quando la Commissione avanzò una proposta di direttiva, nella consapevolezza che «è probabile che la doppia imposizione possa provocare distorsioni in situazioni di concorrenza e nei movimenti di capitale e che quindi possa ostacolare l'instaurarsi del mercato comune».

In base alla Convenzione, l'eliminazione di queste doppie imposizioni avviene per mezzo di una procedura arbitrale strettamente scadenziata che mira a ottenere una risoluzione perlopiù concordata delle controversie in materia di *transfer pricing*, con l'obiettivo finale di una corretta ricollocazione dei profitti trasferiti<sup>133</sup>.

È peraltro discussa la collocazione della Convenzione all'interno del sistema delle fonti, in quanto la sua natura formale è quella di un trattato internazionale e, a livello contenutistico, recepisce in larga misura la prassi codificata dal Modello OCSE; d'altro canto, in virtù dei suoi obiettivi e del suo inquadramento sistematico, costituisce parte integrante dell'*acquis communautaire* inteso in senso ampio. Resta, tuttavia, il fatto che, non essendo una fonte comunitaria tipica, è sottratta al sindacato e all'interpretazione della Corte di Giustizia.

Il meccanismo arbitrale così previsto si differenzia per scopi e presupposti dalle discipline contenute nelle altre direttive comunitarie in materia di doppia imposizione: quanto agli scopi, esso infatti affronta il fenomeno della doppia imposizione con misure che operano *a posteriori*, cioè tende ad eliminarne gli effetti e non a prevenire il suo stesso verificarsi. Sul versante dei presupposti, invece, quella contemplata dalla Convenzione arbitrale è una doppia imposizione che trova fondamento diretto non tanto in norme di legge, quanto negli specifici atti delle amministrazioni fiscali nazionali che procedono alla rettifica degli utili societari. In questo senso, la Convenzione è fortemente innovativa sul piano soggettivo, nella misura in cui può essere considerata come uno dei primi strumenti giuridici che impongono l'obbligo di eliminare la doppia imposizione internazionale in capo alle amministrazioni fiscali dei singoli Stati.

---

<sup>133</sup> Per un approfondimento sui temi della Convenzione, si veda il contributo di Morelli, M., *I prezzi di trasferimento nei rapporti fiscali infragruppo*, in AA.VV., *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, a cura di Adriano Di Pietro, Scuola della Polizia Tributaria della Guardia di Finanza, 2003, Tomo II, p. 627 ss..

Nonostante la sua indubbia portata sistematica, occorre tuttavia registrare la scarsissima applicazione della procedura arbitrale<sup>134</sup>.

### **2.2.3.2 Le direttive in tema di concorrenza fiscale dannosa.**

Al pari delle distribuzioni di dividendi, anche i pagamenti di interessi e *royalties* effettuati tra soggetti residenti in Stati diversi sono gravati dal doppio onere fiscale rappresentato, da un lato, dalla ritenuta alla fonte prelevata nello Stato di residenza del soggetto erogatore e, dall'altro, dall'ulteriore tassazione nello Stato di residenza del percettore. Sono anch'essi, in sostanza, proventi colpiti da una doppia imposizione giuridica. Questo problema, tuttavia, si presenta in una forma più attenuata perché, diversamente dai dividendi, interessi e *royalties* sono deducibili dalla base imponibile del soggetto debitore. Inoltre, nelle convenzioni internazionali la ritenuta è spesso prevista in misura ridotta, se non addirittura eliminata, o comunque è concesso al soggetto percettore un credito d'imposta.

Nonostante questi meccanismi di sgravio, però, la doppia imposizione internazionale non è completamente neutralizzata e ad essa si affiancano gravosi oneri amministrativi: non sempre, ad esempio, gli operatori transnazionali possono contare su una copertura convenzionale, e, quand'anche questa sia presente, vi sono situazioni che ne restano escluse (ad esempio, le situazioni triangolari), oppure l'esenzione/riduzione della ritenuta non è accordata automaticamente, ma viene realizzata solo con un rimborso successivo in seguito ad una specifica richiesta del contribuente; infine, il credito concesso è generalmente ordinario, cioè limitato alla quota di imposta che sarebbe dovuta nello Stato del percettore. Tutti questi inconvenienti producono un effetto distorsivo della neutralità finanziaria internazionale, addossando costi maggiori agli operatori finanziari transfrontalieri, con la conseguenza di un innalzamento dei tassi di interesse nei rapporti di finanziamento internazionali rispetto agli analoghi rapporti tra operatori interni ad uno stesso Stato.

---

<sup>134</sup> Si veda il bilancio dopo quindici anni di vigenza della Convenzione, delineato da Hinnekens, L., *European Arbitration Convention: Thoughts on Its Principles, Procedure and First Experience*, in EC Tax Review, 2010, n. 3, p. 109. Alla lunga lista di casi pendenti dinanzi alle commissioni consultive, si contrappongono solo due isolate decisioni arbitrali definitive (maggio 2003 e aprile 2005). Ciò significa che la Convenzione concretamente fallisce l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione derivante dalle rettifiche dei prezzi di trasferimento attraverso la procedura arbitrale. Si potrebbe sostenere, però, che essa svolge una funzione deterrente, poiché è molto frequente che le amministrazioni nazionali raggiungano un accordo nella prima fase di risoluzione amichevole della controversia.

È per questi motivi che nel 2003 il Consiglio, raccogliendo le pressioni da tempo esercitate dalla Commissione e le osservazioni già espresse nel Rapporto Ruding, ha adottato la Direttiva 2003/49/CE, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi.

E difatti, tale Direttiva esprime nei propri considerando la preoccupazione comunitaria che la doppia imposizione venga eliminata nei rapporti finanziari infragrupo, in quanto contraria alla piena instaurazione di un mercato interno<sup>135</sup>. Questo obiettivo appare in connessione con l'eliminazione delle disparità di trattamento tra operatori nazionali e transnazionali e dunque ancora una volta si rintraccia con chiarezza quel rapporto di stretta interrelazione, in più occasioni emerso, tra l'obiettivo di un mercato unico neutrale, il principio di non discriminazione e l'eliminazione della doppia imposizione.

La Direttiva elimina dunque la doppia imposizione giuridica con un meccanismo analogo a quello previsto dalla Direttiva madre-figlia: interessi e *royalties* sono infatti esentati da qualsiasi prelievo fiscale da parte dello Stato di origine, che viene definito come lo Stato di residenza del soggetto erogatore, sia esso una società o una stabile organizzazione. Questa precisa indicazione serve a risolvere preventivamente il problema di una eventuale duplice tassazione alla fonte, che diventerebbe particolarmente gravoso se le ritenute alla fonte operate da entrambi gli Stati fossero superiori alle imposte dovute su quel reddito nello Stato di residenza<sup>136</sup>.

A differenza dal meccanismo della Direttiva madre-figlia, però, non viene posta alcuna obbligazione di riduzione del proprio carico fiscale interno in capo allo Stato di residenza del percettore, sia esso una società o una stabile organizzazione.

Il rischio di una doppia imposizione economica nemmeno si pone per il fatto che i pagamenti di interessi e *royalties* sono imputabili al reddito della società erogatrice.

Le società destinatarie della disciplina devono possedere determinati requisiti: innanzitutto la residenza nel territorio dell'Unione, poi la forma legale tra una di quelle

---

<sup>135</sup> V. considerando 1, 2 e 3 della Direttiva, per cui: «In un mercato unico avente le caratteristiche di un mercato interno le operazioni tra società di Stati membri diversi non dovrebbero essere assoggettate ad un trattamento fiscale meno favorevole di quello applicabile alle medesime operazioni effettuate tra società dello stesso Stato membro. Attualmente tale condizione non è soddisfatta riguardo ai pagamenti di interessi e di canoni. Le legislazioni fiscali nazionali, unitamente, ove esistano, alle convenzioni bilaterali o multilaterali, non possono sempre assicurare l'eliminazione della doppia imposizione e la loro applicazione comporta spesso formalità amministrative onerose e problemi di flussi di liquidità per le imprese interessate. È necessario vigilare affinché i pagamenti di interessi e di canoni siano assoggettati ad imposizione fiscale una sola volta in uno Stato Membro».

<sup>136</sup> Così Rust, A., *Double Taxation*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 6.

elencate dalla Direttiva, la soggettività passiva all'imposta nazionale sulle società, infine la natura di società consociate (cioè, una partecipazione diretta non inferiore al 25% deve essere detenuta da una società nel capitale dell'altra ovvero da una società terza nel capitale di entrambe le società coinvolte nel finanziamento).

A dispetto della evidente *ratio* del provvedimento, vi sono autori che ritengono non chiaro il motivo della sua inclusione in un pacchetto di misure di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa<sup>137</sup>, fenomeno che sarebbe addirittura incoraggiato dall'abolizione della ritenuta alla fonte nello Stato di origine, aprendo nuove opportunità di pianificazione fiscale. Una possibile spiegazione si potrebbe tuttavia individuare ponendo attenzione alla concezione emergente del problema della doppia imposizione, che mette in risalto la sua capacità di alterare gli equilibri concorrenziali e di dare adito a fenomeni abusivi (v. par. successivo).

Si fa anche notare che la Direttiva privilegia per gli interessi il criterio di tassazione alla residenza, ponendosi in linea di continuità con la prassi internazionale (v. art. 11 e 12 del Modello OCSE), e differenziandosi su questo punto rispetto alle regole di tassazione dei dividendi transfrontalieri. Se di questa opzione sono evidenti il carattere innovativo e i vantaggi di tipo finanziario per il contribuente<sup>138</sup>, per alcuni commentatori, tuttavia, essa comporta un'arbitraria ripartizione di poteri impositivi, e dunque di gettito fiscale, tra Stato della fonte e Stato del percettore, di cui è apparentemente difficile trovare una giustificazione sul piano giuridico comunitario e non solamente politico<sup>139</sup>. Inoltre, se tale meccanismo pare in grado di assicurare meglio la rimozione della doppia imposizione, esso tuttavia solleva problemi nuovi: obbligare lo Stato della fonte ad esentare gli interessi a prescindere dall'effettivo livello di imposizione applicato nello Stato del percettore può infatti condurre a fenomeni di doppia non imposizione<sup>140</sup>.

Un'ultima osservazione va dedicata all'interazione di questa disciplina con quella della Direttiva madre-figlia. La Direttiva Interessi e *Royalties* richiede infatti, per

---

<sup>137</sup> In questo senso, cfr. le riflessioni di Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, cit., p. 639.

<sup>138</sup> Greggi, M., *La Direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2/2004, p. 505: «La portata innovativa in questo caso riguarda proprio la scelta del metodo dell'esenzione, che priva di gettito lo Stato di residenza del soggetto erogante e che si sostituisce al meccanismo del credito d'imposta. Per il contribuente, soprattutto per le imprese associate (...), l'adozione del meccanismo d'esenzione mostra indubbi vantaggi di tipo finanziario», in termini di celerità del procedimento e di salvaguardia della liquidità.

<sup>139</sup> Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *op. cit.*, p. [...]. V. *infra* paragrafo 3.7 del capitolo seguente in merito alla possibilità di individuare un criterio comunitario di ripartizione dei poteri impositivi.

<sup>140</sup> Il testo finale della Direttiva non ha recepito le indicazioni della Commissione, che tendevano ad ancorare l'applicazione della Direttiva ad un ragionevole livello di imposizione nello Stato di residenza.

la sua applicazione in una logica di gruppo, una soglia di partecipazione minima, fissata nel 25% come nella versione originaria della Direttiva madre-figlia. Alla luce della riforma del 2003 (v. *supra* par. 2.2.2.1), resta perciò da chiedersi se l'attuale differenza tra le soglie di partecipazione richieste dalle diverse Direttive possa costituire un ostacolo al conseguimento del principale obiettivo comunitario, quello di favorire il buon funzionamento del mercato unico dell'Unione. La coesistenza di concetti diversi di "partecipazione qualificata", connotante un rapporto di collegamento di gruppo societario, potrebbe infatti condurre a situazioni paradossali di gruppi di società beneficiari dell'applicazione di un regime, ma non di un altro, e rende auspicabile perciò la ricerca di una soluzione comune<sup>141</sup>.

Come si evince dall'analisi della platea di destinatari della Direttiva Interessi e *Royalties*, restano esclusi dal suo ambito di applicazione i pagamenti effettuati tra società con partecipazioni non qualificate e quelli in favore di persone fisiche.

Rispetto a costoro, esiste peraltro un altro provvedimento comunitario, la Direttiva 2003/48/CE del 3 giugno 2003 in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, che mira a garantire l'effettiva tassazione degli interessi percepiti da persone fisiche nello Stato di residenza del beneficiario effettivo, tramite «l'eliminazione di tutte quelle doppie imposizioni sui pagamenti di interessi che potrebbero derivare dall'applicazione di [una] ritenuta alla fonte» nello Stato di origine del pagamento<sup>142</sup>. Anche qui, dunque, il legislatore comunitario compie una scelta politica e manifesta la sua preferenza per un sistema di tassazione ancorato unicamente alla residenza. La fonte del reddito, del resto, è irrilevante ai fini di questa disciplina, in cui il focus è spostato piuttosto sul luogo in cui avviene il pagamento.

In linea generale, l'obiettivo descritto viene raggiunto attraverso un meccanismo di scambio automatico di informazioni, concepito come alternativa al prelievo di ritenute alla fonte da parte dello Stato di origine<sup>143</sup>: si prevede, in particolare, che l'agente pagatore comunichi al proprio Stato di residenza tutte le informazioni relative alle proprie coordinate, alle generalità del percettore e all'esatto ammontare

---

<sup>141</sup> Si rimanda sul punto alle osservazioni di Bulgarelli, F., *op. cit.*, p. 137 e ss.

<sup>142</sup> V. considerando 21 della Direttiva 2003/48/CE. Nel preambolo, si giustifica anche l'avocazione della competenza normativa dell'Unione sulla materia in base al principio di sussidiarietà: «l'obiettivo della presente direttiva non può essere sufficientemente realizzato dagli Stati membri, a causa dell'assenza di un coordinamento dei sistemi nazionali di imposizione sui redditi da risparmio, e può dunque essere realizzato meglio a livello comunitario».

<sup>143</sup> Si tenga presente, peraltro, l'importante precisazione offerta dal considerando 23 della Direttiva: «La presente direttiva non dovrebbe impedire agli Stati membri di applicare tipi di ritenuta alla fonte diversi da quello oggetto della presente direttiva sugli interessi che hanno origine nei loro territori».

dell'interesse versato. Tale Stato, a sua volta, è tenuto a trasmettere dette informazioni, con cadenza almeno annuale, allo Stato di residenza del percettore.

Tuttavia, in attuazione di una disciplina transitoria giustificata dalle peculiarità strutturali dei rispettivi ordinamenti, Austria e Lussemburgo hanno ancora la facoltà di prelevare una ritenuta alla fonte invece di applicare lo scambio di informazioni<sup>144</sup>. La doppia imposizione giuridica che ne consegue viene eliminata ai sensi dell'articolo 14 della Direttiva, il quale impone agli Stati di residenza di accordare un credito d'imposta per le ritenute austriache e lussemburghesi prelevate in conformità alla stessa Direttiva. Detta disciplina prevede anche l'obbligo dello Stato di residenza di rimborsare al beneficiario effettivo l'importo della ritenuta eventualmente eccedente il *quantum* dell'imposta dovuta secondo la propria legislazione nazionale<sup>145</sup>.

### **2.2.3.3 La recente Direttiva in materia di scambio di informazioni.**

La stretta connessione tra eliminazione della doppia imposizione nell'Unione e attuazione di efficaci forme di collaborazione amministrativa tra autorità nazionali viene ulteriormente confermata e sviluppata nella legislazione comunitaria più recente. E la prospettiva diviene ora duplice: da un lato, si consolida la tendenza evidenziata nell'ambito del diritto derivato già a partire dalla riforma della Direttiva madre-figlia nel 2003, che sancisce la piena consapevolezza della doppia imposizione come problema comunitario e della necessità della sua eliminazione. Tali argomenti, infatti, vengono oggi esplicitamente posti a fondamento dell'adozione di provvedimenti di armonizzazione. Dall'altro lato, la prospettiva si arricchisce di nuove suggestioni, in quanto la doppia imposizione sempre più di frequente viene connessa al diverso tema della lotta alle frodi e all'evasione fiscale.

È paradigmatica a questo proposito la recente Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, che abroga la direttiva 77/799/CEE, ampliando il suo precedente ambito di applicazione. Essa prevede

---

<sup>144</sup> Il Belgio, destinatario della stessa disciplina transitoria, è invece passato al regime comune a partire dal 1° gennaio 2010. La disciplina (art. 12) prevede altresì che gli Stati membri che si avvalgono di tale deroga trattengano solo il 25% del gettito ricavato dalle ritenute applicate e ne trasferiscano il 75% allo Stato membro di residenza del beneficiario effettivo degli interessi. La *ratio* è quella di garantire che lo Stato di residenza del percettore si trovi, nonostante l'assenza di uno scambio di informazioni, nelle condizioni di prelevare l'imposta sul reddito in capo al beneficiario effettivo.

<sup>145</sup> La concessione di questo peculiare credito d'imposta, tuttavia, è subordinata alla previa concessione di ogni altro credito eventualmente previsto dalla normativa nazionale per imposte gravanti sugli stessi interessi.

norme più chiare e precise che disciplinano la cooperazione amministrativa fra gli Stati membri in materia fiscale. Sono regolate le procedure di scambio di informazioni su richiesta<sup>146</sup>, di scambio automatico obbligatorio<sup>147</sup>, di scambio spontaneo<sup>148</sup> e di scambio con Stati terzi<sup>149</sup>.

Nel preambolo al provvedimento, per giustificare la necessità di rafforzare i meccanismi di cooperazione amministrativa, il Consiglio osserva che la globalizzazione dell'economia (che si traduce nella crescente mobilità dei contribuenti, nel maggior numero di operazioni transfrontaliere e nell'internazionalizzazione degli strumenti finanziari) rende difficile per gli Stati membri accertare correttamente l'entità delle imposte dovute. «Questa difficoltà crescente si ripercuote negativamente sul funzionamento dei sistemi fiscali e dà luogo alla doppia tassazione, la quale di per sé induce alla frode e all'evasione fiscale, mentre i poteri di controllo restano a livello nazionale. Ne risulta pertanto minacciato il funzionamento del mercato interno»<sup>150</sup>. Com'è facilmente immaginabile, una simile affermazione non compariva nel testo della precedente Direttiva 77/799/CEE.

Stando a questa affermazione, incentivare l'integrazione delle amministrazioni nazionali opera su un piano di prevenzione e serve proprio allo scopo di impedire il più possibile il verificarsi di fattispecie patologiche di doppia imposizione derivanti dalla mancanza di coordinamento dei sistemi.

La doppia imposizione nel diritto derivato assume dunque sempre più un profilo a tutto tondo e si evidenziano tutte le sue possibili sfaccettature. Ogni indizio converge a suffragare la tesi per cui la sua eliminazione costituisce un obiettivo primario dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, già a questo stadio dell'analisi si può delineare

---

<sup>146</sup> Gli articoli dal 5 al 7 prevedono che l'autorità interpellata trasmetta all'autorità richiedente, al più presto e comunque entro sei mesi dalla data di ricevimento della richiesta, le informazioni previste di cui sia in possesso o che ottenga a seguito di un'indagine amministrativa.

<sup>147</sup> L'articolo 8 identifica alcune categorie di reddito rispetto a cui le informazioni disponibili sui periodi d'imposta dal primo gennaio 2014, riguardanti i residenti in altro Stato membro, dovranno necessariamente essere oggetto di comunicazione. Si tratta, ad esempio, di redditi da lavoro, compensi per dirigenti, prodotti di assicurazione sulla vita (non contemplati in altri atti comunitari sullo scambio di informazioni), pensioni, proprietà e redditi immobiliari. La comunicazione di informazioni relative a tali categorie di reddito avrà luogo almeno una volta all'anno ed entro i sei mesi successivi al termine dell'anno fiscale dello Stato membro, durante il quale le informazioni siano state rese disponibili.

<sup>148</sup> V. articolo 9 della Direttiva, che definisce le ipotesi di applicazione.

<sup>149</sup> Ai sensi dell'art. 24, l'autorità competente di uno Stato membro che riceve da un Paese terzo informazioni relative alle imposte oggetto della direttiva può, a condizione che ciò sia consentito ai sensi di un accordo con tale Paese terzo, trasmettere tali informazioni alle autorità competenti degli Stati membri, per le quali tali informazioni possano essere utili e ad ogni autorità richiedente. Parimenti, le autorità competenti potranno trasmettere a un Paese terzo informazioni ottenute in virtù della direttiva, purché siano soddisfatte determinati requisiti di collaborazione.

<sup>150</sup> Così il considerando 1 della Direttiva. Corsivo aggiunto.

la portata strumentale di questo obiettivo, messo in relazione con la finalità di realizzare il mercato unico. Per il legislatore comunitario, la doppia imposizione va infatti contrastata perché impedisce la neutralità delle scelte fiscali ostacolando la fruizione delle libertà (v. Direttiva madre-figlia), perché altera la posizione concorrenziale degli operatori economici (v. Direttiva Interessi e *Royalties*), e perché incentiva frodi ed evasione (Direttiva sullo scambio di informazioni).

### **2.3 L'eliminazione della doppia imposizione come competenza non comunitaria ma "comunitarizzata". Il confronto con i principi dell'ordinamento.**

Attraverso l'esame della produzione normativa comunitaria, si è abbondantemente provato che, benché ignorata dal Trattato, la fiscalità diretta degli Stati membri può tradursi in un ostacolo alla piena realizzazione del mercato unico. Questo accade per la mancanza di armonizzazione tra i sistemi nazionali, che stimola lo sviluppo della concorrenza fiscale, interferendo, in ultima analisi, con l'efficiente allocazione dei fattori produttivi. Le differenze tra i diversi sistemi nazionali fanno crescere inoltre i costi di conformità e gli oneri amministrativi per gli operatori attivi oltre i confini nazionali. Sotto un diverso aspetto, le normative interne degli Stati membri in tema di fiscalità diretta possono causare una restrizione alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

Tali problemi, peraltro, hanno presupposti diversi e diverse sono le risposte che può offrire l'ordinamento comunitario.

Gli inconvenienti originati dall'assenza di armonizzazione, da un lato, possono essere affrontati solo attraverso un'opera di ravvicinamento delle legislazioni per mezzo di direttive o comunque atti di diritto derivato, in quanto non costituiscono in sé una violazione di precise norme comunitarie e non esiste una competenza generale dell'Unione sulla fiscalità diretta. In questo senso muovono gli interventi normativi prima ricordati: si tratta di discipline settoriali, contenute in provvedimenti basati su norme (quali l'attuale art. 115) non collocate nella parte del Trattato dedicata alle disposizioni fiscali.

Dall'altro lato, su un piano più propriamente giuridico, laddove le disposizioni nazionali in tema di fiscalità diretta comportino una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali, si è in presenza di una vera e propria violazione di norme comunitarie, rispetto a cui è innegabile la sussistenza di una competenza generale dell'Unione per la

reazione a tali violazioni. Partendo dall'assunto di tale competenza, e riconoscendo che la doppia imposizione ostacola la circolazione di persone e capitali nel mercato interno, è possibile desumere in via interpretativa la competenza all'Unione per la riduzione del fenomeno, come corollario della tutela delle libertà economiche.

In altre parole, la competenza per l'eliminazione della doppia imposizione è una competenza derivata, che sussiste in capo all'Unione nella misura in cui rientra nella competenza generale dell'ordinamento comunitario a reagire alla violazione delle proprie norme. Una competenza, dunque, di carattere strumentale e funzionale all'integrazione del mercato comune, da esercitare nel rispetto del principio di sussidiarietà. Questo significa che un intervento comunitario nel settore si giustifica non solo se la doppia imposizione è concretamente in grado di ostacolare l'esercizio delle libertà fondamentali, ma anche se risultano inadeguati i provvedimenti adottati dagli Stati membri allo scopo<sup>151</sup>. Rovesciando la prospettiva, si può correttamente ritenere che, in assenza di una normativa di fonte comunitaria, gli Stati Membri non solo siano competenti ad eliminare la doppia imposizione tramite la stipula di convenzioni o con l'introduzione di misure unilaterali, ma siano addirittura obbligati a farlo in virtù del principio di leale collaborazione sancito dall'articolo 4(3) del nuovo TUE e del riconoscimento giurisprudenziale dell'eliminazione della doppia imposizione come obiettivo della Comunità<sup>152</sup>.

Una competenza, però, che, basandosi su questo preciso obiettivo comunitario, gode di una considerazione autonoma e presenta tratti di specificità all'interno del discorso generale della fiscalità diretta nel diritto comunitario.

Pur con le limitazioni indicate, si può allora affermare che, oggi, quella che non nasceva come competenza comunitaria, cioè espressamente attribuita all'Unione dai Trattati istitutivi, è divenuta una competenza "comunitarizzata": ciò significa, in primo luogo, che è legittimo un intervento comunitario, poiché tale competenza è assorbita tra quelle dell'Unione in quanto strumentale alla realizzazione dei suoi obiettivi, ma anche, in secondo luogo, che gli Stati Membri sono vincolati, nell'esercizio della loro parte di competenza concorrente, al raggiungimento di un obiettivo posto dalla Comunità. E tale obiettivo di eliminazione della doppia imposizione assume natura "costituzionale",

---

<sup>151</sup> Cfr. le osservazioni in proposito di Zuddo, D., *op. cit.*, p. 55 ss.

<sup>152</sup> Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and Prohibition of Double Taxation*, in AA.VV., *The Influence of European Law on Direct Taxation. Recent and Future Developments*, a cura di Dennis Weber, Kluwer Law International, 2007, p. 122.

dimostrando di non avere un contenuto solamente programmatico, ma direttamente precettivo (i cui effetti saranno analizzati più avanti, nel capitolo successivo).

Si tratta a questo punto di individuare nello specifico i principi generali a cui ancorare questa nuova competenza comunitaria funzionale: l'attenzione sarà focalizzata in primo luogo sul principio comunitario di non discriminazione, e, successivamente, sulle libertà fondamentali.

### **2.3.1 Il principio comunitario di non discriminazione.**

Ai sensi dell'attuale art. 18 TFUE, «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità». Tale principio assume nell'ordinamento comunitario una sfera di applicabilità molto più ampia rispetto a quella dell'omonimo principio codificato nell'art. 24 Modello OCSE per i rapporti regolati dal diritto internazionale<sup>153</sup>. Questo accade perché la formulazione comunitaria è generale, e non riferita a singole fattispecie. In tal modo, essa consente, nel campo fiscale, di condannare non solo le discriminazioni operate da uno Stato a danno dei soggetti non residenti, ma anche quelle che colpiscono un residente che svolga attività transfrontaliere rispetto ad un residente che svolga solo attività interne: in altre parole, il diritto comunitario osta tanto alle discriminazioni in entrata operate dallo Stato della fonte quanto a quelle in uscita operate dallo Stato di residenza.

Oltre a ciò, ne è diversa anche la connotazione: come ha in più occasioni sottolineato la Corte di Giustizia, il principio di non discriminazione è implicito nel significato delle libertà fondamentali del Trattato ed anzi costituisce uno strumento per la loro concreta realizzazione, tanto che, come si vedrà nel paragrafo successivo, le libertà stesse venivano inizialmente concepite come derivazione del divieto di discriminazione. Chiarendo la relazione tra divieto di discriminazione e libertà fondamentali, è stato osservato che ciascuna delle libertà del Trattato<sup>P</sup> presenta due aspetti, uno positivo, l'abolizione di ogni ostacolo alla libera circolazione di cose e persone, ed uno negativo, il divieto di discriminazioni sulla base dell'origine (nel caso delle cose) o della nazionalità (nel caso delle persone). Sarebbero assommati, in buona sostanza, i due aspetti costitutivi del mercato unico: il principio di libero accesso al

---

<sup>153</sup> Cfr. *supra* paragrafo 1.3.1.2.

mercato, relativo ai rapporti tra ordinamenti dei singoli Stati, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, relativo ai rapporti interni al mercato di ciascuno Stato Membro. Alla luce di queste considerazioni, si è oggi arrivati al punto di invertire il rapporto descritto, sostenendo il carattere sussidiario del divieto di discriminazione rispetto alle libertà<sup>154</sup>.

Analizzando il principio di non discriminazione internazionale, si è avuto modo di constatare la sua stretta connessione con i concetti di neutralità fiscale e di contrasto alla doppia imposizione. Le stesse connessioni valgono anche *a fortiori* per l'ordinamento comunitario, che della neutralità fa uno dei propri principali obiettivi, trattandosi di condizione ineliminabile per la costituzione di un mercato unico<sup>155</sup>.

Occorre infine dare atto del fatto che, seguendo l'evoluzione interpretativa condotta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, all'applicazione del principio di non discriminazione è stato gradualmente preferito negli ultimi anni un approccio basato sul diverso concetto di restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali<sup>156</sup>.

Ai fini che qui interessano, tuttavia, è dato osservare che il conseguente divieto di restrizioni ha caratteristiche molto diverse dal principio di non discriminazione. Se, da un lato, consente di sottoporre al vaglio comunitario una molteplicità di situazioni che sfuggirebbero altrimenti al concetto di discriminazione, dall'altro lato, esso è molto più elastico e derogabile, poiché è ricavato in via interpretativa: mentre una deroga al divieto di discriminazione ex art. 18 TFUE potrà essere giustificata solo sulla base delle ipotesi normativamente tipizzate, l'esistenza di una restrizione potrà ritenersi giustificata sulla base di una semplice *rule of reason*. Inoltre, occorrerà distinguere in base all'origine della restrizione, che potrà essere frutto tanto della violazione di una norma comunitaria (ossia della previsione di un trattamento differenziato di situazioni comparabili tale da ostacolare la libera circolazione), quanto dell'esercizio parallelo della giurisdizione fiscale da parte di più Stati, ossia della mancanza di coordinamento tra sistemi diversi. In questa seconda ipotesi, nessun effetto produce il divieto di restrizione, a causa dell'assenza, a monte, di un contesto armonizzato.

---

<sup>154</sup> Si vedano sul punto le riflessioni di Santiago, B., *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Law*, in *European Taxation*, 2009, 5, p. 250.

<sup>155</sup> Esempio emblematico di questo collegamento sistematico tra il principio di neutralità e l'elisione della doppia imposizione è la Direttiva madre-figlia, che considera l'eliminazione della doppia imposizione quale mezzo per garantire la neutralità nella creazione di gruppi multinazionali.

<sup>156</sup> Sul punto, v. *infra*, parte III, par. 3.2.

### **2.3.2 La diretta applicabilità delle libertà del mercato e il ruolo del principio di leale collaborazione.**

Rimandando l'approfondimento degli orientamenti giurisprudenziali al seguito di questo lavoro, si può anticipare che la Corte di Giustizia da tempo ha intrapreso un'opera di estensione progressiva in via interpretativa del contenuto delle libertà fondamentali del Trattato. Da mero divieto di discriminazione nei confronti dei non residenti, esso è diventato in senso più ampio la proibizione di qualsiasi restrizione di natura fiscale al loro libero esercizio (v. *infra*). In sostanza, non è più necessario riscontrare una discriminazione per integrare una violazione degli articoli del Trattato. La verifica da effettuare è piuttosto se la misura nazionale impugnata sia suscettibile di ostacolare o restringere l'esercizio delle libertà fondamentali, benché non qualificabile come discriminatoria.

Come è stato acutamente osservato, una «siffatta evoluzione interpretativa si riflette sulla natura delle libertà fondamentali, rinnovandone il contenuto in veri e propri diritti di libertà in materia economica»<sup>157</sup>.

Quanto si è osservato fino ad ora, in merito all'esistenza e alla portata dell'obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione, trova il proprio fulcro nella ripartizione di poteri sovrani tra gli Stati e l'Unione. Il nuovo approccio alle libertà consente invece di arricchire la riflessione su un altro versante. Infatti, portando a compimento il ragionamento per cui le libertà fondamentali costituiscono diritti economici, la conseguenza è riconoscerne la loro diretta applicabilità nei confronti dei soggetti privati, dei singoli operatori del mercato che ne costituiscono i beneficiari.

Tale conclusione si rafforza laddove si consideri il congiunto operare di tali diritti e dell'obbligo di leale cooperazione (art. 4 comma 3 TFUE). Quest'ultimo consiste nell'obbligo degli Stati Membri di adottare tutte le misure idonee ad adempiere le loro obbligazioni comunitarie e ad agevolare il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione. Si ritiene che i destinatari di questo obbligo non siano soltanto i legislatori nazionali e le amministrazioni, ma anche gli organi giurisdizionali, tenuti ad assicurare il pieno godimento da parte dei cittadini europei dei loro diritti<sup>158</sup>. Tuttavia, non tutti sono concordi nell'attribuire all'obbligo di leale cooperazione un effetto diretto *per*

---

<sup>157</sup> Bizzioli, G., *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e...competenza tributaria della Corte di Giustizia*, in «Rivista di diritto tributario», 2000, p. 194.

<sup>158</sup> Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret, cit.*, in AA.VV., *The Influence of European Law, cit.*, p. 123.

se<sup>159</sup>, a causa della sua formulazione troppo generica e del suo contenuto di clausola generale di “buona fede”. La funzione primaria di tale norma sarebbe invece quella di assicurare, in via supplementare, l’effettiva applicazione delle altre norme più specifiche contenute nei Trattati e nel diritto derivato. Non si tratterebbe dunque di una norma autonoma, ma piuttosto di una norma da leggere in combinato disposto con, segnatamente, le libertà di circolazione.

Coerentemente, del resto, la giurisprudenza consolidata impone un’interpretazione delle libertà alla luce degli obiettivi generali, della struttura e dello spirito del Trattato. La conseguenza finale, molto forte, sarebbe allora che il nucleo di dette libertà contiene un diritto all’abolizione della doppia imposizione, invocabile dai cittadini dinanzi ai giudici nazionali. Pur rinviando la disamina del tema al capitolo successivo, si può dire fin d’ora che la doppia imposizione dovrebbe essere ritenuta in linea di principio incostituzionale, costituendo una restrizione a danno delle attività transfrontaliere in contrasto con norme comunitarie direttamente applicabili.

### **2.3.2.1 Libertà di stabilimento vs. libera circolazione dei capitali: ambito applicativo e formulazione di una *priority rule*.**

Per quanto la fiscalità diretta tocchi argomenti così vari da poter incidere di volta in volta sull’ambito di applicazione di ognuna delle libertà del Trattato, ciononostante le disposizioni che interessano la materia della doppia imposizione dei dividendi, scelta come paradigma all’interno di questo lavoro, sono quelle relative al diritto di stabilimento (art. 49) e alla libera circolazione dei capitali<sup>160</sup> (art. 63).

Peraltro, l’elaborazione sulla portata sostanziale delle varie libertà fondamentali e sull’applicabilità di cause di giustificazione in relazione alla loro violazione ha raggiunto oggi un elevato grado di convergenza grazie al lavoro interpretativo svolto dalla Corte di Giustizia. Pertanto, indagare i rapporti reciproci tra le varie libertà al fine di elaborare una *priority rule* da applicare nelle fattispecie in cui due o più libertà si sovrappongono è oggi uno sforzo che mantiene utilità soltanto con riferimento ai rapporti economici che coinvolgono Stati terzi. Se infatti l’ambito territoriale di

---

<sup>159</sup> In questo senso, ad esempio, Nieminen, M., *Abolition of Double Taxation, cit.*, p. 331.

<sup>160</sup> Nella sentenza *Verkooijen* (Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, C-35/95), la Corte ha infatti statuito che la distribuzione di dividendi, benché non contemplata tra le tipologie di “movimenti di capitali” di cui all’elenco allegato alla Direttiva 88/361/CEE, presuppone necessariamente gli investimenti di capitali ivi espressamente menzionati ed è perciò da essi inscindibile.

applicazione degli articoli 45 (lavoratori), 49 (stabilimento) e 56 (servizi) è limitato alle operazioni concluse fra Stati Membri<sup>161</sup>, quello della libera circolazione dei capitali (art. 63) ha una copertura globale.

Ai sensi dell'art. 63, infatti, gli Stati Membri sono tenuti a garantire l'uguaglianza delle condizioni nell'accesso al mercato e nella posizione concorrenziale anche rispetto ai movimenti di capitali provenienti o destinati a Stati terzi, senza possibilità di differenziare il contenuto di questa libertà a seconda che essa sia fruita nei rapporti tra Stati Membri o in quelli con Paesi terzi. La Corte di Giustizia<sup>162</sup> invero ha resistito alle pressioni degli Stati, che miravano a compromettere questa garanzia prevista dal Trattato escludendo determinate categorie di operazioni sui capitali con Stati terzi dall'effetto diretto dell'attuale articolo 63. Lo stesso discorso vale per le cause di giustificazione, che, ove riconosciute dalla giurisprudenza, devono applicarsi senza distinzione tanto ai rapporti intracomunitari quanto ai rapporti con Stati terzi. In questa seconda ipotesi, tuttavia, l'applicazione è in genere resa più facile dalla valutazione delle circostanze concrete (si pensi alle problematiche sollevate dai rapporti con i cosiddetti paradisi fiscali).

Per i profili che qui interessano, nella casistica giurisprudenziale della Corte sono stati sviluppati i criteri per definirne i rispettivi confini tra libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali. In base al criterio posto dal cosiddetto "*Baars test*", «si avvale del suo diritto di stabilimento il cittadino di uno Stato membro che detenga nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni della società e da consentirgli di indirizzarne le attività»<sup>163</sup>. Ai fini fiscali, dunque, si considera esercizio della libertà di stabilimento non solo il caso in cui la casa madre abbia posto all'estero una stabile organizzazione, ma anche il caso in cui detenga nel capitale di una società estera una partecipazione qualificata. In ogni altro caso, per le partecipazioni di portafoglio al di sotto di questa soglia qualificata da valutarsi caso per caso, viene in rilievo l'art. 63.

Tanto vale come criterio distintivo tra le due libertà. Quanto invece alla loro interazione in caso di concorso rispetto ad una stessa fattispecie concreta, va ricordato

---

<sup>161</sup> L'ambito di applicazione in realtà è esteso anche agli Stati Membri dello Spazio Economico Europeo, grazie agli articoli 28, 31 e 36 del relativo Accordo.

<sup>162</sup> Sul punto si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C-101/05, A, par. 34: «dalle condizioni cui è soggetto il potere riconosciuto al Consiglio [...], di adottare misure relative alle categorie di movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, non può dedursi che tali categorie sfuggano all'ambito di applicazione del divieto sancito all'art. 56, n. 1, CE».

<sup>163</sup> V. Corte di Giustizia, 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*, par. 22.

l'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato per cui una disciplina nazionale che «riguarda soltanto gruppi di società, rientra nell'ambito d'applicazione dell'art. 43 CE [ora 49] piuttosto che in quello dell'art. 56 CE [ora 63 TFUE]», mentre gli eventuali «effetti restrittivi sulla libera circolazione dei capitali ... sarebbero l'inevitabile conseguenza di un eventuale ostacolo alla libertà di stabilimento»<sup>164</sup>.

In altri termini, le due libertà non si possono applicare congiuntamente. La Corte sancisce così la prevalenza della libertà di stabilimento rispetto alla garanzia di libera circolazione dei capitali quando si abbia riguardo ad investimenti diretti, con la conseguenza che – secondo un'interpretazione restrittiva – i flussi di dividendi da o verso Stato terzi potrebbero restare, proprio nel caso di investimenti diretti, esclusi dalle tutele apprestate dal diritto comunitario. L'argomento è dibattuto. Tuttavia, la dottrina maggioritaria ritiene che le fattispecie che coinvolgono Stati terzi siano sempre e solo coperte dalle previsioni in tema di libera circolazione dei capitali, anche qualora l'investimento considerato possa qualificarsi come “stabilimento” nel significato dell'articolo 49 del Trattato<sup>165</sup>.

Questa impostazione gerarchica tra le due libertà è giustificata dalla preoccupazione diffusa di evitare le conseguenze paradossali di un'applicazione estensiva della libertà di circolazione dei capitali. Si è osservato, infatti, che il Trattato non pone limiti espressi all'applicazione di questa libertà quando siano coinvolti soggetti residenti in Stati terzi. Di conseguenza, a tali soggetti dovrebbe essere riconosciuta la più ampia facoltà di stabilire filiali e stabili organizzazioni nel territorio dell'Unione, trattandosi di manifestazioni economiche che presuppongono un investimento di capitali, con la possibilità di reclamare l'applicazione del trattamento nazionale. La regola giurisprudenziale di prevalenza della libertà di stabilimento opera dunque, in un certo senso, come limite esterno all'applicazione della libera circolazione dei capitali<sup>166</sup>.

Non è ancora chiaro, peraltro, se nel pensiero della Corte tale prevalenza della libertà di stabilimento debba essere stabilita con riferimento all'oggetto della disciplina

---

<sup>164</sup> Così, fra altre, Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, C-446/04, *FII GL*, par. 118; nonché Corte di Giustizia, 18 giugno 2009, C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*, par. 35.

<sup>165</sup> Fontana, R., *Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving...in the Wrong Direction*, in *European Taxation*, 2007, 10, p. 434.

<sup>166</sup> V. Lyal, R., *Free Movement of Capital and Non-Member Countries. Consequences for Direct Taxation*, in AA.VV., *The influence of European Law on Direct Taxation*, cit., p. 19. Osserva l'autore che: «*the Treaty is not intended to extend the freedom of establishment to persons from non-member countries in this indirect or parasitic (and unilateral) way, then it is desirable to determine just what the respective scopes of the freedoms are*».

nazionale controversa, oppure con riferimento alle circostanze presentate dalla fattispecie nel caso concreto. In altri termini, occorre chiarire se il test di prevalenza debba essere condotto secondo un criterio, rispettivamente, legale o fattuale<sup>167</sup>.

## **2.4 La doppia imposizione nelle indicazioni della *soft law*.**

Pur priva del potere di emanare atti normativi di portata generale, la Commissione Europea è un attore fondamentale dell'ordinamento comunitario. È interessante ricostruire per tappe l'evoluzione della cosiddetta *soft law*, ossia quella serie di documenti, comunicazioni e rapporti che danno un contributo non giuridicamente vincolante, ma di grande autorevolezza, alla costruzione e allo sviluppo dei principi del diritto tributario europeo, dimostrando da sempre una sensibilità particolarmente spiccata verso il tema della doppia imposizione. È stata proprio la *soft law* a ripetere costantemente il *leitmotiv* della contrarietà della doppia imposizione al raggiungimento degli obiettivi del mercato, e grazie al lavoro incessante di questa “quasi-fonte” la sua eliminazione è rientrata oggi per opinione comune tra le competenze funzionali dell'Unione (v. *supra*).

### **2.4.1 L'impegno della Commissione ad eliminare gli ostacoli al mercato unico: la via dell'armonizzazione – cenni storici.**

La prima proposta di riorganizzazione della fiscalità degli Stati membri a livello comunitario risale al 1962, e precisamente, al Rapporto del Comitato Fiscale e Finanziario (c.d. Neumark<sup>168</sup>). Il Comitato, secondo il mandato ricevuto, doveva esaminare se le disparità fiscali esistenti tra gli Stati potevano rappresentare un impedimento, anche solo parziale, all'instaurazione di un mercato comune, e se potevano essere eliminate qualora l'avessero intralciata considerevolmente. Uno dei compiti più importanti del Comitato consisteva nel formulare soluzioni di politica finanziaria che rappresentassero un compromesso razionale tra l'esigenza di buon

---

<sup>167</sup> Englisch, J., *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, in Intertax, 2010, 4, p. 200. Dopo alcune pronunce in cui sembrava orientarsi verso l'applicazione di un criterio fatturale, recentemente la Corte ha ribadito l'applicazione del test in base ad un criterio legale: v. nel primo senso, Corte di Giustizia, 26 giugno 2008, causa C-284/08, *Burda*, par. 71-71; mentre, nel secondo senso, Corte di Giustizia, 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*, par. 36.

<sup>168</sup> Dal nome del presidente di questo gruppo di esperti indipendenti chiamati a coadiuvare l'operato della Commissione.

funzionamento del mercato comune e la necessità di non ingerirsi nella politica degli Stati membri, intesa a conservare le caratteristiche nazionali risultanti da fattori naturali o dall'evoluzione storica. Si giungeva alla conclusione che «ogni tentativo di unificare completamente la struttura dei sistemi fiscali degli Stati membri della Comunità è *a priori* destinato a fallire»<sup>169</sup> in quanto non sarebbe stato politicamente realizzabile. Per contro, un certo ravvicinamento delle strutture fiscali sembrò al Comitato una misura ipotizzabile e auspicabile, almeno per raggiungere l'obiettivo primario di eliminare le doppie imposizioni.

Fu il Rapporto Segré<sup>170</sup> a sottolineare per la prima volta con particolare forza i rischi che potevano derivare dalla mancanza di un'armonizzazione fiscale sui capitali, e a fornire una prima definizione del concetto di “neutralità fiscale”, intesa come assenza di condizionamenti sulla localizzazione degli investimenti. La rimozione di alcuni ostacoli fiscali si presentava pertanto necessaria per attuare un vero mercato europeo di capitali: in particolare, si prospettava espressamente l'esigenza di eliminare la doppia imposizione internazionale economica e giuridica.

Nonostante queste buone premesse, ben poche cose vennero realizzate in materia di imposte dirette, e di fiscalità delle imprese in generale, nel periodo compreso tra la fine degli anni Sessanta e l'inizio degli anni Novanta<sup>171</sup>.

#### **2.4.2 (segue) La politica tesa al coordinamento dei sistemi nazionali.**

Fu una comunicazione della Commissione del 1990<sup>172</sup> a definire le nuove priorità dell'azione comunitaria in materia fiscale: in applicazione del principio di sussidiarietà, non si ritenne più auspicabile armonizzare ad ogni costo il regime fiscale delle persone giuridiche (obiettivo che era alla base di precedenti proposte di Direttive), optando così «per il coordinamento e il ravvicinamento delle politiche fiscali, anziché per il ricorso sistematico all'armonizzazione», senza un'immediata strategia globale, ma piuttosto nell'intento di rimuovere gli ostacoli più importanti alla cooperazione transfrontaliera (c.d. *piecemeal approach*)<sup>173</sup>. La nuova strategia, più rispettosa

---

<sup>169</sup> Rapporto del Comitato Fiscale e Finanziario, Allegato A, Bruxelles, 1962, 31.

<sup>170</sup> Rapporto sul mercato europeo dei capitali, Bruxelles, 1966.

<sup>171</sup> Sul punto v. Roccatagliata, F., *Diritto tributario comunitario*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, CEDAM, Padova, 2002, p. 814 ss.

<sup>172</sup> SEC (90) 601 del 20 aprile 1990.

<sup>173</sup> Gli ostacoli principali sono stati individuati nel regime più sfavorevole di imposizione delle plusvalenze derivanti da operazioni societarie straordinarie transnazionali rispetto a quelle meramente

dell'autonomia impositiva degli Stati membri, incontrò il favore delle autorità fiscali nazionali.

Contestualmente, la Commissione affidava ad un Comitato di esperti<sup>174</sup> il compito di studiare le prospettive dell'integrazione comunitaria e i risultati delle riforme degli ultimi anni. Il Rapporto del Comitato, incentrato principalmente sulla fiscalità delle imprese, constatava gli effetti distorsivi provocati dalle divergenze tra i sistemi nazionali e concludeva che il loro processo di spontanea convergenza non avrebbe potuto ridurre sensibilmente le distorsioni più gravi al funzionamento del mercato in assenza di un'azione comunitaria. Quest'ultima avrebbe dovuto mirare quindi a eliminare le disposizioni discriminatorie e distorsive dei sistemi nazionali (con particolare riferimento alla doppia imposizione), a fissare un livello minimo di imposizione sulle società per la determinazione della base imponibile, a incoraggiare infine la massima trasparenza delle agevolazioni finalizzate ad attirare investimenti<sup>175</sup>. Compito della Comunità sarebbe dunque stato quello di definire il quadro generale di regole comuni e i limiti alla concorrenza fiscale, che gli Stati sarebbero tenuti ad osservare nel disegnare i propri sistemi tributari. Rispondendo al Rapporto, la Commissione<sup>176</sup> ha indicato che la priorità deve essere data all'eliminazione della doppia imposizione sui flussi di redditi transfrontalieri. Non a caso, il Rapporto Ruding figura tra i testi richiamati alla base delle proposte di modifiche alla Direttiva madrefiglia (v. *supra* par.2.2.2.1).

Solo in seguito alla nomina del Professor Monti a Commissario europeo per il mercato interno e la fiscalità si è affermato quello che viene definito come *global approach*<sup>177</sup>, per il quale la fiscalità non è un elemento marginale del processo di integrazione europea, ma va collocata nel contesto delle altre politiche comunitarie tese alla rimozione degli ostacoli fiscali al mercato interno. Organizzare sistemi tributari

---

interne, nella ritenuta alla fonte applicata ai dividendi distribuiti a società madri residenti all'estero, nella ritenuta alla fonte sui pagamenti infragruppo transfrontalieri di *royalties* e interessi, nelle doppie imposizioni economiche legate alla correzione dei prezzi di trasferimento, l'assenza di disposizioni nazionali che permettessero ad un'impresa di operare una compensazione fra i suoi utili e le perdite subite dalle sue controllate stabilite all'estero.

<sup>174</sup> Composto da personalità indipendenti e presieduto dall'ex Ministro delle Finanze olandese Otto Ruding. È abbondante il contributo della dottrina europea a commento del Rapporto Ruding, del 18 marzo 1992: si rimanda, tra gli altri, a Betten, R., *Aspects of the future EC corporation tax system - Commentary on the Ruding Report and the Commission guidelines*, in *European Taxation*, 1992, 9, p. 314; Chown, J., *Commentary on the Ruding Report*, in *European Taxation*, 1992, 4-5, p. 123.

<sup>175</sup> Venne in sostanza suggerita una *soft tax harmonisation* (così definita dalla stessa Commissione in SEC (2001) 1681, p. 15).

<sup>176</sup> Comunicazione al Consiglio e al Parlamento del 27 luglio 1992, SEC (92) 1118.

<sup>177</sup> Presentato a Verona nel Documento di discussione per la riunione informale dei Ministri economici e finanziari, del 20 marzo 1996, SEC (96) 487.

semplici, equi ed efficaci è indicata come l'unica via per prevenire la doppia imposizione dei flussi di reddito transfrontalieri, ma anche impedire che le transazioni all'interno dell'Unione sfuggano ad ogni forma di imposizione. Quello del coordinamento fiscale è diventato, in sostanza, l'asse principale dell'integrazione positiva operata dal diritto comunitario nel settore dell'imposizione diretta<sup>178</sup>. La Commissione ha individuato una strategia basata su misure mirate ad affrontare i problemi più urgenti nel breve e medio periodo, tra cui l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività delle imprese a livello comunitario e la soluzione dei conflitti con le Convenzioni contro la doppia imposizione<sup>179</sup>.

Quanto alle modalità di questo coordinamento, l'esecutivo comunitario ha costantemente indicato la propria preferenza per lo strumento della direttiva, giudicata come lo strumento più appropriato all'obiettivo perseguito<sup>180</sup>. In questo contesto vanno collocate le modifiche alla Direttiva madre-figlia e il pacchetto di misure contro la concorrenza fiscale dannosa, prima analizzate.

Recentemente, constatando ancora una volta l'impossibilità di addivenire ad un'armonizzazione degli ordinamenti nazionali, la Commissione ha ritenuto necessaria un'azione dell'Unione volta a migliorare il coordinamento e la cooperazione tra gli Stati Membri, anche qualora – ed è questa l'affermazione innovativa – gli ordinamenti nazionali non si pongano in diretta violazione delle norme comunitarie<sup>181</sup>. Coerentemente con l'indirizzo della Corte di Giustizia, dunque, si codifica l'interpretazione larga delle libertà del Trattato, che non autorizza gli Stati a mantenere in vigore discipline discriminatorie né tantomeno restrittive, in assenza di idonea giustificazione.

---

<sup>178</sup> Si veda l'opinione di Pistone, P., *Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes*, in Intertax, 2007, p. 70.

<sup>179</sup> COM (2001)582, del 23 ottobre 2001. V. *infra* par. 2.4.4.2.

<sup>180</sup> In questo senso, si veda, ad esempio, COM (2001)582 del 23 ottobre 2001, punto 4. Una posizione ancora più forte è quella espressa dal Comitato Economico e Sociale Europeo che, in un'opinione espressa sulla bozza presentata dalla Commissione in materia di fiscalità nell'UE nel 1996, ha addirittura suggerito l'inserimento nel Trattato di una nuova disposizione in cui fosse affermato che la doppia imposizione e la doppia non imposizione non sono compatibili con il mercato interno. A chiusura del sistema, la disposizione avrebbe dovuto prevedere la responsabilità finale dello Stato di residenza ad assicurare l'eliminazione del fenomeno.

<sup>181</sup> «Anche quando le regole fiscali degli Stati membri non confliggono con le regole del Trattato, la Commissione ritiene inappropriato per un mercato unico che problemi come la doppia imposizione, le incompatibilità tra diversi sistemi fiscali e la mancanza di accesso alle informazioni sulle regole fiscali degli Stati membri scoraggino gli individui a svolgere attività transfrontaliere o li penalizzino quando le svolgono. [...] Occorre trovare soluzioni che riconoscano gli interessi legittimi dei cittadini nel settore della libera circolazione». Così COM(2010)769def, par. 2.

Da quanto descritto, emerge la natura del lavoro portato avanti dalla Commissione, che si fa interprete attiva della costituzione materiale dell'Unione. Un lavoro incessante, che attraversa la trama dell'ordinamento comunitario degli ultimi decenni, dapprima in modo sotterraneo come opera di sensibilizzazione ai profili comunitari della fiscalità, poi in termini di azione propulsiva sempre più evidente nella proposizione di atti di armonizzazione, per quanto settoriali. Un lavoro che ha forgiato e accompagnato la crescita della consapevolezza comunitaria che «*l'eliminazione [della doppia imposizione] è ... un obiettivo e un criterio fondamentale di qualsiasi soluzione coordinata*. Essa ... è un classico esempio di ostacolo al mercato interno che deriva dalla mancanza di coordinamento tra i sistemi fiscali nazionali e che può essere risolto soltanto mediante la cooperazione tra gli Stati Membri»<sup>182</sup>.

Meritano di essere ricordati alcuni interventi della *soft law*, più e meno recenti, che premono per la necessità di interventi comunitari per eliminare fenomeni di doppia imposizione: tra le materie interessate, spiccano le forme di tassazione in uscita, le normative in tema di imposizione dei dividendi, la compensazione delle perdite transfrontaliere infragruppo, la tassazione delle stabili organizzazioni, la tassazione dell'energia, la tassazione dei redditi di lavoro transfrontalieri e quella delle transazioni finanziarie<sup>183</sup>.

### **2.4.3 Il contributo odierno della Commissione all'evoluzione dell'armonizzazione in rapporto all'operato della Corte di Giustizia.**

Di fronte ad uno scenario complesso, che richiede la messa in atto di politiche di coordinamento a lungo termine, il giudizio espresso dalla Commissione sull'intervento chiarificatore della Corte di Giustizia non è dei più confortanti. Si rileva come non sia sempre facile capire in che modo le libertà sancite dal Trattato vengono applicate nel complesso ambito della normativa fiscale. La giurisprudenza, infatti, è per lo più recente e in evoluzione e sconta le inevitabili carenze di un approccio casistico (v. *infra* cap. III). Pertanto è difficile per i contribuenti, le amministrazioni fiscali e i tribunali

---

<sup>182</sup> COM (2006) 823, del 19 dicembre 2006, *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno*, p. 6.

<sup>183</sup> V. le comunicazioni: COM(2006) 825def sulle normative di *exit tax*; COM(2010)769def (sugli ostacoli fiscali transfrontalieri); COM(2011)168 sulla tassazione dell'energia; COM(2011)594 che reca la proposta di direttiva sulle transazioni finanziarie; COM(2010)373 sulla rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori

nazionali comprendere pienamente le implicazioni delle sentenze o situarle in un quadro più ampio<sup>184</sup>.

Proprio a motivo di questa consapevolezza, il rapporto tra Commissione e Corte di Giustizia si configura in termini di costante dialogo: la giurisprudenza della Corte apre spesso orizzonti inesplorati per una rinnovata interpretazione del Trattato, mentre la Commissione adempie ad una duplice funzione di interpretazione attiva. Da un lato, svolge un'insostituibile opera di razionalizzazione degli orientamenti giurisprudenziali, individuando il filo rosso nella molteplice casistica giurisprudenziale. Il contributo offerto dalla Commissione si traduce in un impulso finalizzato a sfruttare fino alle conseguenze estreme le potenzialità del diritto comunitario, sia rispetto alle legislazioni nazionali, sia rispetto al diritto internazionale. Gli interventi nelle diverse cause all'attenzione della Corte tendono sempre a chiedere un'interpretazione estensiva delle libertà fondamentali del mercato unico, o a sottolinearne la prevalenza sul diritto internazionale pattizio<sup>185</sup>, evidenziando così l'importanza del "gioco di squadra" tra Commissione e Corte di Giustizia e la complementarità dei compiti di tali istituzioni in vista del consolidamento del diritto europeo.

Dall'altro lato, la collaborazione della Commissione è fattore necessario per formulare e chiarire coerenti linee d'azione del diritto comunitario, sulla base delle quali avanzare proposte per nuovi atti di armonizzazione positiva.

#### **2.4.4 Le ultime iniziative della Commissione specificamente mirate a contrastare la doppia imposizione.**

Nel 2011 si possono registrare alcune importanti iniziative che dimostrano come la Commissione sia attiva su più fronti per impostare una fiscalità neutrale ai fini del mercato interno. Merita una menzione particolare la comunicazione del novembre 2011, che rivela la chiara consapevolezza della necessità di fornire al problema della doppia imposizione una risposta sistematica e unitaria anche oltre il tema della tassazione dei dividendi, ma che, pur nella bontà delle intenzioni, non riesce a ipotizzare risposte

---

<sup>184</sup> «La Commissione ritiene che sui principi derivanti dalla giurisprudenza e sulla loro applicazione ai principali aspetti della tassazione diretta vi sia bisogno di orientamenti intesi a promuovere una maggiore certezza giuridica a vantaggio dei contribuenti, delle amministrazioni fiscali e dei tribunali nazionali». COM (2006) 823, *cit.*, p. 5.

<sup>185</sup> Per il primo aspetto, si veda il favore con cui la Commissione ha accolto, ad esempio, la sentenza *Verkooijen*, manifestato in COM (2003) 810. Per il secondo aspetto, si può fare riferimento al caso *Amurta*, in cui la Commissione è intervenuta a ricordare come uno Stato membro non possa invocare l'esistenza di una Convenzione al fine di sottrarsi ai propri obblighi (v. par. 74 della sentenza).

risolutive, in quanto continua a fare affidamento soltanto su strumenti tradizionali come le Convenzioni e le iniziative legislative della stessa Commissione, tralasciando le potenzialità offerte dal quadro costituzionale dell'Unione e dai principi ritraibili dall'integrazione negativa<sup>186</sup>. Proprio per questi motivi, in questa analisi, l'attenzione sarà rivolta in modo particolare ad altre iniziative, di immediato taglio pratico, quali la *public consultation* indetta sul tema della tassazione dei dividendi esclusi dal regime della Direttiva madre-figlia e la recente proposta di direttiva per l'adozione della CCCTB.

#### **2.4.4.1 Allo studio l'incidenza della doppia imposizione sui dividendi di portafoglio e versati a investitori persone fisiche.**

Il 28 gennaio 2011 la Direzione Generale Fiscalità della Commissione ha indetto una consultazione pubblica rivolta a tutti gli operatori giuridici europei (privati, imprese, professionisti, studiosi e amministrazioni) per raccogliere informazioni e suggerimenti in merito ai problemi di doppia imposizione evidenziati nella tassazione dei dividendi transfrontalieri relativi a partecipazioni di portafoglio o distribuiti a persone fisiche<sup>187</sup>.

L'interesse della Commissione verso tali argomenti si può far risalire già alla comunicazione del 2003 sulla tassazione dei dividendi ricevuti da persone fisiche<sup>188</sup>, che forniva indicazioni agli Stati membri sul modo di rendere i loro sistemi di imposizione sui dividendi percepiti da persone fisiche compatibili con il Trattato CE.

---

<sup>186</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, 11 novembre 2011, *Doppia imposizione nel mercato unico*, COM(2011) 712 definitivo. Si segnala, peraltro, l'interessante proposito di istituire un "forum dell'Ue sulla doppia imposizione", sul modello di quello già istituito in materia di prezzi di trasferimento.

<sup>187</sup> Commissione Europea, DG TAXUD, 28 gennaio 2011, *Public Consultation Paper – Taxation problems that arise when dividends are distributed across borders to portfolio and individual investors and possible solutions*.

<sup>188</sup> IP/04/25 dell'8 gennaio 2004, riferita al documento COM (2003) 810 del 19/12/2003. Da un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia si faceva emergere il principio per cui i sistemi fiscali degli Stati non devono dissuadere i singoli dall'investimento in azioni straniere prevedendo un'imposizione più gravosa dei dividendi in entrata o in uscita, a pena di porre in essere un'indebita restrizione alla circolazione dei capitali. La Commissione invitava pertanto gli Stati a trovare una soluzione per la rimozione degli ostacoli agli investimenti transfrontalieri evidenziati nella comunicazione. Gli Stati erano lasciati liberi di scegliere il tipo di imposta da prelevare così come il sistema d'imposizione da applicare. Tuttavia, la Commissione aveva preannunciato che, qualora gli Stati non avessero trovato soluzioni appropriate, si sarebbe vista obbligata a prendere in esame le discipline nazionali e ad intraprendere azioni giudiziarie nei confronti di quegli Stati che non avessero rispettato le libertà fondamentali del Trattato.

Al centro dell'indagine attuale sono, in particolare, i problemi causati dal prelievo su tali dividendi di ritenute alla fonte, le quali sono tradizionalmente utilizzate come strumento di ripartizione della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato della residenza, ma creano situazioni di doppia imposizione giuridica ed economica, di discriminazione dei soggetti non residenti e di distorsione degli investimenti.

L'attenzione è dunque rivolta ora a tutte le situazioni escluse dalla portata del regime della Direttiva madre-figlia, rendendo palese l'intento della Commissione di generalizzare la portata sistematica dei principi sottesi a tale provvedimento. In questo modo, la Commissione dimostra infatti di voler superare e abbattere i limiti applicativi della Direttiva, uscendo definitivamente dalla logica di gruppo che informava la versione originaria<sup>189</sup>, e affermando su un piano di sistema l'eliminazione della doppia imposizione come mezzo necessario per realizzare la neutralità societaria (dunque a prescindere dal possesso di partecipazioni qualificate) e, più in generale, la neutralità dei rapporti finanziari tra società e soci.

Il documento è interessante anche perché ripropone in una sintesi efficace i punti salienti del pensiero della Commissione relativo alla doppia imposizione: tale fenomeno, nella sua variante giuridica, deriva dall'esercizio parallelo di due o più giurisdizioni fiscali e pertanto non è di per sé illegittimo, mancando nell'ordinamento comunitario un obbligo degli Stati di adattare reciprocamente i propri sistemi fiscali per eliminare la doppia imposizione. Dal punto di vista economico, però, la doppia imposizione giuridica costituisce un ostacolo alle attività e agli investimenti transfrontalieri. Quanto alla doppia imposizione economica, essa diviene contraria al diritto comunitario soltanto nella misura in cui riflette una differenza di trattamento discriminatoria tra situazioni transfrontaliere e domestiche. Rimuovere le discriminazioni è infatti espressamente richiesto dal diritto dell'Unione, a meno che non ne sussista una valida giustificazione.

Alla discussione degli operatori europei, in particolare, vengono offerte come spunto alcune possibili soluzioni. Tra queste, l'abolizione delle ritenute nello Stato della fonte, l'attribuzione di un credito d'imposta integrale nello Stato della residenza, la tassazione al netto nello Stato della fonte, l'applicazione a livello europeo di una ritenuta in misura ridotta in combinazione con la previsione di uno scambio di informazioni tra amministrazioni, sono tutte soluzioni che raggiungono l'obiettivo di

---

<sup>189</sup> Verrebbe così coerentemente portato a compimento il processo evolutivo già emerso dalla graduale revisione della *ratio* della Direttiva (v. *supra* par. 2.2.2.1).

eliminare la doppia imposizione giuridica ma che lasciano sussistere quella economica. Per la Commissione, quest'ultima sarebbe eliminata, invero, solo prevedendo una limitazione dell'imposizione tanto nello Stato di residenza quanto nello Stato della fonte, ovvero combinando l'eliminazione della ritenuta alla fonte con l'esenzione del dividendo estero nello Stato di residenza (secondo il modello della Direttiva madre-figlia).

#### **2.4.4.2 Una svolta importante verso l'auspicata adozione di una base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB).**

Dopo dieci anni di lavoro segnati da un'alternanza di momenti positivi e momenti di stallo e difficoltà, la Commissione ha finalmente presentato il 16 marzo 2011 la prima proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società<sup>190</sup>.

L'idea di fondo, lanciata per la prima volta dalla Commissione con la comunicazione del 2001 per la rimozione degli ostacoli fiscali al mercato interno<sup>191</sup>, poi riaffermata a più riprese tra le linee strategiche dell'Unione, è alla base di un progetto titanico che mira a dare nuova vita all'ipotesi di un'armonizzazione comunitaria in tema di fiscalità diretta. Si fonda sulla consapevolezza che l'armonizzazione della base imponibile del reddito delle società renderebbe irrilevanti ai fini fiscali le operazioni infragruppo e risolverebbe tutta una serie di delicati problemi derivanti dalla ripartizione dei poteri impositivi tra Stati Membri, agevolando, in ultima analisi, la crescita dei gruppi multinazionali in Europa. Grazie ad una CCCTB, gli Stati Membri potrebbero infatti raggiungere in modo più efficiente gli obiettivi della loro politica fiscale, salvaguardando la propria base imponibile ed eliminando nel contempo le ipotesi di discriminazione e doppia imposizione, a tutto vantaggio delle persone fisiche e delle imprese<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> V. COM (2011) 121 definitivo del 16 marzo 2011.

<sup>191</sup> Più precisamente, nel documento SEC (2001) 1681, del 23 ottobre 2001, la Commissione aveva elaborato quattro principali modelli in materia della tassazione dei gruppi di società: *Home State Taxation*, *Common Corporate Consolidated Tax Base*, *European Union Corporate Income Tax*, *Single Compulsory Harmonised Tax Base*, che si distinguevano per livello di integrazione, complessità e livello di consenso politico richiesto per l'adozione.

<sup>192</sup> Così COM (2006) 823, che preannunciava l'intenzione della Commissione di presentare entro il 2008 una proposta legislativa generale; scadenza poi non rispettata. Nel preambolo all'attuale proposta di direttiva si legge inoltre che «L'approccio comune proposto garantirebbe la coerenza dei regimi fiscali nazionali senza armonizzare le aliquote d'imposta, sulle quali occorre al contrario incoraggiare una leale

Il progetto, del resto, è stato ampiamente osteggiato soprattutto a livello politico, in quanto l'approvazione di un provvedimento del genere, per di più nella forma di una direttiva, comporterebbe in primo luogo un trasferimento di competenze esclusive dagli Stati Membri in favore dell'Unione: una limitazione di sovranità funzionale ad un processo di armonizzazione, che farebbe del reddito delle società una materia armonizzata al pari delle imposte indirette<sup>193</sup>. Inoltre, l'indubbia attrattiva di questa soluzione per il mondo delle imprese (per dire solo alcuni dei vantaggi, si pensi alla compensazione delle perdite transfrontaliere e alla riduzione dei costi di conformità a diversi ordinamenti) sarebbe pienamente controbilanciata dai notevoli inconvenienti nell'ottica dei governi nazionali, in quanto la sua applicazione implicherebbe una sicura riduzione delle entrate tributarie. In altre parole, per eliminare le distorsioni fiscali del vecchio sistema ne verrebbero create delle nuove, come l'incentivo per i gruppi multinazionali a trasferire le proprie attività negli Stati che applicano aliquote inferiori. Di conseguenza, sarebbe intaccata la neutralità fiscale delle scelte imprenditoriali e gli Stati si troverebbero a competere al ribasso sulle aliquote, rifacendosi di tale perdita di gettito con l'aumento della pressione fiscale sul lavoro o sugli altri fattori della produzione<sup>194</sup>.

I motivi per cui la spinta propositiva iniziale si è per anni arenata sono dunque di carattere eminentemente politico, e tra essi si annovera anche l'affievolirsi del supporto dogmatico offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Al momento dell'iniziale proposta vi era, infatti, una piena fiducia nell'operato della Corte, che, nel pieno della propria fase espansiva, sembrava capace di rimuovere ogni ostacolo fiscale allo svolgimento di attività transfrontaliere. La consapevolezza di questo appoggio giurisprudenziale, in buona sostanza, avrebbe indotto la Commissione a presentare all'attenzione degli operatori comunitari un simile progetto, che si poneva in chiave di armonizzazione positiva complementare e integrativa rispetto all'integrazione negativa della giurisprudenza. All'opposto, il mutato atteggiamento della Corte negli ultimi anni, maggiormente aperto ad accogliere le giustificazioni degli Stati Membri, frenando l'espansione dei principi comunitari ed affermando la compatibilità comunitaria della

---

concorrenza». Per un'illustrazione autorevole dei profili salienti del progetto di CCCTB, si veda Kovács, L., *Le prospettive della CCCTB*, in *Rassegna Tributaria*, 2008, 3, p. 699.

<sup>193</sup> Sul punto v. Pistone, P., *Double Taxation: Selected Issues of Compatibility with European Law, Multilateral Tax Treaties and CCCTB*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union, cit.*, p. 207.

<sup>194</sup> Munin, N., *Tax in Troubled Time: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?*, in *EC Tax Review*, 2011, 3, p. 124.

doppia imposizione a determinate condizioni<sup>195</sup> (v. *infra* cap. III), avrebbe fatto dubitare alla Commissione della necessità di porre la realizzazione del progetto di CCCTB come una priorità.

Di questo nuovo corso della giurisprudenza, tuttavia, è stata offerta una diversa interpretazione. Se è vero che la Corte non ha condannato in certe ipotesi la doppia imposizione risultante dall'esercizio parallelo di più poteri statali, è vero anche che la Corte ha dichiarato di non poterlo fare rispetto al parametro della libera circolazione dei capitali. In presenza di una normativa di diritto derivato (come potrebbe essere proprio una direttiva sulla base imponibile del reddito societario), il risultato avrebbe forse potuto essere diverso. Tali pronunce potrebbero allora essere lette addirittura come una sottolineatura dell'importanza di introdurre nell'ordinamento nuovi elementi di diritto derivato che fungano da parametri di legittimità delle legislazioni nazionali<sup>196</sup>.

Probabilmente alla luce di queste considerazioni, nonché della semplificazione operata dal Trattato di Lisbona nelle procedure di cooperazione rafforzata (non è più richiesta una maggioranza qualificata per l'approvazione in Consiglio)<sup>197</sup>, la Commissione ha ritenuto che oggi i tempi siano maturi per una discussione concreta.

La disciplina attualmente proposta riveste un carattere solo opzionale nel rispetto del parametro comunitario della proporzionalità, non obbligando le società che svolgono esclusivamente un *business* domestico a sostenere un onere amministrativo per conformarsi a norme comuni se non ne ricavano effettivi benefici.

In particolare, gli obiettivi dichiarati della disciplina proposta sono: istituire un regime di regole comuni di calcolo della base imponibile delle società fiscalmente residenti nell'Unione e delle succursali europee di società di Paesi terzi; semplificare i rapporti con le amministrazioni con l'introduzione di uno sportello unico per le dichiarazioni dei redditi e gli accertamenti sui gruppi di società; consentire la compensazione delle perdite a livello internazionale; ridurre gli obblighi di conformità in materia di *transfer pricing*; ridurre i casi di

---

<sup>195</sup> Si vedano *inter alia* le sentenze: Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Keckhaert e Morres*; Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-67/08, *Block*; Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*; Corte di Giustizia, 15 aprile 2010, causa C-247/08, *CIBA*.

<sup>196</sup> Cerioni, L., *Postponement of the Commission's Proposal for a CCCTB Directive: Possible Ways Forward*, in *Bulletin for International Taxation*, 2010, 2, p. 99.

<sup>197</sup> Si ipotizza infatti che, in mancanza di unanimità rispetto all'adozione di una direttiva con portata globale, una soluzione potrebbe essere quella di introdurre la disciplina per un gruppo più ristretto di (almeno 9) Stati Membri, attivando a tal fine una procedura di cooperazione rafforzata ex artt. 326-334 TFUE.

doppia imposizione o imposizione eccessiva; arginare la pianificazione fiscale indebita che è facilitata dalla coesistenza di ventisette diversi regimi impositivi nell'Unione.

La Commissione pertanto, ancora una volta, rileva la doppia imposizione come un inconveniente derivante dall'interazione tra diversi sistemi nazionali non coordinati e, al tempo stesso, l'insufficienza delle Convenzioni a garantirne l'eliminazione nel quadro del mercato unico. La rete convenzionale, infatti, offre soluzioni pensate per un contesto internazionale bilaterale, inadeguate in un quadro strettamente integrato che pone l'eliminazione della doppia imposizione come un proprio primario obiettivo economico.

## **Parte III**

### **IL PERCORSO DELL'ARMONIZZAZIONE NEGATIVA: LA COSTRUZIONE DI UN SISTEMA.**

#### **3.1 Doppia imposizione e Corte di Giustizia: le varie fasi della giurisprudenza. L'impatto sui sistemi nazionali.**

Giunti a questo punto dell'indagine, si tratta ora di verificare come l'obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione sia declinato nella giurisprudenza. Essa rappresenta il motore più agile e flessibile di sviluppo dell'ordinamento comunitario, il quale sta assumendo progressivamente connotati sempre più vicini ad un sistema di *common law*. Data la rigidità e i limiti intrinseci dell'azione legislativa di integrazione positiva, la giurisprudenza gioca da alcuni decenni un ruolo di primo piano nell'interpretazione del Trattato e dunque nella definizione del contenuto delle libertà fondamentali così come nella declinazione concreta degli obiettivi dell'Unione.

La giurisprudenza europea è chiamata ad un compito estremamente delicato, in quanto, interpretando il Trattato, sta esplorando (o forse piuttosto definendo) i confini dell'influenza del diritto comunitario sugli ordinamenti nazionali. La dimensione del fenomeno è facilmente intuibile. L'impatto del diritto comunitario, nell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia, produce cambiamenti sostanziali nell'ordinamento tributario degli Stati Membri. Tutti i poteri dello Stato sono infatti chiamati a veicolare nel sistema interno le soluzioni del giudice comunitario: il legislatore, la prassi dell'amministrazione fiscale e ovviamente i giudici nazionali sono attori di questo processo, che produce l'effetto di un graduale svuotamento di contenuto della sovranità statale, senza tuttavia cancellarne formalmente la facciata<sup>198</sup>.

---

<sup>198</sup> Si vedano le riflessioni di Pistone, P., *The Impact of ECJ Case Law on National Taxation*, in *Bulletin for International taxation*, 2010, 8/9, p. 412 ss..

Il processo è in evoluzione e non ha ancora raggiunto lineamenti definitivi: quel che è certo, però, è che la chiave di volta sta nell'esatta delimitazione del concetto di "restrizione fiscale alle libertà di circolazione", proibita ai sensi del Trattato.

Come si è anticipato<sup>199</sup>, la giurisprudenza comunitaria più risalente in materia fiscale interpretava le libertà fondamentali come *leges speciales* rispetto al divieto di discriminazione posto dall'art. 12 (ora art. 18) del Trattato. In questa prima fase, le fattispecie esaminate riguardavano principalmente ipotesi di discriminazione indiretta basata sulla residenza dei contribuenti persone giuridiche (ad esempio, il trattamento delle stabili organizzazioni localizzate in altri Stati Membri<sup>200</sup>), ovvero il regime dei lavoratori frontalieri persone fisiche<sup>201</sup>.

Successivamente, la Corte cominciava ad estendere alle altre libertà – con gli adattamenti che si vedranno – le conclusioni raggiunte con riferimento alla libera circolazione delle merci, e, pertanto, ad interpretare le disposizioni sulle libertà fondamentali nel senso che esse proibivano non solo le discriminazioni, ma anche le restrizioni non discriminatorie. Oltre al trattamento fiscale riservato ai cittadini di uno Stato Membro negli altri Stati dell'Unione, dunque, questa seconda generazione di pronunce ha cominciato ad occuparsi di una casistica più ampia, relativa a fattispecie multiformi: il trattamento riservato alle società controllate da soggetti stranieri, o ai soggetti nazionali che controllassero società estere<sup>202</sup>. Ancora, la giurisprudenza ha affrontato il tema del trattamento meno favorevole delle attività transfrontaliere, che non derivi da un esercizio discriminatorio della potestà fiscale di un singolo Stato: anzi, spesso sono state analizzate situazioni in cui la legislazione interna ometteva di prendere in considerazione eventi favorevoli<sup>203</sup> o sfavorevoli al contribuente, verificatisi fuori dalla propria giurisdizione. In altre parole, il sindacato è stato esteso alle situazioni in cui un contribuente reclama l'applicazione del trattamento previsto per le situazioni meramente interne rispetto ad attività che presentano un collegamento con altre giurisdizioni e non sono dunque tassate nello Stato di residenza.

---

<sup>199</sup> V. *supra* cap. II, par. 2.3.2.

<sup>200</sup> Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*.

<sup>201</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

<sup>202</sup> Si vedano, rispettivamente, le sentenze Corte di Giustizia del 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*; e Corte di Giustizia del 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal Holding*. La Corte si è dunque occupata di verificare la portata concreta del diritto di stabilimento secondario, inteso come diritto di aprire in uno Stato Membro diverso da quello dello stabilimento primario un'agenzia ovvero una filiale o succursale.

<sup>203</sup> Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

Se quindi nella prima fase evidenziata si poteva individuare una tendenza a riconoscere l'esistenza di un divieto di doppia imposizione come principio generale, direttamente riconducibile al divieto comunitario di discriminazioni, nella seconda fase – confermata dalla giurisprudenza ormai consolidata – la considerazione del fenomeno della doppia imposizione è mutata e l'affermazione autonoma di un simile principio può dirsi sfumata. La doppia imposizione si configura oggi piuttosto come esempio paradigmatico di restrizione (o, talvolta, di quasi-restrizione: v. *infra*) alle libertà fondamentali.

Il passaggio da un approccio fondato sul concetto di discriminazione, cioè da un divieto normativamente sancito, ad uno fondato sul concetto di restrizione, cioè ad un divieto di elaborazione solo dottrinale, ha avuto per effetto un'iniziale fortissima espansione dell'impatto comunitario sui sistemi fiscali nazionali. In un secondo momento, però, la Corte ha preferito assumere responsabilmente un atteggiamento cauto di *self-restraint*, più attento alla salvaguardia di poteri sovrani degli Stati. Di conseguenza, un rilievo sempre maggiore nell'elaborazione giurisprudenziale ha assunto la tipizzazione delle cause giustificative.

È giusto tuttavia dare atto del fatto che, ai numerosi ed innegabili vantaggi dell'armonizzazione negativa, fanno da contrappunto aspetti problematici di non poco momento. E del resto, fin da ora si può accennare che l'operato così incisivo della Corte di Giustizia non è andato esente da critiche. In particolare, molti osservatori ritengono che la Corte agisca in eccesso di potere, invadendo le competenze e ledendo la sovranità fiscale degli Stati Membri. Con le proprie pronunce, essa si arrogherebbe, secondo alcuni, il diritto di ridisegnare gli ordinamenti tributari attuando una politica fiscale giurisprudenziale, e si servirebbe a tal fine, inevitabilmente, di strumenti giuridici inadeguati. La Corte, infatti, non può garantire la neutralità totale del mercato imponendo agli Stati di realizzare allo stesso tempo la neutralità all'importazione e all'esportazione dei capitali; inoltre, anche il divieto di discriminazione presenterebbe notevoli limiti sistematici, non potendo costituire il fondamento per una scelta di riparto dei poteri impositivi, la quale resta sempre e solo una scelta politica<sup>204</sup>. In questo modo,

---

<sup>204</sup> Graetz, M.J., Warren, A.C., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, in *Yale Law Journal*, 2006, vol. 115, p. 1219: Osservano gli autori che «*Prohibiting discrimination based on destination is ultimately inconsistent with prohibiting discrimination based on origin. This indeterminacy confirms the limits of non-discrimination as a tool for resolving basic issues of international taxation. The core tax policy issue here is the division of the tax base between source and residence countries, the resolution of which has depended more on compromise and practice than on any*

rischiano di passare in secondo piano esigenze di efficienza, equità e gestibilità del mercato, che pur dovrebbero concorrere a delineare le scelte del legislatore fiscale. Inoltre, la Corte viene criticata perché trascura completamente nelle proprie valutazioni la *ratio* di politica fiscale delle legislazioni nazionali sottoposte al suo scrutinio<sup>205</sup>.

Quanto alle modalità in cui si manifesta tale eccesso di potere, si pone anche un problema di coerenza. Da più parti, infatti, si rimarca l'incoerente applicazione da parte della Corte di Giustizia dei principi di territorialità e sovranità, da cui deriverebbe la creazione giudiziale di nuovi poteri impositivi. Ciò accade – si sostiene – quando il principio di territorialità viene riconosciuto dalla Corte solo nei confronti dei movimenti in entrata mentre, incoerentemente, non viene accettato quando invocato rispetto ai movimenti in uscita da uno Stato Membro. Sono portate ad esempio di questa asimmetria le pronunce in cui viene indicata come una restrizione anti-comunitaria la limitazione da parte di uno Stato della giurisdizione fiscale rispetto a certe operazioni transfrontaliere<sup>206</sup>.

Sulla stessa linea di pensiero, si collocano le voci di autori che sottolineano le contraddizioni nella giurisprudenza comunitaria, che non fa una coerente applicazione degli stessi principi, declinandoli in modo diverso a seconda della fattispecie considerata: ad esempio, si comprende solo alla luce di motivazioni politiche, e non certo giuridiche, il fatto che la Corte si preoccupi di tutelare gli Stati Membri contro il doppio utilizzo delle perdite transfrontaliere da parte dei contribuenti, ma non tuteli altrettanto i contribuenti contro la doppia imposizione giuridica da parte degli Stati Membri dei loro profitti. Tale soluzione pare inaccettabile nell'ottica di un mercato interno<sup>207</sup> (v. *infra*).

---

*overreaching principle. Regulating that division by reasoning from a principle of non-discrimination ultimately produces an incoherent result».*

<sup>205</sup> Graetz, M.J., Warren, A.C., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ makes Tax Policy*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, p. 1578.

<sup>206</sup> Classico esempio è dato dal problema della compensazione delle perdite transfrontaliere: generalmente lo Stato della società controllante, poiché non tassa le controllate estere in virtù del principio di territorialità, specularmente non consente nemmeno l'imputazione delle loro perdite. Al ricorrere di determinate condizioni, tuttavia, la giurisprudenza comunitaria ritiene che le libertà fondamentali richiedano la concessione di tale possibilità di imputazione. Rileva questa incongruenza Weber, D., *Is the limitation of tax jurisdiction a restriction of the freedom of movement? The ECJ should show more respect for the principle of territoriality and for its own basic assumptions*, in AA.VV., *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, a cura di Lang, M., e Vanistendael, F., 2008, EATLP International Tax Law Series. Peraltro, in senso opposto, si veda Vanistendael, F., *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedom?*, in *EC Tax Review*, 2008, 2, p. 53. Secondo questo autore, tutta la riflessione deve partire dal punto di vista che la sovranità fiscale degli Stati Membri non è né esclusiva né assoluta.

<sup>207</sup> Kofler G.W., Mason R., *Double Taxation: A European "Switch in Time"?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, 1, p. 8.

Già da questo primo accenno a tali problematiche, si comprende l'importanza di un'analisi in chiave critica dell'importante contributo della Corte di Giustizia all'armonizzazione negativa e la necessità di ricostruire il disegno unitario sotteso alla molteplicità delle decisioni. Con l'attenzione sempre rivolta a indagare la portata dell'obiettivo comunitario di eliminare la doppia imposizione, è dunque importante, in via preliminare, chiarire il significato dei concetti di discriminazione, restrizione e disparità, utilizzati o comunque presupposti nel linguaggio della Corte, per poi analizzare nel dettaglio il metodo seguito dalla giurisprudenza, nei suoi punti di forza e di debolezza, nonché le soluzioni che essa offre, con particolare riferimento al delicato equilibrio istituito nella suddivisione delle competenze tra l'Unione e gli Stati Membri, da un lato, e, dall'altro, i rispettivi ruoli assegnati allo Stato della fonte ed allo Stato della residenza nell'ambito delle situazioni di doppia imposizione internazionale, economica e giuridica: tutto questo allo scopo di individuare, conclusivamente, il significato attuale, vivente, dell'obiettivo di eliminazione della doppia imposizione.

### **3.2 La classificazione degli ostacoli fiscali al mercato: discriminazione, restrizione, disparità. Il problema della trasferibilità al campo fiscale dei principi elaborati per altri settori dell'ordinamento comunitario.**

Gli ostacoli alla creazione di un mercato interno posti dalla normative fiscali degli Stati Membri vengono tradizionalmente ricondotti alle due categorie di discriminazione e restrizione, come fenomeni che ledono l'esercizio delle libertà fondamentali. Sono due nozioni concettualmente distinte per natura e *ratio*, tali considerate tanto dalla dottrina quanto dalla giurisprudenza, e che dovrebbero pertanto trovare applicazione in situazioni differenti.

Spesso, però, non è facile tracciare tra esse una distinzione netta<sup>208</sup>, e questa difficoltà traspare anche nella terminologia usata dalla Corte, in cui si riscontra tra i due concetti una certa confusione. La ragione di ciò sta nel fatto che il Trattato stesso richiama a volte il principio di non discriminazione per descrivere alcune libertà, a volte il divieto di restrizioni per descriverne altre<sup>209</sup>.

---

<sup>208</sup> Lo riconosce anche l'AG Jacobs nelle sue conclusioni del 21 marzo 2002 per la causa C-136/00, *Danner* (par. 40): «È comunque difficile applicare rigorosamente la distinzione tra misure (direttamente o indirettamente) discriminatorie e misure non discriminatorie».

<sup>209</sup> Gli articoli del Trattato relativi alle libertà di circolazione dei servizi e dei capitali, ad esempio, si riferiscono genericamente alla proibizione di restrizioni alla libera prestazione dei servizi. Al contrario, la

È stato sostenuto che quello tra restrizione e discriminazione è un rapporto di *genus a species*, riconoscendo così alla restrizione la qualifica di categoria generale<sup>210</sup>. I termini del problema sono però più articolati e questa affermazione può oggi ritenersi vera solo optando per una definizione economica di restrizione, mentre vera non è se di questo concetto si privilegia una definizione in senso giuridico: in quest'ultimo caso, infatti, i concetti di discriminazione e restrizione tendono piuttosto a coincidere (v. *infra* par. 3.2.2).

Questa precisazione è importante perché introduce i termini della questione centrale nella riflessione attuale della giurisprudenza. La *summa divisio* tra discriminazione e restrizione mostra ormai i segni di una sua evidente debolezza: molte volte, infatti, non è in grado di fornire risposte adeguate alla complessità e molteplicità dei concreti ostacoli fiscali all'integrazione. Raccogliendo dunque le sollecitazioni formulate da alcuni Avvocati Generali e dalla dottrina, la Corte sta mettendo a punto una nuova classificazione degli ostacoli fiscali al mercato interno: ciò richiede, innanzitutto, che i tradizionali concetti di discriminazione e restrizione vengano rivisitati, e, secondariamente, che vengano riconosciute e qualificate altre ipotesi di ostacolo al mercato. Tra esse spiccano le ipotesi derivanti dall'assenza di armonizzazione positiva, e cioè causate dal concorso tra regole fiscali riconducibili a distinti ordinamenti sovrani.

### **3.2.1 La nozione di discriminazione nella giurisprudenza.**

Durante la prima fase attraversata dalla giurisprudenza (v. *supra* par. 3.1), le libertà erano interpretate come un corollario del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, per discriminazione intendendo «il diverso trattamento di situazioni simili, [o] il trattamento uguale di situazioni diverse»<sup>211</sup>. Nel campo fiscale, i termini della comparazione sono i trattamenti riservati rispettivamente ai residenti e ai non residenti dalla normativa di un singolo ordinamento nazionale. Come tratto costitutivo, dunque, la discriminazione deve sussistere all'interno dell'ordinamento del singolo Stato considerato e opera in senso univoco, in quanto consiste nella previsione

---

norma che sancisce la libera circolazione dei lavoratori fa espresso riferimento al divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità.

<sup>210</sup> Così Santiago, B., *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, p. 251.

<sup>211</sup> Questa definizione comunitaria del concetto di discriminazione risale ad una decisione del 1963 (causa C-13/63, *Italia c. Commissione*), e da essa la Corte non si è più discostata.

di un trattamento meno favorevole per i soggetti non residenti rispetto ai residenti, ma non viceversa.

A questa impostazione originaria conseguiva che le misure nazionali direttamente discriminatorie erano considerate giustificabili solo se lo Stato Membro poteva provare la loro riconducibilità ad una delle deroghe espressamente ammesse dal Trattato (ad esempio, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la salute pubblica) e la loro proporzionalità rispetto a tali obiettivi. Al contrario, le misure nazionali indirettamente discriminatorie<sup>212</sup> si potevano potenzialmente salvare qualora rientranti in una lista più ampia e non tassativa di "obiettive giustificazioni", variamente indicate dalla giurisprudenza come "motivi imperativi di interesse generale" o "di pubblico interesse". Tali giustificazioni venivano considerate dalla Corte caso per caso, ed erano comunque soggette al principio di proporzionalità.

Nel settore delle imposte dirette, questo approccio fondato sul concetto di discriminazione è stato proprio delle sentenze pronunciate fino alla metà degli anni Novanta. Tale metodo, in sostanza, si articolava in tre tappe: la Corte si interrogava innanzitutto sulla oggettiva comparabilità delle situazioni di residenti e non residenti, poi, in caso di risposta affermativa, sull'esistenza di una disparità di trattamento, e infine sulla sua eventuale giustificazione (v. *infra* par. 3.3). Alla base del ragionamento sta il principio di c.d. *market equality*, per cui due soggetti in situazioni oggettivamente comparabili devono essere liberi di competere nel medesimo mercato alle medesime condizioni.

Esempi di questo filone giurisprudenziale sono pronunce come *Avoir Fiscal e Schumacker*. *Avoir Fiscal*, in particolare, è la prima sentenza ad aprire un varco all'intervento della Corte di Giustizia in materia di imposizione diretta<sup>213</sup>: in assenza di una convenzione internazionale, lo Stato francese rifiutava di estendere il credito d'imposta sui dividendi esteri percepiti da società francesi anche ai dividendi esteri percepiti da succursali e stabili organizzazioni francesi di società con sede all'estero. Nell'applicazione di un trattamento differente a soggetti che si trovavano nella stessa situazione, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una discriminazione diretta fondata

---

<sup>212</sup> Per la distinzione tra discriminazioni dirette e indirette, v. *supra* cap. I. par. 1.3.1.

<sup>213</sup> Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione c. Francia (Avoir fiscal)*. Questa pronuncia, inoltre, contiene *in nuce* molte delle questioni centrali nel dibattito degli anni successivi: l'obbligo degli Stati di esercitare i propri poteri sovrani in conformità al diritto comunitario, le inevitabili disparità derivanti dalla coesistenza di sistemi fiscali non armonizzati, il rapporto tra diritto comunitario e Convenzioni contro la doppia imposizione.

sul luogo della sede sociale<sup>214</sup>. Nello stesso senso, l'AG Mancini aveva precisato che «in nessun modo l'esitazione del legislatore comunitario può eliminare l'obbligo degli Stati membri di applicare le loro normative fiscali in modo non discriminatorio»<sup>215</sup>.

Alla sentenza *Schumacker*<sup>216</sup>, però, va il merito di offrire una formulazione compiuta del divieto di discriminazioni applicato alla materia tributaria e delle sue conseguenze sull'esercizio della sovranità statale. Il signor Schumacker era cittadino belga, residente in Belgio con la sua famiglia, che percepiva però la quasi totalità del proprio reddito da fonte tedesca, tanto che in base alla Convenzione fra Belgio e Germania era assoggettato a tassazione solo in questo secondo Stato. Tuttavia in Germania egli veniva tassato secondo il regime dei non residenti: subiva ritenuta d'imposta da parte del proprio datore di lavoro, ma non aveva alcuna possibilità di far valere situazioni soggettive che avrebbero giustificato delle detrazioni d'imposta ove egli fosse stato un residente tedesco, o, ad esempio, olandese (vista la piena equiparazione del loro regime a quello dei residenti tedeschi in base alla Convenzione fra Germania e Paesi Bassi). In base alle circostanze del caso concreto, la Corte ritenne la situazione del signor Schumacker sostanzialmente identica a quella dei suoi colleghi residenti in Germania, rilevando così l'esistenza di una discriminazione di natura fiscale: a parità di condizione rispetto ai residenti tedeschi, egli infatti non poteva far ricostruire la propria situazione personale e l'effettiva capacità contributiva.

Il divieto di discriminazioni si traduce dunque in un limite all'esercizio discrezionale della potestà impositiva, condizionando il diritto degli Stati Membri a determinare modalità e presupposti per l'assoggettamento a tassazione dei redditi percepiti dai non residenti<sup>217</sup>.

### **3.2.2 L'evoluzione della categoria di restrizione: criticità.**

In seguito, alcune sentenze (non in materia fiscale) hanno cominciato a non condividere più l'idea che fosse necessario riscontrare una discriminazione in senso stretto per integrare una violazione degli articoli del Trattato. Piuttosto la verifica da effettuare era se la misura nazionale di volta in volta impugnata fosse suscettibile di

---

<sup>214</sup> «Per le società ... la sede serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato» (par. 18). V. l'analisi di Pistone, P., *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, op. cit., p. 104 e ss..

<sup>215</sup> Conclusioni dell'AG Mancini per la causa C-270/83, punto 6b.

<sup>216</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-80/94, *Schumacker*.

<sup>217</sup> V. paragrafo 24 della sentenza.

ostacolare o restringere l'esercizio delle libertà fondamentali, benché non qualificabile come discriminatoria. Nell'ambito di questo secondo approccio, basato sul concetto di restrizione, il metodo si sviluppa in due fasi: per prima cosa la Corte verifica se la misura impugnata ostacola o anche solo rende meno attraente l'esercizio di una libertà, prescindendo dalla comparazione tra due distinte situazioni. Quindi, riscontrato l'ostacolo, ne cerca l'eventuale giustificazione. Secondo questa visione, una discriminazione diretta è giustificabile solo nell'ambito delle deroghe espresse previste dal Trattato, mentre la più ampia categoria delle "obiettive giustificazioni" si applica a tutti gli altri tipi di restrizione.

Questa svolta ha segnato, a partire dalla metà degli anni Novanta, il punto di partenza di un'interpretazione estensiva delle libertà fondamentali, tale da far rientrare nel loro ambito di applicazione un gran numero di casi che altrimenti sarebbero sfuggiti al vaglio comunitario perché non integravano gli estremi di una discriminazione. Sono esemplificative di questo nuovo corso sentenze come *Saint Gobain*, *Verkooijen* e *Manninen*, pietre miliari della costruzione fiscale elaborata dalla Corte di Giustizia.

Nella pronuncia *Saint Gobain*<sup>218</sup>, per la prima volta, l'esistenza di un ostacolo alla libertà di stabilimento secondario è ritenuta motivo sufficiente per censurare una normativa nazionale. La disciplina tedesca che differenziava il trattamento delle società controllate e delle stabili organizzazioni di società non residenti veniva censurata non perché discriminatoria, ma perché non era neutra rispetto alle scelte imprenditoriali di una società non residente<sup>219</sup>.

Nelle due pronunce *Verkooijen*<sup>220</sup> e *Manninen*<sup>221</sup> la Corte ha esplorato invece le potenzialità del concetto di restrizione con riferimento alla libera circolazione dei

---

<sup>218</sup> Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*. La stabile organizzazione tedesca di una società francese controllava un gruppo di società tedesche e, per il tramite di queste, altre società situate in altri Stati Membri e non. La ricorrente lamentava la lesione del proprio diritto di stabilimento in quanto la legislazione tedesca vigente all'epoca dei fatti negava alla stabile alcune agevolazioni fiscali, concesse invece alle società controllate, per evitare la doppia imposizione economica scontata dai dividendi di fonte estera. Il giudice comunitario riconosce le ragioni della ricorrente facendo leva sul fatto che «il diniego delle agevolazioni fiscali di cui trattasi ai centri di attività stabili situati in Germania di società non residenti *rende meno interessante*, per queste ultime, il possesso di partecipazioni attraverso succursali tedesche, considerato il fatto che ... degli sgravi possono fruire solo le controllate tedesche le quali, in quanto persone giuridiche, sono soggette a un obbligo fiscale illimitato, cosa che limita la libertà riconosciuta espressamente agli operatori economici dal Trattato di scegliere la forma giuridica adeguata per lo svolgimento di attività in un altro Stato membro».

<sup>219</sup> La Corte, comunque, si dimostra qui ancora condizionata dal metodo della discriminazione: imposta infatti il giudizio sulla comparazione tra la posizione di una controllata e di una stabile organizzazione.

<sup>220</sup> Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*. Il sistema olandese di imposizione dei dividendi concedeva un'esenzione per i primi 1.000 fiorini che si applicava solo ai dividendi percepiti da società con sede nei Paesi Bassi, e non a quelli percepiti in virtù della partecipazione a società straniere. Il signor Verkooijen, azionista di una società con sede in Belgio, chiedeva l'applicazione dell'esenzione

capitali e, specificamente, a due discipline nazionali volte ad eliminare solo internamente gli effetti della doppia imposizione economica dei dividendi percepiti da persone fisiche. Dalle due decisioni emerge che la doppia imposizione economica scontata dai dividendi di fonte estera costituisce un'inammissibile restrizione alla circolazione dei capitali se nelle analoghe situazioni interne sono previsti meccanismi per la sua eliminazione<sup>222</sup>.

La nuova impostazione è supportata dall'intervento dell'AG Kokott, che ha ricordato come «ogni provvedimento che renda più oneroso o meno attraente il trasferimento transfrontaliero di capitali e sia pertanto tale da distogliere da questo l'investitore costituisce una restrizione alla libera circolazione dei capitali» e di riflesso «rende anche più gravosa per le imprese straniere l'acquisizione di capitali sul mercato» dello Stato interessato<sup>223</sup>.

Questi esempi valgono a dimostrare come le regole del diritto comunitario assumano la valenza di garanti della neutralità fiscale; in altri termini, una legislazione nazionale è incompatibile con le libertà fondamentali anche solo se suscettibile di disincentivarne l'esercizio. La concezione di restrizione applicata in queste pronunce è la più ampia possibile.

L'impatto di simili pronunce è indubbiamente molto forte, tanto sul piano finanziario<sup>224</sup>, quanto sul piano giuridico. Basta pensare che né il diritto internazionale né il diritto comunitario<sup>225</sup> impongono agli Stati un vero e proprio "obbligo" di eliminare la doppia imposizione. Se tuttavia lo Stato di residenza decide di non eliminare la doppia imposizione allo stesso modo per i dividendi esteri e quelli

---

anche per i propri dividendi di fonte belga, ritenendo che la limitazione ai soli dividendi interno costituisse un ostacolo alla libera circolazione dei capitali. Le sue ragioni sono state condivise dalla sentenza della Corte europea, che ha anche negato la giustificazione della coerenza sistematica.

<sup>221</sup> Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*. Al vaglio della Corte il sistema finlandese per la prevenzione della doppia imposizione economica sugli utili distribuiti da società nazionali a soci finlandesi: costoro ricevevano un credito corrispondente alla quota dell'imposta versata dalla società. Lo stesso credito non veniva però accordato in relazione ai dividendi distribuiti da società non residenti: era questa la situazione del signor Manninen, titolare di azioni di una società svedese, che gli versava dividendi già tassati in Svezia a titolo dell'imposta sulle società.

<sup>222</sup> Si noti peraltro che in queste due pronunce già riemerge – seppur in veste rinnovata – l'elemento della comparazione.

<sup>223</sup> V. paragrafi 28 e 33 delle conclusioni dell'AG, presentate il 18 marzo 2004.

<sup>224</sup> Ad esempio, la Corte, laddove impone agli Stati Membri che eliminano la doppia imposizione interna concedendo un credito d'imposta di accordare tale credito anche per i dividendi esteri, in sostanza chiede allo Stato di residenza di farsi carico "economicamente" dell'imposta sulle società prelevata in un'altra giurisdizione.

<sup>225</sup> L'inesistenza di un siffatto obbligo allo stato attuale dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario è sottolineato in molte sentenze, anche tra le più recenti. Si veda ad esempio, Corte di Giustizia CE, 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*, ai punti 22 e 23.

nazionali, questa scelta viene stigmatizzata dalla Corte di Giustizia come “restrizione suscettibile di ostacolare” la libertà di circolazione dei capitali. Senza nemmeno la possibilità per gli Stati di giustificarsi attraverso il richiamo alla spartizione di poteri impositivi concordata con gli altri Stati sul piano internazionale.

Un approccio così rigoroso ha in sé la potenzialità di travolgere dalle fondamenta l’ordinamento tributario degli Stati Membri. Non si riesce nemmeno a immaginare, infatti, un sistema tributario che in nessun senso risulti lesivo del diritto comunitario<sup>226</sup>. Solo un’armonizzazione positiva potrebbe, infatti, neutralizzare gli inconvenienti che risultano dalla coesistenza di sistemi nazionali sovrani. Proprio alla luce di ciò, grandi perplessità hanno accompagnato la trasposizione al campo delle imposte dirette di un divieto di restrizioni che pare difficilmente conciliabile con il principio di sovranità fiscale e con la coesistenza all’interno dell’Unione di molteplici sistemi fiscali tra loro diversi. Molti commentatori, allarmati del ruolo politico progressivamente assunto dalla Corte, hanno denunciato i rischi di una giurisprudenza così aggressiva<sup>227</sup>.

In particolare, la sovranità viene minata nella misura in cui sono stigmatizzate come restrizioni quelle che sono scelte discrezionali rimesse alla potestà sovrana dei legislatori, frutto della peculiare situazione economica, sociale e politica di ciascuno Stato: è quanto accaduto negli esempi giurisprudenziali appena ricordati in tema di doppia imposizione economica, ma il problema riguarda anche altri temi delicati come la scelta dei criteri di collegamento e la ripartizione dei poteri impositivi tra Stati. Il diritto comunitario finisce per interferire non solo con le modalità di esercizio della sovranità ma anche con i suoi stessi contenuti, imponendo agli Stati di tenere conto di elementi esterni alla loro giurisdizione nel disegnare i lineamenti dei propri sistemi interni.

I limiti di un metodo casistico fanno poi sorgere gravi problemi di certezza del diritto, dal momento che gli Stati sono costretti a fornire giustificazioni caso per caso in relazione a presunte restrizioni che nulla hanno a che fare con le regole del mercato interno e riguardano invece la loro sovranità tributaria. Il prezzo che si paga è alto soprattutto in termini di prevedibilità delle pronunce e di possibilità di pianificazione dei sistemi fiscali nazionali in conformità ai principi comunitari.

---

<sup>226</sup> V. sul punto Kingston, S., *A light in the darkness: recent developments in the ECJ’s direct tax jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1331.

<sup>227</sup> Weber, D., *In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC*, in *Intertax*, 2006, p. 585 ss..

Riassumendo i rischi insiti in questo approccio, l'AG Mischo osservava – in tempi ormai lontani – il paradosso per cui «non bisogna arrivare ad un punto in cui gli Stati Membri siano tenuti a giustificare come “norma imperativa” qualsiasi tipo di disposizione presente nella propria legislazione interna, ad esempio le aliquote dell'imposizione societaria o le aliquote IVA, che siano maggiori che altrove», ogni volta che un contribuente contesti che tale disposizione rende meno attraente l'esercizio di una libertà fondamentale<sup>228</sup>.

La Corte di Giustizia ha cominciato a recepire queste diffuse preoccupazioni. E pertanto nelle sentenze più recenti è interessante notare un nuovo approccio, che si muove proprio nella direzione di circoscrivere la nozione di restrizione, guidata da un'accresciuta sensibilità nei confronti della salvaguardia della sovranità degli Stati.

### **3.2.3 (segue) Restrizioni in senso economico e in senso giuridico.**

Alla luce di tutti questi problemi, è emersa con urgenza la necessità di razionalizzare i concetti usati nella giurisprudenza non sempre in modo coerente. Più di tutto, si è avvertita l'esigenza di individuare l'esatta portata della nozione di restrizione, di cui sono state fornite due possibili interpretazioni<sup>229</sup>.

Da un lato, si può ricostruire la nozione di restrizione in senso economico, in linea con la giurisprudenza della Corte in materia non fiscale. In questa accezione, “restrizione” è qualsiasi misura che renda le attività transfrontaliere meno attraenti per gli operatori del mercato nazionale. Questo concetto molto lato comprende anche, ad esempio, i casi di mancato sgravio dalla doppia imposizione giuridica in assenza di una convenzione, come anche tutti i tipi di restrizione in senso lato derivanti dalla ripartizione della potestà tra Stati. Data l'ampiezza delle fattispecie che vi possono rientrare, può essere eliminata solo attraverso misure di armonizzazione legislativa da parte del legislatore comunitario. A differenza della discriminazione, che origina dalle norme di un singolo ordinamento, la restrizione in senso economico nasce dalla combinata applicazione di due distinti sistemi nazionali.

Dall'altro lato, pare possibile ricostruire una nozione di restrizione in senso giuridico, che meglio si attaglia a risolvere le questioni inerenti alla fiscalità diretta. Il

---

<sup>228</sup> AG Mischo, conclusioni rese nella causa C-255/97, *Pfeiffer* (par. 91).

<sup>229</sup> Zalasinski, A., *The Limits of the EC Concept of 'Direct Tax Restriction on Free Movement Rights', the Principles of Equality and Ability to Pay, and the Interstate Fiscal Equity*, in *Intertax*, 2009, 5, p. 288.

punto di riferimento di questa definizione si rinviene nelle conclusioni dell'AG Alberse nella causa *Bosal Holding*<sup>230</sup>. Questa seconda accezione è più ristretta e si traduce, proprio come la discriminazione, in un concetto di relazione. Essa presuppone, cioè, una differenza di trattamento a svantaggio dei contribuenti coinvolti in attività transfrontaliere, o, più in generale, che si avvalgono dei diritti comunitari di libera circolazione, all'interno delle norme di un solo ordinamento.

Il rapporto tra queste due definizioni è nel senso che la prima costituisce rispetto alla seconda una categoria residuale: ogni svantaggio economico, diverso da una mera disparità di trattamento tra attività domestiche e transfrontaliere, deve essere qualificato come restrizione in senso economico. Ad esempio, il diniego di un vantaggio fiscale da parte di uno Stato, giustificato dall'assenza del potere impositivo dello Stato stesso sulla fattispecie, non costituisce una restrizione in senso giuridico (la situazione del residente e del non residente non sono paragonabili), ma può comunque essere qualificata come restrizione in senso economico.

Benché in campo tributario privilegi perlopiù la nozione giuridica di restrizione, la Corte di Giustizia spesso non applica fino in fondo le conseguenze di questa impostazione. In particolare, non sembra rispettare coerentemente i limiti del potere impositivo degli Stati, e accade talvolta che ritenga in linea di principio vietate dal Trattato le restrizioni derivanti da tali limiti. Questa commistione tra i due approcci alla restrizione è all'origine di molte pronunce contraddittorie. L'interpretazione del divieto di restrizione che emerge dalla sentenza *Bosal Holding*, ad esempio, postula un uguale trattamento delle situazioni domestiche e transfrontaliere a prescindere dalle limitazioni alla giurisdizione fiscale coerenti con il principio di territorialità<sup>231</sup>.

Analoghe contraddizioni si riscontrano nella soluzione data dalla Corte a fattispecie di doppia imposizione economica dei dividendi (v. sentenza *Manninen*): qui, lo Stato che allevi la doppia imposizione interna concedendo al socio un credito per la sottostante imposta prelevata sulla società, viene richiesto di garantire lo stesso trattamento anche per i dividendi versati da società estere, che nello Stato di residenza del socio non hanno subito alcun prelievo. La Corte dunque opera un giudizio comparativo, ma ignora le conseguenze di una coerente applicazione del principio di territorialità. In questo aspetto è forte il contrasto con i principi del diritto internazionale classico.

---

<sup>230</sup> Conclusioni dell'AG Alber del 24 settembre 2002, per la causa C-168/01, *Bosal Holding*.

<sup>231</sup> Corte di Giustizia del 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal Holding*, par. 39.

### **3.2.4 Le disparità o quasi-restrizioni. La discussa applicabilità del principio non fiscale del mutuo riconoscimento.**

La categoria delle restrizioni in senso economico comprende tutta quella serie di ostacoli fiscali alla realizzazione del mercato europeo che derivano dall'inevitabile coesistenza di tanti diversi ordinamenti quanti sono gli Stati Membri, e, più precisamente, dal concorso di regole appartenenti a diversi ordinamenti sovrani sulla stessa fattispecie imponibile. Si tratta di restrizioni per così dire "fisiologiche", in quanto sono inevitabili in mancanza di una competenza diretta dell'Unione nel settore fiscale. Nonostante l'origine diversa dalle restrizioni in senso giuridico, l'effetto di queste restrizioni è pur sempre quello di impedire la piena esplicazione delle libertà fondamentali.

Tale ripartizione tra restrizioni in senso giuridico e in senso economico rispecchia la distinzione tra restrizioni vere e proprie e disparità (o "quasi-restrizioni"), fatta dall'AG Geelhoed nelle conclusioni da lui presentate nel 2006 in quattro procedimenti dinanzi alla Corte in materia di tassazione dei dividendi<sup>232</sup>. Di questa seconda categoria è utile, innanzitutto, analizzare le ipotesi riconosciute e la loro natura, per poi verificare se sussiste una qualche competenza dell'Unione (e, segnatamente, della Corte di Giustizia) per provvedere alla loro eliminazione.

Quanto al primo aspetto, sono classificati tra le disparità gli oneri di conformità amministrativa, più elevati per gli operatori economici transnazionali, causati dalla giustapposizione di più amministrazioni tributarie nazionali. Ancora, vengono in considerazione le naturali divergenze tra i vari sistemi fiscali. È evidente infatti che i sistemi fiscali nazionali «sono tagliati a misura della situazione macroeconomica specifica di uno Stato Membro in un determinato momento» e che le scelte stesse di politica economica degli Stati possono essere sostanzialmente diverse<sup>233</sup>. Fino a che, insomma, l'integrazione delle economie nazionali all'interno dell'Unione non sarà

---

<sup>232</sup> Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*; 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*; 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit*.

<sup>233</sup> Si tratta di scelte che hanno un impatto sulle aliquote d'imposta (ad esempio, aliquote più alte saranno fissate se l'obiettivo è migliorare l'offerta di servizi pubblici), così come sui metodi scelti per alleviare la doppia imposizione economica (uno Stato che prevede aliquote molto elevate opererà in genere per un sistema di credito d'imposta).

effettiva, le naturali divergenze tra i sistemi provocheranno effetti distorsivi incidenti sugli investimenti, sull'impiego e sulle decisioni di stabilimento<sup>234</sup>.

Ma la forma di quasi-restrizione sicuramente più problematica è quella che deriva dalla "dislocazione della base imponibile", ossia dalla ripartizione tra gli Stati della giurisdizione fiscale sui redditi degli operatori economici transfrontalieri. Gli eventuali svantaggi che si creano non sono propriamente forme di discriminazione, perché sono originati dalla coesistenza di sistemi tributari distinti e non da norme di un unico ordinamento (v. *supra*).

Quanto al secondo aspetto, ossia alla possibilità di contrastare questo tipo di restrizioni con strumenti comunitari, si contrappongono in dottrina visioni differenti.

Secondo un primo filone, l'origine fisiologica delle disparità in un contesto non armonizzato dimostrerebbe che esse esulano dal campo di applicazione delle libertà fondamentali. Queste ultime si limiterebbero, pertanto, a contrastare i fenomeni in senso lato discriminatori originati dalle disposizioni fiscali di ogni ordinamento nazionale, singolarmente considerato<sup>235</sup>. La Corte di Giustizia non potrebbe ingerirsi nella ripartizione e nell'allocazione dei poteri impositivi tra Stati Membri: un'azione in questo senso richiede infatti un'estrema coerenza, in modo da offrire agli Stati la certezza e la prevedibilità nella risoluzione delle controversie. L'attuale diritto comunitario non fornisce alla Corte gli strumenti per portare avanti una simile operazione e dunque le libertà non possono essere utilizzate "contro" la sovranità statale.

Su questa linea, ad avviso dell'AG Geelhoed «occorre ricordare che, sebbene le restrizioni derivanti dalle divergenze tra i sistemi nazionali non ricadano nell'ambito delle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione, ciò non significa che esse siano in via di principio escluse dal campo di applicazione del Trattato»<sup>236</sup>. Al contrario, per

---

<sup>234</sup> Per usare le parole della Corte: «il Trattato Ce non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutrale sotto il profilo fiscale» (Corte di Giustizia, 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*, par. 45).

<sup>235</sup> In dottrina, Kofler, G., *Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 97 ss.; v. anche Bellingwout, J., *Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed*, in *European taxation*, 2008, 3, p. 124.

<sup>236</sup> Conclusioni del 23 febbraio 2006, per la causa C-374/04, *Test Claimants IV of the ACT GL*, par. 47. Nello stesso senso si esprime l'AG Maduro, per cui «in mancanza di armonizzazione delle legislazioni nazionali in tale settore, le difficoltà che derivano per gli operatori economici da semplici divergenze tra i regimi fiscali degli Stati membri esulano dall'ambito del Trattato. In particolare, [...] le disparità di trattamento derivanti dalle divergenze tra le legislazioni degli Stati membri non costituiscono discriminazioni vietate dal Trattato» (conclusioni del 7 aprile 2005 per la causa C-446/03, *Marks & Spencer*, par. 23).

l'AG, le delicate questioni di politica economica e fiscale sollevate da questo tipo di disparità richiedono l'intervento qualificato del legislatore, che può adottare misure di armonizzazione, o della Commissione, che può agire al fine di evitare distorsioni della concorrenza. Si comprende allora come la ripartizione elaborata dall'AG sia dettata proprio dalla preoccupazione di circoscrivere la sfera di applicazione delle libertà comunitarie per non intaccare oltre misura la sovranità statale. Allo stato attuale del diritto comunitario, infatti, non si può configurare alcun condizionamento al potere degli Stati di stabilire liberamente i criteri di ripartizione della competenza tributaria<sup>237</sup>, che sono tradizionalmente la tassazione universale dei residenti e la tassazione su base territoriale dei non residenti, salva la competenza della Corte a valutare caso per caso l'esistenza di una violazione delle libertà di circolazione nella forma di una restrizione in senso giuridico.

Queste conclusioni si ispirano al principio di territorialità dell'imposizione e sostengono un approccio *per country*, in base al quale ogni Stato Membro è libero di impostare il proprio sistema fiscale senza dover tenere in conto i sistemi degli altri Stati (le loro aliquote e i tipi di imposte prelevate).

Tra le applicazioni giurisprudenziali di questo nuovo approccio, merita una particolare menzione quella contenuta nella sentenza *Kerckhaert e Morres* proprio in materia di tassazione dei dividendi. Si notano qui gli effetti del nuovo ragionamento seguito dalla Corte, che porta allo stravolgimento delle conclusioni raggiunte dalla sentenza *Manninen* pochi anni prima, e separa definitivamente, nel pensiero della Corte di Giustizia, le sorti della doppia imposizione economica e giuridica. Se nel caso *Manninen* era stato dichiarato l'obbligo dello Stato di residenza di estendere ai dividendi di fonte estera i metodi interni di sgravio della doppia imposizione economica, nel secondo caso, al contrario, la doppia imposizione giuridica subita dai dividendi in entrata non è stata giudicata incompatibile con il diritto comunitario. La contraddizione tra le due pronunce, peraltro, è soltanto apparente: nel primo caso, infatti, il maggior carico sopportato dai dividendi esteri derivava da un regime discriminatorio presente nella normativa dello Stato di residenza, mentre nel secondo

---

<sup>237</sup> E la Corte ha più volte ammesso tale limite: v. la sentenza *Gilly* (causa C-336/96), dove si riconosce che le differenze di trattamento tra residenti e non residenti «discendono, in mancanza di misure di armonizzazione nell'ambito comunitario, (...) dalla competenza che hanno le parti contraenti a stabilire, al fine di eliminare le doppie imposizioni, i criteri di ripartizione fra esse del loro potere impositivo».

caso era la conseguenza del parallelo esercizio della sovranità fiscale di due Stati<sup>238</sup>. In altre parole, da questa giurisprudenza si evince che la doppia imposizione economica resta legata al concetto di discriminazione, mentre quella giuridica viene ricondotta alla categoria delle “quasi-restrizioni” (v. *infra* par. 3.2.5), in quanto «allo stato attuale il diritto comunitario non stabilisce criteri generali per la ripartizione della competenza ai fini dell’eliminazione della doppia imposizione all’interno della Comunità».

Un secondo filone, invece, non condivide un simile approccio restrittivo, e propone l’applicazione delle libertà in chiave globale (*overall*). Si parte dall’assunto che le disparità derivanti da un esercizio parallelo ma non discriminatorio dei poteri impositivi creano, al pari delle restrizioni discriminatorie, effetti di pesante intralcio allo sviluppo del mercato. Questa constatazione sarebbe sufficiente a legittimare un intervento sulla materia in virtù del principio del primato del diritto comunitario. E le libertà fondamentali sono proprio gli strumenti messi a disposizione della Corte di Giustizia per eliminare tutti questi ostacoli fiscali, compresi i fenomeni di doppia imposizione giuridica ed economica o i doppi oneri di carattere amministrativo<sup>239</sup>. In ultima analisi, questo secondo approccio sostiene la necessità che la Corte di Giustizia applichi il concetto di restrizione in senso economico (v. *supra*).

Altri autori sottolineano le incongruenze della giurisprudenza, che non applica criteri uniformi a tutte le fattispecie. In quest’ottica, sarebbe logico, ad esempio, che la Corte estendesse alla doppia imposizione le stesse conclusioni raggiunte sul tema della compensazione delle perdite transfrontaliere, dove, a determinate condizioni, vengono eliminate restrizioni derivanti dalla combinazione di due distinti ordinamenti. Si dovrebbe cioè riconoscere che è contrario al diritto comunitario il cumulo di

---

<sup>238</sup> Corte di Giustizia CE, 14 novembre 2006, C-513/04, *Kerckhaert e Morres*, par. 20. La questione pregiudiziale verteva sulla compatibilità col diritto comunitario del sistema belga di tassazione dei dividendi, domestici e transfrontalieri, in capo ad azionisti persone fisiche, ad un’unica aliquota pari al 25%, senza possibilità di scomputare l’eventuale ritenuta alla fonte subita nel Paese di provenienza. I coniugi Kerckhaert e Morres ricevevano da una società francese dividendi soggetti a ritenuta alla fonte pari al 15%. Chiedevano perciò di poter decurtare l’imposta da loro dovuta in Belgio dell’importo corrispondente a detta ritenuta, in conformità a quanto previsto dalla Convenzione franco-belga, ma in contrasto con le ultime modifiche della legislazione domestica, che negavano tale beneficio agli investitori privati. Lo Stato di residenza, cioè, non si preoccupava di eliminare la doppia imposizione giuridica degli utili in entrata da altri Stati membri, derivante dalla ritenuta subita nello Stato della fonte. La Corte concluse per la compatibilità della disciplina belga col quadro comunitario della libera circolazione di capitali. Venne escluso il riferimento alla giurisprudenza *Manninen* e *Verkooijen*, sostenendo che la legislazione belga non effettuava alcuna discriminazione formale, poiché applicava la stessa aliquota a situazioni tra loro obiettivamente paragonabili.

<sup>239</sup> Vanistendael, F., *Does the ECJ have the power to build a tax system*, cit. p. 61.

imposizione derivante dall'esercizio congiunto di due giurisdizioni, le quali finiscono per sovrapporsi in quanto applicano entrambe un principio extraterritoriale<sup>240</sup>.

Un'altra possibilità per eliminare gli effetti distorsivi di queste disparità fisiologiche presenti nel Mercato Unico sarebbe quella di estendere al settore della fiscalità diretta il principio di mutuo riconoscimento elaborato dalla Corte per risolvere i casi di sovrapposizione svantaggiosa di norme di ordinamenti diversi nel campo della libera circolazione di beni e servizi<sup>241</sup>. In base a questo principio viene assicurata la prevalenza della legislazione dello Stato di origine del bene, e lo Stato di destinazione in cui tale bene viene importato è tenuto a disapplicare la propria legislazione per riconoscere invece quella dello Stato di origine, salvo l'esistenza di prevalenti motivi di pubblico interesse per non farlo<sup>242</sup>.

La proposta<sup>243</sup> è stata avanzata come possibile risposta comunitaria al problema della doppia imposizione. Se l'ipotesi interpretativa è certamente interessante, non si possono tuttavia misconoscere le obiezioni di chi propende per la sua esclusione<sup>244</sup>. In campo fiscale, si pone innanzitutto un problema di riconoscibilità delle norme di uno Stato in un altro ordinamento sovrano.

Inoltre, un principio del genere integra una sostanziale violazione della sovranità dello Stato "di destinazione". Esso, del resto, è stato applicato dalla Corte di Giustizia proprio nei settori dove preservare la sovranità degli Stati non è un'esigenza pressante<sup>245</sup>. In materia di fiscalità l'operazione andrebbe eseguita con estrema prudenza per i suoi evidenti risvolti politici<sup>246</sup> e sarebbe, in fin dei conti, sconsigliabile<sup>247</sup>: la

---

<sup>240</sup> Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law as a Right to Most-Favoured Nation Treatment and a Prohibition of Double Taxation*, in AA.VV., *The Influence of European Law on Direct Taxation. Recent and Future Developments*, a cura di Dennis Weber, Kluwer Law International, 2007, p. 125. L'autore sottolinea anche come una soluzione del genere sarebbe in linea con quella di ordinamenti federali come gli Stati Uniti, in cui il verificarsi di un cumulo di imposte applicate da Stati diversi è assunto ad indicatore della natura incostituzionale del prelievo.

<sup>241</sup> V. Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*.

<sup>242</sup> La giurisprudenza sul principio di mutuo riconoscimento si è dimostrata molto efficace nel garantire l'effettività della libera circolazione delle merci e nel creare una concorrenza virtuosa tra le legislazioni nazionali, stimolandone anche un'armonizzazione spontanea.

<sup>243</sup> Vanistendael, F., *The ECJ at the crossroad: balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market*, in *European Taxation*, 2006, p. 418.

<sup>244</sup> Weber, D., op. cit., p. 592.

<sup>245</sup> Si pensi al riconoscimento dei titoli di studio conseguiti all'estero o delle patenti di guida, oppure agli standard per determinati prodotti, ma alcuni casi si riscontrano anche nel settore dell'imposizione indiretta (Corte di Giustizia, 15 maggio 1982, causa C-15/81, *Gaston Schul*).

<sup>246</sup> Non si tratterebbe semplicemente, come sostiene invece Vanistendael, op. cit., p. 419, di una decisione basata «on the nature and the internal logic and the cohesion of the tax systems to eliminate double taxation, whereby one system must leave the priority to tax to another».

<sup>247</sup> «It seems to be a too far-reaching breach of the Member States' sovereignty to allow the ECJ to get involved here» (Weber, op. cit.).

Corte, infatti, non può imporre in modo sistematico ad uno Stato (sia quello della residenza o della fonte) una rinuncia alla sua potestà impositiva per rimuovere un ostacolo originato dall'interazione di sistemi diversi, assumendo come dato di fatto la legislazione di un altro Stato.

Il principio di mutuo riconoscimento conosce dunque a livello comunitario quella che è stata definita una “eccezione fiscale”. Gli ostacoli fiscali dovuti alla sovrapposizione di sistemi tributari diversi sfuggono all'applicazione del mutuo riconoscimento, in nome della difesa del principio di territorialità. Voci critiche, peraltro, insinuano che spesso quest'ultimo principio sia richiamato dalla giurisprudenza in modo pretestuoso per giustificare il rifiuto pregiudiziale di esaminare misure fiscali non discriminatorie, o, comunque, discriminatorie in un modo più occulto (come nel caso di uguale trattamento di situazioni non comparabili)<sup>248</sup>.

Ad oggi, è dato riscontrare nella giurisprudenza un solo caso di applicazione del principio di mutuo riconoscimento in campo fiscale: è la pronuncia resa dalla Corte di Giustizia nel caso *Futura Participations*, in cui una misura fiscale, per di più applicabile senza alcuna distinzione a residenti e non residenti, è stata considerata una restrizione alla libertà di circolazione in applicazione del citato principio<sup>249</sup>. Si trattava nella fattispecie di un doppio onere amministrativo causato dalla differenza tra due legislazioni nazionali. La Corte ha affermato che, in linea di principio, lo Stato di stabilimento della stabile organizzazione deve riconoscere ed accettare le risultanze della contabilità tenuta nello Stato Membro della casa madre, a meno che non sussistano motivi di pubblico interesse, legate ad esempio all'efficacia dei controlli fiscali. La peculiarità di questo caso, tuttavia, risiede nel fatto che il principio di mutuo riconoscimento è stato applicato ad una duplicazione di norme di carattere procedurale e non sostanziale, potendosi così dubitare della sua applicabilità a questo secondo tipo di norme.

---

<sup>248</sup> Fallon, M., *La jurisprudence européenne en matière de double imposition résultant de l'exercice parallèle des compétences fiscales: originalité et anomalies*, in AA.VV., *Le dialogues de la fiscalité*, a cura di Traversa, E., Hermand, O., Navez, E., Deckers, V., Helleputte, C., 2010, ed. Larcier, p. 315. L'autore auspica un'evoluzione dell'ordinamento europeo che riallinei la materia fiscale agli altri settori economici, mettendo fine alla sua tradizionale eccezionalità e considerando così gli ostacoli fiscali alla stregua degli altri ostacoli alla circolazione delle merci e delle persone.

<sup>249</sup> Corte di Giustizia, 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations*. La Corte ha giudicato che fosse una restrizione alla libertà di stabilimento l'obbligazione di contabilità fiscale imposta dallo Stato membro in cui si trovava la stabile organizzazione di una società estera. Tale misura imponeva infatti di mantenere una doppia contabilità, nello Stato di stabilimento della casa madre e in quello della stabile organizzazione.

### 3.2.5 Quale collocazione in questo scenario per la doppia imposizione economica e giuridica?

A questo punto della riflessione si possono già trarre alcune indicazioni sull'inquadramento sistematico dei fenomeni di doppia imposizione dei dividendi nell'ottica comunitaria della Corte di Giustizia.

Quanto alla doppia imposizione economica, bisogna innanzitutto ricordare che essa rimane un problema aperto soltanto con riferimento ai dividendi connessi a partecipazioni di portafoglio o versati a persone fisiche, operando negli altri casi il regime della Direttiva madre-figlia (v. *supra* cap. II). In questi casi, dunque, il fenomeno viene oggi comunemente riguardato come esempio paradigmatico di restrizione discriminatoria alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento. A partire dalla sentenza *Manninen*, è ricco il filone giurisprudenziale che sancisce l'incompatibilità comunitaria di regimi discriminatori applicati dagli Stati in punto di eliminazione di tale forma di doppia imposizione all'interno dell'Unione<sup>250</sup>.

La discriminazione che consegua al trattamento più favorevole degli investimenti domestici e dei soci residenti si traduce, pertanto, in una distorsione che può essere rimossa con il ricorso alle libertà fondamentali. Al di fuori dei casi espressamente disciplinati dal diritto positivo<sup>251</sup>, l'eliminazione della doppia imposizione economica che affligge i movimenti di capitale e le scelte di stabilimento resta perciò collegata all'operatività del principio di non discriminazione, con la conseguenza che la sua eliminazione è compito dello Stato che mette in atto il regime discriminatorio (v. *infra* par. 3.7). Cambiando il punto di vista, la doppia imposizione economica non è un fenomeno in sé illegittimo, se deriva da un esercizio non discriminatorio della sovranità fiscale di uno Stato.

Tuttavia, la giurisprudenza su questo tema evidenzia tutti i limiti di un approccio di tipo casistico, che non consente di delineare chiaramente un sistema di regole per l'eliminazione della doppia imposizione economica dei dividendi. Ne può risultare di

---

<sup>250</sup> Ci si riferisce a sentenze, in parte già citate, in parte richiamate nel seguito: nella prospettiva dello Stato di residenza, si vedano le pronunce *Test Claimants in Class IV of the ACT GL*; *Test Claimants in the FII GL*; Corte di Giustizia, 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke*; 15 settembre 2011, causa C-310/09, *Accor*; nella prospettiva dello Stato della fonte; 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*.

<sup>251</sup> Se da più parti viene certamente auspicata l'estensione del regime della Direttiva, vi è anche chi interpreta in modo positivo la limitazione del suo campo di applicazione ai soli investimenti infrasocietari superiori al dieci per cento del capitale: si è osservato, infatti, che solo mantenendo questa limitazione si può lasciare alla Corte un margine di manovra più ampio che le consenta, magari, in futuro di applicare le libertà fondamentali anche altre fattispecie di doppia imposizione economica derivanti dalla coesistenza di sistemi diversi e dunque non dalla previsione di un trattamento discriminatorio. V. Vanistendael, F., *Does the ECJ have the power to build a tax system*, cit. p. 64.

volta in volta l'eliminazione della doppia imposizione nello Stato della fonte, nello Stato della residenza o in nessuno dei due Stati. Le decisioni sono infatti influenzate dalle circostanze proprie di ogni singola fattispecie: a seconda della tecnica utilizzata, lo sgravio dalla doppia imposizione economica può verificarsi al livello della società distributrice o del socio percettore. Ovviamente, uno Stato Membro è più propenso a integrare i livelli di tassazione di soci e società residenti piuttosto che riconoscere uno sgravio ai soci residenti per un'imposta sulle società prelevata da un altro Stato<sup>252</sup>. Parallelamente, gli Stati Membri che offrono uno sgravio alla doppia imposizione economica al livello della società distributrice lo concedono tendenzialmente per i soli utili distribuiti a soci residenti<sup>253</sup>. Applicando le libertà fondamentali in questo contesto la Corte talvolta ha legittimato uno spostamento di base imponibile dallo Stato della fonte a quello della residenza (v. *Amurta*), altre volte l'erosione della base imponibile dello Stato della residenza (*Manninen*)<sup>254</sup>. Questa situazione non può essere facilmente risolta ove si consideri che è impossibile fondare su base giurisprudenziale una ripartizione dei poteri impositivi tra Stati in materia di doppia imposizione economica.

Il problema, invece, si pone in termini diversi per la doppia imposizione giuridica. Tale fenomeno, infatti, non viene ricondotto alle restrizioni in senso proprio, ma si tratta, per la Corte, di un doppio onere per il contribuente che effettua operazioni transnazionali che non deriva né da un trattamento discriminatorio né dalla naturale giustapposizione di sistemi nazionali diversi. In sostanza, rientra tra quelle disparità che nemmeno l'adozione di regole uguali da parte di tutti gli Stati potrebbe eliminare<sup>255</sup>. Ciò riconferma che la doppia imposizione giuridica costituisce un ostacolo al mercato per la cui eliminazione non è sufficiente un'opera di armonizzazione, ma è necessaria la formulazione di una regola comunitaria di ripartizione della base imponibile: cosa che, come si è osservato per la doppia imposizione economica, parrebbe allo stato attuale impensabile.

---

<sup>252</sup> In materia di dividendi in entrata, si pensi alle sentenze già citate: *Baars, Verkooijen, Manninen, Test Claimants in the FII GL, Meilicke*, cit.

<sup>253</sup> In materia di dividendi in uscita, si pensi alle sentenze: *Test Claimants in Class IV of the ACT GL, Amurta*, cit., nonché Corte di Giustizia, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit*, e Corte EFTA, 23 novembre 2004, causa E-1/04, *Fokus Bank*.

<sup>254</sup> Bellingwout, J., *Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed*, cit. p. 126.

<sup>255</sup> Kofler, G., *Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence*, cit., p. 101 ss.. Nelle tradizionali regole internazionali, i sistemi fiscali nascono da una combinazione tra tassazione dell'utile mondiale (residenti) e tassazione alla fonte (non residenti). Dunque, se in ipotesi lo Stato della residenza e lo Stato della fonte armonizzassero i loro sistemi fiscali, rimarrebbe comunque per i contribuenti attivi oltre frontiera un doppio carico impositivo dato dalla sovrapposizione di criteri confliggenti da parte dei due Stati.

Recenti pronunce della Corte ribadiscono questa impostazione del problema, la quale permette di evitare la spinosa questione della divisione dei poteri impositivi. La Corte propende così per l'esclusione della doppia imposizione giuridica dall'ambito di applicazione delle libertà fondamentali, ammettendo la compatibilità del fenomeno con l'attuale diritto comunitario<sup>256</sup>. Si tratta peraltro di una soluzione molto contestata in dottrina, per la sua dubbia coerenza interna ed esterna. Quanto alla coerenza esterna, ricordando che l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione appartiene agli scopi del diritto comunitario, molti reclamano oggi un'interpretazione delle libertà che vieti qualsiasi distorsione al mercato causata dal cumulo del carico fiscale per gli operatori intracomunitari<sup>257</sup>. Quanto alla coerenza interna, invece, si sottolinea la disomogeneità delle soluzioni offerte dalla Corte, che in altri settori della fiscalità diretta non esita a formulare regole di ripartizione delle giurisdizioni fiscali (si pensi ai casi *Schumacker* e *Marks & Spencer*).

### **3.3 Il metodo operativo della Corte di Giustizia.**

Tra le varie categorie di ostacoli fiscali al mercato interno appena descritte, soltanto discriminazioni e restrizioni in senso proprio si qualificano come concetti di relazione. Proprio per questo, la loro applicazione presuppone l'esperimento di un test di comparabilità, di cui è necessario individuare, da un lato, le regole di funzionamento e, dall'altro, l'ambito di applicazione.

#### **3.3.1 La comparabilità delle situazioni considerate.**

A livello metodologico, la difficoltà di delimitare reciprocamente i concetti di discriminazione e restrizione è conseguenza del fatto che in entrambi i casi la Corte interpreta le libertà fondamentali sulla base dello stesso schema teorico derivato dal principio di non discriminazione. L'accertamento volto a verificare la compatibilità

---

<sup>256</sup> V. le sentenze Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*; 12 febbraio 2009, causa C-67/07, *Block*; 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*. Nello stesso senso anche Corte EFTA, 7 maggio 2008, causa E-7/07 *Seabrokers*.

<sup>257</sup> Vanistendael, F., *The ECJ at the Crossroads*, cit., p. 418; Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law*, cit., p. 115; Englisch, J., *The European Treaties' Implications for Direct Taxes*, in *Intertax*, 2005, 33, 323.

delle normative nazionali con le libertà, e dunque l'assenza di discriminazioni o restrizioni, viene sempre attuato in forma di comparazione<sup>258</sup>.

Il procedimento di comparazione tra una situazione interna e una transnazionale pone principalmente due ordini di problemi: in primo luogo, quello della corretta selezione delle due situazioni da paragonare; in secondo luogo, quello dell'individuazione dei parametri esterni a cui ancorare il giudizio di comparabilità nella situazione concreta. Un terzo spunto di riflessione riguarda l'ammissibilità di una comparazione tra due situazioni entrambe transnazionali, che implica la considerazione di forme di discriminazione orizzontale.

Quanto al primo aspetto, la Corte è chiamata a selezionare i soggetti della comparazione. Nel caso di discipline relative alla tassazione di dividendi in entrata, la Corte imposta un confronto tra due soggetti entrambi residenti, che abbiano investito, rispettivamente, in società domestiche e in società estere. Diversamente, nel caso di dividendi in uscita, il confronto è effettuato tra investitori residenti e non residenti. Esistono inoltre le ipotesi di discriminazione orizzontale, in cui la Corte compara il trattamento riservato a due fattispecie transnazionali<sup>259</sup>. I termini della comparazione sono dunque variabili a seconda delle circostanze del caso concreto. In queste scelte della Corte, alcuni riconoscono l'esercizio di una politica fiscale giurisprudenziale<sup>260</sup>.

Un'altra scelta con importanti risvolti politici è quella della definizione degli attributi rilevanti ai fini della comparazione. Due situazioni possono essere paragonate sul piano dell'estensione della base imponibile, della natura dell'attività economica svolta dal contribuente, della quota del reddito complessivo generata nello Stato della fonte, della capacità contributiva, etc.. A questo proposito, alla Corte viene contestato di privilegiare certi indici rispetto ad altri, in modo diverso caso per caso, senza fornire di ciò un'adeguata spiegazione o un chiaro criterio operativo. La conseguenza di tale atteggiamento è che le sue decisioni paiono spesso arbitrarie e imprevedibili<sup>261</sup>.

Una precisazione va fatta, poi, riguardo all'oggetto della comparazione: secondo la giurisprudenza consolidata, ciò che viene in considerazione è il contesto normativo,

---

<sup>258</sup> Tra una situazione interna e una transnazionale (esempio classico), tra una situazione interna con elementi transnazionali ed una meramente interna, oppure tra due situazioni transnazionali. V. Bizioli, G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, 2008, 3, p. 134.

<sup>259</sup> V. ad esempio la sentenza *Saint Gobain* relativa alla libertà di stabilimento secondario.

<sup>260</sup> Graetz M.J., Warren A.C. jr., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, in *Common Market Law Review*, n. 44/2007, p. 1602.

<sup>261</sup> Mason R., *Flunking the ECJ's Tax Discrimination Test*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 46/2007, p. 94-102.

ossia il raffronto tra la disciplina interna e quella per le situazioni con elementi di internazionalità. La comparazione si attesta dunque sul piano giuridico, e ciò è coerente con il ruolo della Corte di Giustizia, che opera come un giudice “costituzionale” e non invece come un giudice di merito. Una rilevante eccezione a questa tendenza si riscontra però, nella giurisprudenza *Schumacker*: qui la Corte non ha analizzato la comparabilità del regime giuridico del lavoratore transfrontaliero rispetto a quello interno, ma piuttosto ha fondato la propria decisione su una comparazione prettamente fattuale delle circostanze concrete della fattispecie, arrogandosi le prerogative di un giudice del merito<sup>262</sup>.

Per quanto riguarda l’individuazione dei parametri esterni, sarebbe lecito aspettarsi che un giudizio di comparazione in ambito comunitario mettesse in rapporto i regimi nazionali con il raggiungimento degli obiettivi politici sottesi al divieto di discriminazioni (fiscali) basate sulla nazionalità. Nell’orientamento ormai consolidato della Corte, invece, si può notare che l’analisi di comparabilità viene in realtà parametrata sugli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale con la disciplina di volta in volta impugnata. La Corte individua la *ratio* della disciplina nazionale e rispetto a questa effettua la comparazione, per stabilire se esiste o meno una discriminazione: ad esempio, nel caso di una disciplina intesa ad eliminare la doppia imposizione economica sui dividendi interni, la Corte ritiene che la situazione dei dividendi esteri sia comparabile solo nella misura in cui anche questi ultimi soffrano di una doppia imposizione economica (pur causata da un prelievo estero)<sup>263</sup>.

Questo atteggiamento presenta un vizio di fondo. L’obiettivo rispetto a cui determinare la comparabilità non può essere la volontà del legislatore nazionale, ma deve essere un criterio inerente alle libertà comunitarie. La comparazione tra le due situazioni deve essere sul piano oggettivo e non su quello “soggettivo”. Nello Stato di residenza, ad esempio, due situazioni devono ritenersi comparabili qualora esista un sufficiente grado di sostituibilità tra l’operazione transnazionale considerata e una simile operazione interna. Pertanto, un reddito formato da dividendi di fonte estera sarà sempre comparabile ad un reddito da dividendi interni, in quanto l’investimento in una società straniera sarà sempre, *ceteris paribus*, un’alternativa economicamente

---

<sup>262</sup> Lang M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, 3, p. 101.

<sup>263</sup> V. Corte di Giustizia, 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*, par. 30 ss.

equivalente all'investimento in una società domestica<sup>264</sup>. Per contro, la verifica delle intenzioni del legislatore nazionale potrà essere presa in considerazione sul piano delle possibili cause di giustificazione.

Un cenno, infine, alla possibilità di tenere conto di forme di discriminazione orizzontale, ossia tra due situazioni entrambe internazionali. Si osservi in proposito che non tutti gli Stati terzi si pongono nella stessa posizione rispetto al diritto comunitario: una posizione speciale è quella degli Stati aderenti all'Accordo SEE, i cui residenti sono beneficiari di libertà fondamentali equiparabili a quelle garantite dal TFUE. Alla Corte è capitato di trovarsi a ragionare su una differenza di trattamento prevista da una disciplina nazionale tra gli scambi con altri Stati Membri (equiparati a quelli interni) e gli scambi con Stati SEE. La Corte, dunque, non ha qui operato il classico confronto tra le situazioni domestiche e quelle coinvolgenti altri Stati della Comunità, quanto piuttosto tra queste ultime e le situazioni che coinvolgono gli Stati SEE. E all'esito del giudizio di comparabilità ha ritenuto inammissibile una discriminazione a danno dei soli Paesi dello SEE<sup>265</sup>.

### **3.3.2 L'ambito rilevante della comparazione: due possibili vie.**

Una volta che sia accertata la comparabilità delle due situazioni soggettive, il giudizio volto a determinare l'esistenza o meno di una discriminazione verte, come si è accennato, sulla disciplina giuridica prevista o applicabile a tali due situazioni. Già da questa alternativa (tra disciplina astrattamente prevista o concretamente applicabile), emerge che la Corte può scegliere di impostare il proprio giudizio seguendo tra due metodi diversi, di cui diverso è soprattutto l'impatto applicativo: si tratta, rispettivamente, del metodo *per-country* e del metodo *overall*. Si trovano nella giurisprudenza recente esempi dell'applicazione di entrambi i metodi.

#### **3.3.2.1 L'*overall approach*.**

Il metodo *overall*, detto anche *single market approach*, è di gran lunga preferito dalla dottrina, che sottolinea da un lato la sua maggiore conformità con l'obiettivo

---

<sup>264</sup> Englisch J., *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2010, 4, p. 203.

<sup>265</sup> Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, C-521/07, *Commissione c. Paesi Bassi*.

generale della creazione di un mercato interno senza ostacoli fiscali, dall'altro la sua efficacia rispetto allo scopo di riconciliare in concreto la tutela delle libertà fondamentali con l'obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione<sup>266</sup>.

Quando segue l'approccio *overall*, la Corte non si limita ad analizzare la normativa del singolo Stato Membro da cui provenga il rinvio pregiudiziale, ma amplia l'ambito di indagine e prende in considerazione gli effetti combinati della normativa esaminata con quella di altri Stati Membri. Viene cioè preso in considerazione il trattamento fiscale complessivo riservato alla fattispecie, alla luce dell'interazione tra norme di sistemi diversi grazie all'esistenza di Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione. In concreto, questo significa, ad esempio, che si riconosce la sussistenza di una restrizione solo qualora venga accertato che il contribuente non può usufruire di uno sgravio o di un'attenuazione della doppia imposizione né nel proprio Stato di residenza, né in un altro Stato.

L'*overall approach* è stato compiutamente teorizzato dall'AG Geelhoed nelle conclusioni presentate per le cause *ACT Group Litigation, Kerckhaert e Morres e Denkvit Internationaal*. L'AG ha sostenuto che la tassazione negli altri Stati Membri è un fattore da tener presente nel valutare l'esistenza di una restrizione vietata dal diritto comunitario. In particolare, uno Stato Membro può liberamente scegliere di adempiere agli obblighi che gli incombono in forza delle norme del Trattato anche attraverso la stipula di una Convenzione internazionale<sup>267</sup>.

Tener conto degli effetti delle Convenzioni nel valutare il comportamento degli Stati rispetto all'adempimento degli obblighi comunitari ha una duplice motivazione. Poiché il diritto comunitario lascia agli Stati la facoltà di ripartire la competenza tributaria e si preoccupa solo di garantire il risultato di eliminazione delle discriminazioni, la Convenzione è uno dei possibili strumenti a disposizione di uno Stato per garantire che sia alleviata la doppia imposizione causata dalla propria

---

<sup>266</sup> Coughon, J.M., *Plea for a Multilateral Approach in the Judgments of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 2011, 4, p. 179; Kemmeren, E.C.C.M., *The Internal Market Approach Should Prevail over the Single Country Approach*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders. Festschrift in Honor of Prof. Vanistendael*, 2008, Kluwer Law International, p. 560.

<sup>267</sup> Conclusioni del 23 febbraio 2006, nella causa C-374/04, par. 70-72. Su questo punto si fa esplicito riferimento alla giurisprudenza *Bouanich* (C-265/04) secondo cui «nel caso di uno Stato membro che, sul piano fiscale, equipara gli azionisti non residenti agli azionisti residenti, è compito del giudice nazionale verificare se, in considerazione della Convenzione contro la doppia imposizione applicabile, gli azionisti residenti siano trattati più favorevolmente dei non residenti». In altre parole, qualora alla luce dei fatti del procedimento il giudice nazionale avesse constatato che l'effetto della CDI applicabile era tale che i non residenti in realtà non erano trattati in maniera meno favorevole rispetto ai residenti, non vi sarebbe stata alcuna violazione del diritto comunitario.

normativa interna, ponendone l'onere in capo ad un altro Stato, nell'esercizio di scelte fiscali sovrane. A ciò consegue che non prendere in considerazione gli effetti di queste scelte significherebbe «ignorare la realtà economica in cui il soggetto passivo interessato svolge la propria attività, e non tener conto degli incentivi offerti in un contesto transfrontaliero». La Convenzione in questione diventa cioè parte integrante del contesto normativo applicabile al caso concreto. Un'omissione del genere potrebbe falsare l'impatto effettivo sul contribuente degli obblighi combinati dello Stato della residenza e della fonte, che vanno invece considerati globalmente dal momento che nel loro complesso sono destinati a raggiungere un determinato equilibrio. «Un'analisi della situazione del singolo operatore economico che prendesse a riferimento gli obblighi gravanti su uno solo di tali Stati – senza tenere conto degli obblighi incombenti all'altro Stato in forza dell'art. 43 CE [ora 49 TFUE] – potrebbe generare un'impressione distorta e ingannevole della realtà, senza riuscire a cogliere la situazione effettiva in cui agisce l'operatore interessato».

Nella valutare la compatibilità comunitaria di una disciplina nazionale, l'esame della situazione di un operatore economico nel contesto di una sola legislazione o di un suo solo aspetto «manca di cogliere la realtà del contesto economico nel quale quell'operatore agisce ed il complessivo equilibrio raggiunto tra Stato di residenza e Stato fonte nel ripartire la competenza fiscale»<sup>268</sup>.

La combinazione di obblighi tra Stato della residenza e della fonte è il risultato di un bilanciamento convenzionale. Tale metodo pertanto rispetta sia la sovranità degli Stati di ripartire tra loro la potestà impositiva (in sostanza, quindi, la Convenzione internazionale applicabile nella fattispecie), sia il contesto economico effettivo, che viene analizzato in un'ottica sostanziale.

Tra le sentenze che applicano questo approccio meritano di essere menzionati i casi *Manninen*<sup>269</sup>, *Denkavit Internationaal*<sup>270</sup> e *Aberdeen Property*<sup>271</sup>.

---

<sup>268</sup> Conclusioni del 6 aprile 2006, nella causa C-513/04, par 26 ss.. In senso conforme, conclusioni del 27 aprile 2006, nella causa C-170/05, par. 33-40.

<sup>269</sup> È comparabile la situazione di contribuenti che ricevano dividendi domestici ed esteri, salvo il caso in cui i secondi possano beneficiare nello Stato della fonte dei dividendi di un regime di eliminazione della doppia imposizione economica (par. 34).

<sup>270</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*. Qui la Corte ha affermato che il prelievo di una ritenuta alla fonte è ammissibile, se accompagnato dalla concessione convenzionale di un credito d'imposta nello Stato di residenza del socio, solo nella misura – però – in cui tale credito possa essere effettivamente utilizzato in detto Stato.

<sup>271</sup> Corte di Giustizia, 18 giugno 2009, causa C- 303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*. Qui addirittura la Corte prende in considerazione non solo le regole fiscali, ma anche quelle societarie di un altro ordinamento. La normativa finlandese prevedeva l'applicazione di una ritenuta ai dividendi versati a

Alla sentenza *Amurta* si deve poi la precisazione che il trattamento fiscale previsto dall'ordinamento di un altro Stato Membro è rilevante solo qualora esso sia originato dalle previsioni di una convenzione internazionale, e non invece soltanto dalle disposizioni del suo diritto interno<sup>272</sup>.

Un esempio interessante è offerto dalla sentenza *Commissione c. Italia*<sup>273</sup>. Nel condannare il regime italiano la Corte osserva che l'eliminazione della doppia imposizione gravante sui non residenti non è garantita in ogni caso dalle disposizioni delle convenzioni internazionali stipulate dall'Italia che prevedono l'imputazione della ritenuta alla fonte italiana all'imposta pagata dal socio percettore nello Stato di residenza. Il conseguimento di questo effetto dipende infatti esclusivamente dall'effettiva capienza dell'imposta estera, cioè da un fattore che per sua stessa natura non rientra nella disponibilità dello Stato italiano<sup>274</sup>. A ben vedere, una simile interpretazione di tipo sostanziale del quadro normativo di riferimento, se è vero che costituisce un'applicazione coerente del metodo *overall*, conduce tuttavia, per altro verso, a svuotare di contenuto questo stesso metodo, nella misura in cui si giunge inevitabilmente alla conclusione che «uno Stato Membro che assoggetta fattispecie transfrontaliere ad un regime fiscale meno favorevole rispetto ad analoghe operazioni meramente interne, non può fare affidamento sul fatto che tale disparità di trattamento venga compensata unilateralmente da parte dell'altro Stato membro»<sup>275</sup>. La peculiarità di queste affermazioni si spiega tenendo presente che questa sentenza deriva da un procedimento di infrazione e non invece da un rinvio pregiudiziale. La Corte pertanto è stata chiamata a valutare la disciplina italiana da un punto di vista astratto. Si evidenzia così un limite del metodo *overall*: in quanto metodo attento alla effettiva disciplina applicabile al contribuente, esso ben si attaglia ad un'analisi di tipo casistico, e può

---

un fondo di investimento straniero (una SICAV lussemburghese) ma esentava da tale ritenuta i dividendi versati a società domestiche. La situazione della società estera e di quella domestica viene ritenuta comparabile, poiché, non esistendo un'armonizzazione a livello europeo del diritto societario, bisogna rispettare le qualificazioni giuridiche date da altri ordinamenti.

<sup>272</sup> Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta* (par. 78). Si vedano sul punto le osservazioni di Kemmeren, C.C.M., Peeters, H., *Avoidance of Double Taxation and Its Interaction with European Triangular Arrangements*, in *EC Tax Review*, 2010, 1, p. 4.

<sup>273</sup> Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*. A conclusioni del tutto analoghe giunge la successiva sentenza Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione c. Spagna*.

<sup>274</sup> Così ha argomentato anche l'AG Kokott nelle sue conclusioni, par. 59: «la detrazione della ritenuta alla fonte astrattamente prevista nelle convenzioni contro la doppia imposizione non garantisce, da sola, la compensazione della disparità di trattamento dei dividendi in uscita e di quelli distribuiti sul territorio nazionale risultante dall'applicazione di tale ritenuta. Piuttosto, la neutralizzazione dell'effetto della ritenuta alla fonte dipende, inoltre, in maniera decisiva, dalla configurazione della tassazione nello Stato della sede del beneficiario».

<sup>275</sup> V. par. 60 delle conclusioni dell'AG Kokott.

essere applicato solo con riferimento ad una fattispecie concreta che coinvolga due specifici ordinamenti, mentre non è adatto a fornire la valutazione generalizzata di una normativa, non potendo considerare *a priori* tutte le possibili combinazioni di norme appartenenti a sistemi diversi. Il rischio in questi casi è che avvenga un'applicazione mascherata del metodo *per-country*.

### **3.3.2.2 Il *per-country approach*.**

Questo diverso metodo poggia sulla considerazione che le disparità naturali tra legislazioni di Stati Membri non costituiscono restrizioni in senso proprio nel mercato interno. Da ciò si deduce che una restrizione vietata dal diritto comunitario sorge soltanto come conseguenza delle previsioni legislative di un singolo Stato Membro, e mai dalla combinazione di quelle di Stati diversi. I sostenitori del *per-country approach* contestano perciò l'idea che nell'analisi delle fattispecie transnazionali siano da prendere in considerazione le normative tributarie di tutti gli Stati coinvolti.

In materia di tassazione dei dividendi, si trovano alcune ipotesi di applicazione giurisprudenziale di tale metodo.

Nella pronuncia resa dalla Corte EFTA<sup>276</sup> sul caso *Fokus Bank*<sup>277</sup>, ad esempio, non viene riconosciuta alcuna rilevanza giuridica al fatto che il contribuente risieda in uno Stato che, nella Convenzione con lo Stato della società distributrice dei dividendi, si sia impegnato a garantire un credito corrispondente alla ritenuta prelevata alla fonte. Interrogata sulla rilevanza giuridica della concreta situazione di un tale contribuente, la Corte ha applicato il *per-country approach*, in contrasto con il metodo *overall* su cui si appuntava la difesa dello Stato norvegese<sup>278</sup>. Per la Corte, gli obblighi gravanti su uno

---

<sup>276</sup> Si ricorda che la Corte EFTA è un organo giurisdizionale istituito nel 1994 in attuazione dell'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (SEE) del 1992, grazie al quale gli Stati membri dell'Associazione Europea di Libero Scambio (European Free Trade Association – EFTA) possono partecipare al mercato comune europeo pur non essendo membri dell'Unione Europea.

<sup>277</sup> Corte EFTA, 23 novembre 2004, E-1/04, *Fokus Bank ASA*. Il sistema norvegese di tassazione dei dividendi in uscita prevedeva una ritenuta alla fonte del 15% e non accordava lo stesso credito d'imposta concesso ai soci residenti per l'eliminazione della doppia imposizione economica. Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, la Corte EFTA ha ritenuto che la disciplina controversa costituisse una restrizione alla libera circolazione dei capitali poiché scoraggiava gli investimenti in società norvegesi e ostacolava le società norvegesi nella raccolta di capitali all'estero.

<sup>278</sup> Il Governo sosteneva che le scelte di investimento di un azionista straniero non erano negativamente condizionate dalla normativa norvegese nella misura in cui un credito d'imposta accordato nello Stato di residenza manteneva il carico fiscale ad un livello costante. Per il Governo, dunque, bisogna fare affidamento sulla conoscenza, da parte dell'operatore economico che si avvale del suo diritto di libera circolazione, delle differenze tra le normative nazionali che lo riguardano e della relativa attribuzione della competenza tributaria sulla base delle Convenzioni esistenti.

Stato Membro in forza dell'adesione all'Accordo SEE (ma lo stesso discorso si può estendere agli Stati Membri dell'UE) devono essere rispettati a livello nazionale, non rilevando la considerazione del contesto normativo complessivo applicabile alla fattispecie. Una restrizione non può considerarsi eliminata da eventuali agevolazioni che gli azionisti ricevano nel loro Stato di residenza. Uno Stato Membro non può trasferire il suo obbligo di conformarsi all'Accordo SEE ad un altro Stato Membro, confidando che quest'ultimo annullerà le disparità di trattamento causate dalla propria legislazione.

Sulla stessa linea, ma nella prospettiva dello Stato di residenza, si muove la sentenza *Damseaux*<sup>279</sup>, che riguarda la tassazione dei dividendi francesi percepiti da soci belgi con l'applicazione della ritenuta alla fonte convenzionale del 15%. Secondo il giudice del rinvio, detta Convenzione franco-belga non raggiungeva l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione in quanto consentiva la tassazione dei dividendi in entrambi gli Stati e non imponeva allo Stato belga, in qualità di Stato della residenza, l'obbligo incondizionato di prevenire tale doppia imposizione. Qui la Corte ha declinato la propria competenza a giudicare della ripartizione di poteri impositivi concordata dagli Stati sul piano convenzionale.

I sostenitori di questo metodo<sup>280</sup> criticano l'*overall approach* sotto numerosi aspetti. Tale metodo si baserebbe, innanzitutto, su un grave fraintendimento di fondo: l'esistenza di una restrizione vietata verrebbe a dipendere dalla legislazione combinata di due Stati e tale conclusione sarebbe non corretta nella prospettiva comunitaria, in quanto confliggente con l'assunto fondamentale per cui una restrizione vera e propria può discendere solo dalle norme di un unico ordinamento. La sovranità degli Stati Membri, inoltre, sarebbe gravemente pregiudicata dall'affermazione che la conformità comunitaria del sistema fiscale di uno Stato dipende da quello di un altro. Ulteriormente, il metodo *overall* distorcerebbe la funzione delle Convenzioni contro la doppia imposizione: esse infatti non vengono stipulate dagli Stati con l'obiettivo di far risolvere all'altro Stato contraente una discriminazione prevista dalla propria normativa. L'onere di prevedere una tassazione non discriminatoria di un determinato reddito e di assicurare il trattamento nazionale non può essere affidato a un altro soggetto sovrano, a pena del trasferimento di un obbligo che incombe direttamente su ogni singolo Stato Membro. Infine, l'*overall approach* presenterebbe maggiori difficoltà applicative, per il

---

<sup>279</sup> Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*.

<sup>280</sup> Tra essi spicca, Weber, D., *op. cit.*, p. 600 e ss.. V. anche Englisch, J., *Shareholder relief and EC Treaty law – supranational 'aims and effects'?*, in Intertax, 2005, p. 200; Vanistendael, F., *Does the ECJ have the Power to Build a Tax System*, cit., p. 61.

fatto che la legislazione di ogni Stato Membro segue logiche proprie ed è quindi molto complicato compararla con altre relativamente a singole categorie di reddito.

### 3.4 Il complesso rapporto con le Convenzioni internazionali: cenni.

«Nonostante la materia delle imposte dirette rientri nella competenza degli Stati Membri, questi ultimi devono tuttavia esercitarla nel rispetto del diritto comunitario»<sup>281</sup>. Molto più che una semplice clausola di stile, questa affermazione ormai tradizionale nella giurisprudenza comunitaria, ci ricorda la rivoluzione avvenuta negli ultimi decenni nel rapporto tra diritto comunitario e diritto internazionale tributario. Gli Stati Membri dell'Unione Europea non hanno più una discrezionalità incondizionata nella stipulazione di Convenzioni internazionali tributarie su redditi e capitali. È inoltre acquisita la consapevolezza che diritto comunitario e convenzionale in tema di imposizione diretta non operano in settori completamente separati<sup>282</sup>; occorre, anzi, stabilire le regole per la soluzione dei conflitti che possono verificarsi nella sovrapposizione di norme comunitarie e convenzionali su una stessa fattispecie.

Si tratta dunque, innanzitutto, di individuare la gerarchia tra fonti comunitarie e fonti convenzionali, e conseguentemente di verificare la sussistenza e le modalità della competenza della Corte di Giustizia a sindacare sul diritto convenzionale<sup>283</sup>.

È stato osservato come «la giurisprudenza della Corte di Giustizia, soprattutto nella materia delle imposte dirette, [è] tesa a evidenziare i limiti e i vincoli nel rispetto dei quali può esplicarsi l'esercizio delle potestà tributaria degli Stati»<sup>284</sup>. Nella prospettiva comunitaria, dunque, le Convenzioni rappresentano essenzialmente uno strumento funzionale a realizzare quella equilibrata ripartizione dei poteri impositivi che, si vedrà, viene riconosciuta anche come giustificazione a misure nazionali discriminatorie. Quando il rapporto tra i due ordini di norme non si atteggia in termini conflittuali, le clausole convenzionali sono ausili di cui la Corte può addirittura servirsi

---

<sup>281</sup> Corte di Giustizia del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

<sup>282</sup> V. Malherbe, J., Berlin, D., *Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 245, che descrivevano la relazione tradizionale tra Convenzioni internazionali e diritto comunitario come improntata a «*une souveraine indifférence, colorée d'incompréhension réciproque*».

<sup>283</sup> Si segnala un unico caso in cui è il testo stesso di una Convenzione a risolvere la questione, indicando la Corte di Giustizia come "arbitro convenzionale" deputato a risolvere le controversie relative alla sua interpretazione e applicazione. Si tratta dell'art. 25(2) della Convenzione bilaterale tra Austria e Germania del 24 agosto 2000, peraltro inapplicato. Tale modello non è stato ripetuto in altre Convenzioni.

<sup>284</sup> Sacchetto, C., *Diritto tributario (convenzioni internazionali)*, in *Enc. Dir.*, Annali I, 2007 (p. 3).

per rendere più efficace l'applicazione del diritto comunitario. Nella sentenza *Wielockx*, ad esempio, la coerenza negoziata sul piano internazionale vale ad escludere la presunta giustificazione basata sulla coerenza interna di una misura nazionale discriminatoria<sup>285</sup>.

Nel caso di conflitto, tuttavia, la principale preoccupazione della Corte è stata quella di ribadire il primato del diritto comunitario, chiarendo che le norme comunitarie direttamente applicabili (come le libertà fondamentali) non possono essere superate da clausole convenzionali incompatibili, che carichino di un maggiore onere fiscale i contribuenti che operano a livello transnazionale. In queste situazioni, piuttosto, il diritto comunitario agisce quale fonte integrativa che colma le lacune della disciplina convenzionale, in una sorta di interpretazione comunitariamente orientata del testo convenzionale<sup>286</sup>.

La sentenza *Gilly* è il primo caso in cui la Corte è stata chiamata a valutare la compatibilità comunitaria di due aspetti essenziali delle Convenzioni, le regole di ripartizione della giurisdizione e i differenti metodi di eliminazione della doppia imposizione. Come ha precisato nella successiva sentenza *Schumacker*, la Corte si dimostra rispettosa della ripartizione internazionale di poteri impositivi fino a quando l'esercizio di tali poteri non incide negativamente su libertà direttamente applicabili<sup>287</sup>. Viene così introdotta una distinzione tra ripartizione dei poteri impositivi e loro esercizio, riguardo al quale «gli Stati Membri non possono esonerarsi dal rispettare le norme comunitarie» (sentenza *Saint Gobain*, par. 58).

Le sentenze ricordate dimostrano molto chiaramente l'atteggiamento della Corte: da un lato, essa accetta le previsioni convenzionali nella misura in cui ripartiscono la giurisdizione, creando semmai disparità di trattamento dovute alla coesistenza di due sistemi nazionali e non a una discriminazione vera e propria (allocazione dei poteri impositivi)<sup>288</sup>, dall'altro, invece, censura le situazioni di

---

<sup>285</sup> Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, par. 24.

<sup>286</sup> V. la sentenza *Avoir Fiscal*, che garantisce alle stabili organizzazioni di società estere l'accesso agli stessi vantaggi fiscali (credito d'imposta) previsti dal diritto interno per le società residenti. Gli operatori economici possono invocare i diritti di libertà dinanzi al giudice, per ottenere l'uguaglianza delle condizioni concorrenziali.

<sup>287</sup> La sentenza *Schumacker* afferma che il diritto comunitario, in deroga allo schema convenzionale, esige che lo Stato di svolgimento della prestazione lavorativa eccezionalmente consenta le deduzioni legate alla situazione personale del contribuente non residente il quale produca la quasi totalità del proprio reddito in quello Stato. Nello stesso senso, v. Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot*, la quale ha ritenuto che differenti metodi di eliminazione della doppia imposizione, previsti nell'assetto convenzionale, sono accettabili nella misura in cui non sono discriminatori ed eliminano in modo efficace, non solo mitigano, la doppia imposizione.

<sup>288</sup> È quanto avvenuto, ad esempio, nella sentenza Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*, in cui la Corte ha rifiutato una pronuncia sul merito, arrestandosi di fronte all'esistenza di un

svantaggio sostanziale per un contribuente attivo a livello transfrontaliero, il quale si veda negati sul piano convenzionale vantaggi di cui potrebbe usufruire operando all'interno del proprio Stato di residenza (esercizio dei poteri). In altre parole, il diritto comunitario non interferisce con le Convenzioni nella parte in cui regolano le relazioni tra Stati Membri allocando i poteri impositivi e determinando i criteri di collegamento territoriale (c.d. *inter-jurisdictional equity*). Può invece sindacare il contenuto delle disposizioni convenzionali che attribuiscono vantaggi e svantaggi ai contribuenti sul piano sostanziale, valutando che in concreto non sia distorta la c.d. *taxpayer equity*<sup>289</sup>.

Questa impostazione è pienamente coerente con il principio del primato del diritto comunitario. È dunque molto grave e non convincente il diverso approccio recentemente inaugurato nella sentenza *D*<sup>290</sup>, in cui la Corte ha ritenuto di non poter sindacare le previsioni sostanziali contenute in una Convenzione in quanto esse fanno parte integrante e inscindibile, insieme alle regole formali di riparto, del bilanciamento complessivo negoziato dagli Stati.

È fortemente auspicabile che la Corte operi un ripensamento e chiarisca una volta per tutte il rapporto tra il diritto comunitario direttamente applicabile e le disposizioni sostanziali delle Convenzioni, nella consapevolezza che escludere queste ultime dall'ambito di applicazione del primato comunitario mette a rischio la realizzazione del mercato interno europeo.

Il primo (e più corretto) approccio della Corte al problema della gerarchia tra fonti comunitarie e internazionali è funzionale a garantire una coerente applicazione dell'*overall approach* (v. *supra* par. 3.3.2.1). Si può a questo punto precisare che l'ambito della comparazione nel metodo *overall* assume come parte del contesto giuridico preesistente le norme convenzionali di riparto che hanno solo natura formale;

---

riparto convenzionale di giurisdizione. Si veda il commento di Tarigo, P., *Principio generale comunitario di eliminazione della doppia imposizione, libertà fondamentali e obblighi convenzionali: il caso Damseaux*, in *Rass. Trib.*, 2010, 5, p. 1477.

<sup>289</sup> Sul punto si rimanda alle riflessioni di Van Thiel, S., *Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 2*, in *European Taxation*, 2008, 7, p. 339 ss..

<sup>290</sup> Corte di Giustizia, 5 luglio 2005, causa C-376/03, *D*, con il commento di De' Capitani di Vimercate, P., *La Corte di Giustizia e la clausola della nazione più favorita nel D. case. Ovvero dietrofront: il diritto internazionale prevale su quello comunitario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2005, p. 1081. Sulla stessa linea si pone la sentenza *ACT Group Litigation*, nel punto in cui afferma che le clausole convenzionali di *limitation on benefit* sono compatibili con il diritto comunitario, consentendo così l'esclusione di società residenti dai benefici convenzionali sulla base soltanto della residenza (di chi controlla la società). Qui peraltro è stridente il contrasto con la sentenza *Saint Gobain*, che invece ammetteva ai benefici convenzionali le stabili organizzazioni.

mentre, dal punto di vista sostanziale la Corte prende ad oggetto del proprio sindacato anche le norme convenzionali sostanziali.

In ogni caso, è necessario sottolineare che non tutte le Convenzioni si pongono sullo stesso piano rispetto al diritto comunitario. La prevalenza del diritto comunitario (nei limiti sopra accennati) è sicuramente affermata nel caso di Convenzioni stipulate fra Stati Membri. Questi non possono cioè stipulare né dare applicazione a Convenzioni che contengano previsioni contrastanti con il diritto comunitario. Quest'ultimo, sia primario o derivato, prevale in caso di conflitto sulle pattuizioni convenzionali, precedenti o successive, di una convenzione conclusa tra Stati Membri. Nel diverso caso di una Convenzione conclusa da uno Stato Membro con uno Stato terzo, le ipotesi di conflitto di queste fonti con il diritto comunitario presentano aspetti di maggiore complessità, in quanto gli Stati terzi non devono rispettare vincoli comunitari. Si pone infatti in queste ipotesi il problema della reciprocità.

Diversamente, l'approccio *per country* è in linea con la tendenza più recente riscontrata nella giurisprudenza, che esclude dal sindacato comunitario ogni disposizione pattuita a livello convenzionale.

La Commissione Europea da tempo è attiva per risolvere i numerosi problemi che derivano dall'interazione tra diritto comunitario e norme pattizie e che faticano a trovare un inquadramento sistematico nelle sole indicazioni *case-by-case* della giurisprudenza. A questo fine, sono state prospettate più soluzioni, alcune molto ambiziose e difficilmente realizzabili: tra esse, l'emanazione di una Direttiva volta ad armonizzare i rapporti tra Stati Membri sostituendo la rete di Convenzioni "intracomunitarie"; la stipula di una Convenzione multilaterale o la redazione di un Modello di Convenzione europea; l'inserimento di una *most favoured nation clause* a vantaggio di tutti i cittadini dell'Unione in tutte le Convenzioni stipulate da Stati Membri<sup>291</sup>.

### **3.5 La teorica delle cause di giustificazione.**

Si è avuto modo di constatare come la doppia imposizione sia contraria agli obiettivi fondamentali del Trattato e come, tuttavia, sia difficoltoso usare gli strumenti

---

<sup>291</sup> V. Commissione Europea, *EC Law and Tax Treaties – Working document*, 9 giugno 2005, TAXUD E1/FR DOC (05) 2306. Si segnala anche che recentemente si è chiusa una procedura di consultazione indetta dalla Commissione, sul tema «*Double Taxation Conventions and the Internal Market: Factual Examples of Double Taxation Cases*», il cui rapporto è stato pubblicato nel gennaio 2011.

del diritto comunitario per ottenerne l'eliminazione. Questo processo passa attraverso l'interpretazione del principio di non discriminazione e l'applicazione estensiva delle libertà fondamentali. Ma tutto questo non è sufficiente per attuare in via giudiziaria l'obiettivo comunitario di eliminare la doppia imposizione. Anche quando una fattispecie di doppia imposizione sia accertata in termini di restrizione discriminatoria, è necessario infatti compiere un ulteriore passaggio, e verificare se non sussistano nel caso concreto valide ragioni per mantenere in essere la disciplina nazionale discriminatoria.

Nella giurisprudenza più risalente prevaleva un atteggiamento di rigore, secondo cui una misura discriminatoria poteva giustificarsi solo in base alle espresse deroghe alle libertà previste nel Trattato (v. *supra*). In materia di fiscalità diretta, tuttavia, si è ben presto manifestata una tendenza ad ampliare il ventaglio delle giustificazioni possibili, ammesse purché rispondano a criteri di ragionevolezza e si richiamino a ragioni "imperative" di interesse generale, anche non previste dal Trattato. In altre parole, una misura discriminatoria può essere giustificata perché persegue un obiettivo legittimo compatibile con i principi del Trattato, all'esito dunque un bilanciamento tra diversi valori comunitari.

Le cause di giustificazione si configurano perciò come categoria aperta, che matura via via nell'elaborazione giurisprudenziale. La regola aurea che ispira tutta la teorica delle cause di giustificazione è stata efficacemente riassunta nella sentenza *Gebhard*: «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»<sup>292</sup>. Sul piano metodologico, la Corte deve, innanzitutto, individuare l'obiettivo comunitario capace di controbilanciare la violazione del principio di non discriminazione, per poi eseguire una verifica della concreta idoneità e proporzionalità della misura discriminatoria rispetto alla tutela di tale obiettivo.

L'elaborazione sul tema sconta gli inconvenienti di un metodo casistico: è spesso difficoltoso individuare i contenuti (mutevoli) e i limiti (mobili) delle singole cause di giustificazione. Nonostante le difficoltà, tuttavia, negli anni più recenti la

---

<sup>292</sup> Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, par. 37.

giurisprudenza ha dato costante impulso a questa elaborazione. L'attenzione dedicata dalla Corte a questo tema ha un importante significato politico: nel contemperamento tra esigenze del mercato unico e interessi degli Stati si gioca una partita importante per la nuova definizione della sovranità degli Stati Membri all'interno dell'Unione.

Peraltro, proprio perché l'ammissione di una giustificazione presuppone un bilanciamento tra valori comunitari di portata "costituzionale", la feconda riflessione sulle cause di giustificazione segna anche l'abbandono di una concezione dell'Unione Europea orientata solo agli obiettivi di mercato e ne inaugura una dimensione politica e costituzionale<sup>293</sup>.

### **3.5.1 Le motivazioni non ammesse dalla Corte.**

Nella pratica, la Corte di Giustizia si è dimostrata molto cauta nell'avallare argomenti di giustificazione avanzati dagli Stati Membri. Ad esempio, ha costantemente rifiutato di giustificare misure nazionali restrittive sulla base di ragioni economiche<sup>294</sup>, o in considerazione della scarsa rilevanza dello svantaggio previsto nella situazione transnazionale, ovvero ancora per la possibilità del contribuente di fare scelte alternative (come costituire un filiale, anziché una stabile organizzazione)<sup>295</sup>.

La Corte, tuttavia, ha rigettato anche numerosi argomenti di giustificazione proposti dagli Stati, pur non di carattere economico: tra questi, non sono stati accolti argomenti come l'assenza di armonizzazione nel settore fiscale, l'assenza di reciprocità<sup>296</sup>, l'esistenza di procedure discrezionali volte a garantire comunque un equo trattamento fiscale<sup>297</sup>.

In particolare, però, la Corte si è dimostrata riluttante ad accettare giustificazioni legate alla perdita di gettito o a difficoltà amministrative.

Quanto alle motivazioni del primo tipo, la Corte non si è mai dimostrata particolarmente sensibile all'impatto economico e finanziario delle proprie decisioni

---

<sup>293</sup> Così Fantozzi, A., *A Force of the European Constitution beyond Its Formal Adoption: From Non-Discrimination towards a Tax Equality Principle*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, cit., p. 394. Per l'autore, l'elaborazione teorica sulle cause di giustificazione riveste in questo senso un carattere promozionale.

<sup>294</sup> Nella sentenza *Verkooijen*, la Corte ha rigettato l'argomento addotto dal Governo inglese secondo cui la disciplina controversa era giustificata dall'intento di promuovere l'economia, incentivando i privati a investire in società domestiche (par. 47-48).

<sup>295</sup> V. Corte di Giustizia, causa C-307/97, *Saint Gobain*.

<sup>296</sup> Corte di Giustizia, causa C-270/83, *Avoir Fiscal*, par. 24 e 26.

<sup>297</sup> Corte di Giustizia, causa C-279/93, *Schumacker*, par. 56-57.

sull'ordinamento degli Stati Membri, cioè al costo che agli Stati viene imposto di sostenere per garantire la compatibilità comunitaria dei propri sistemi. L'erosione della base imponibile e la riduzione del gettito degli Stati Membri non sono mai state ritenute motivazioni sufficienti per giustificare una misura interna discriminatoria. E ciò anche quando dette motivazioni sono state presentate in una forma mascherata, ad esempio adducendo che la differenza di trattamento era giustificata dal fatto che altrimenti il contribuente avrebbe usufruito di un vantaggio indebito<sup>298</sup>. Nemmeno l'asserita compensazione tra uno svantaggio fiscale subito nello Stato della fonte e il vantaggio usufruito nello Stato di residenza (o viceversa) è argomento capace di giustificare una misura restrittiva<sup>299</sup>. In altri termini, una disciplina in violazione del diritto comunitario non può essere giustificata solo perché i costi di conformità sarebbero troppo onerosi.

Ancora, uno Stato non può fondare una misura discriminatoria sull'esistenza di mere difficoltà amministrative. Ciò si basa sull'assunto che le autorità fiscali nazionali dispongono di ampi poteri e strumenti specifici per ottenere informazioni dai contribuenti, tra cui spicca, in ambito comunitario, la normativa in materia di reciproca assistenza tra le amministrazioni (la ex Direttiva 77/799/EEC, ora sostituita dalla Direttiva 2011/16/UE, su cui v. *supra*, cap. II, par. 2.2.3.3)<sup>300</sup>.

Il rigetto di questo argomento, peraltro, non sempre è categorico e bisogna fare alcuni distinguo. In primo luogo, esso deve necessariamente coordinarsi con la causa di giustificazione, generalmente ammessa, di garanzia dell'efficacia dei controlli fiscali, riconosciuta come motivo imperativo di interesse generale dalla giurisprudenza *Cassis De Dijon*. Inoltre, tale argomento di giustificazione assume una diversa portata con riferimento ai rapporti con Stati terzi, proprio per la mancanza degli strumenti comunitari prima menzionati (su questi punti, v. *infra*).

### **3.5.2 Le cause di giustificazione generalmente riconosciute.**

In linea con le tendenze riscontrate nell'evoluzione del concetto di restrizione (v. *supra*), l'atteggiamento della giurisprudenza più recente in materia di cause di giustificazione è quello di un accresciuto rispetto per la sovranità degli Stati in campo

---

<sup>298</sup> Corte di Giustizia, causa C-175/88, *Biehl*, par. 15-16.

<sup>299</sup> Corte di Giustizia, causa C-270/83, *Avoir Fiscal*, par. 21; causa C-319/02, *Manninen*; e causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, par. 49.

<sup>300</sup> Corte di Giustizia, causa C-279/93, *Schumacker*, par. 43-45.

fiscale<sup>301</sup>. Si attenua progressivamente la rigida presa di posizione iniziale della Corte che, da un lato, riconosceva il diritto degli Stati Membri di determinare i propri poteri impositivi e ripartirli a livello internazionale, dall'altro vietava loro di applicare misure restrittive di qualsiasi sorta, anche se volte a preservare questa ripartizione internazionale di giurisdizione. Viene gradualmente ampliata la possibilità per gli Stati di difendere l'integrità della ricchezza territorialmente imponibile senza incorrere in censure comunitarie, attraverso la lotta contro accordi elusivi volti soltanto a trasferire all'estero base imponibile e attraverso misure a salvaguardia della simmetria tra imposizione e concessione di vantaggi fiscali<sup>302</sup>.

Questo fenomeno si è manifestato nell'emersione di nuove ipotesi di giustificazione e, di conseguenza, ha comportato una contrazione della *vis expansiva* dei principi comunitari<sup>303</sup>.

Le giustificazioni elaborate dalla Corte al di fuori di quelle espressamente previste nel testo del Trattato sono, in quanto creazioni giudiziali, specificamente attagliate alle caratteristiche della materia fiscale. Consentono infatti alla Corte di modulare in via d'interpretazione la portata soggettiva e sostanziale del Trattato, tenendo in considerazione gli interessi degli Stati Membri relativi alla materia specifica. In un certo senso, possono essere viste come espressione di un'autolimitazione da parte della Corte della sua autonomia interpretativa del diritto comunitario<sup>304</sup>.

Il tratto comune delle cause di giustificazione ammesse sta infatti nella loro connessione all'interesse fiscale degli Stati, inteso quale interesse generale di ogni comunità alla riscossione delle imposte come mezzo per garantire i servizi fondamentali, definito all'esito di un bilanciamento tra l'interesse collettivo e il diritto di proprietà individuale. Questa nozione di interesse fiscale è comune tanto agli ordinamenti di *civil law* quanto a quelli di *common law* e può pertanto essere compresa

---

<sup>301</sup> «The Court has recently been more generous to the Member States compared to the 'old days'». Lang, M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation*, cit., p. 112.

<sup>302</sup> Farmer, P., *Striking a Proper Balance between the National Fiscal Interests and the Community Interest – a Perpetual Struggle?*, in AA.VV., *The Influence of European Law*, cit., p. 32.

<sup>303</sup> V. Sacchetto, C., *Member States Tax Sovereignty: Between the Principle of Subsidiarity and the Necessity of Supranational Coordination*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, cit., p. 808. L'autore osserva come la Corte, in campo fiscale, non applichi le libertà fondamentali in modo assoluto, ma piuttosto dialoghi con gli ordinamenti nazionali prendendo in considerazione la *ratio* delle loro legislazioni interne. «One can assume that the ECJ 'converses' with the national rules so that the national interests have become European interests».

<sup>304</sup> V. sul punto Isenbaert M., *The Contemporary Meaning of 'Sovereignty' in the Supranational Context of the EC as Applied to the Income Tax Case Law of the ECJ*, in *EC Tax Review*, 2009, 6, p. 273.

nelle «tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri» che «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6 TUE)<sup>305</sup>.

Ad oggi, le cause di giustificazione ammesse sono riconducibili a quattro principali filoni: (i) la coerenza del sistema fiscale; (ii) l'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi; (iii) la lotta all'evasione fiscale e ai fenomeni abusivi; (iv) l'efficacia dei controlli fiscali e l'assenza di scambio di informazioni<sup>306</sup>.

È opportuno comunque ricordare che in tutte queste ipotesi la Corte ammette la sussistenza di una valida causa di giustificazione a condizione che lo Stato che adotta la misura restrittiva sia in grado di provarne non solo la connessione con un interesse nazionale meritevole di considerazione sul piano comunitario, ma anche l'idoneità e la proporzionalità rispetto a questo interesse perseguito<sup>307</sup>.

### **3.5.2.1 La coerenza del sistema fiscale.**

Costruire un sistema fiscale neutrale ed efficiente dei rapporti tra socio e società è un obiettivo che presenta evidenti risvolti economici e strategici, e che pertanto ogni legislatore nazionale cerca di raggiungere prevedendo forme di integrazione dei vari livelli di imposizione, all'interno di un disegno equilibrato, coerente. Alla luce di ciò, gli Stati Membri hanno in più occasioni fatto ricorso all'argomento della coerenza del sistema per tentare di giustificare dinanzi alla Corte il trattamento discriminatorio riservato alle situazioni transnazionali, all'origine di fenomeni di doppia imposizione.

Tuttavia, ad un primo iniziale riconoscimento del criterio della coerenza fiscale da parte della giurisprudenza comunitaria<sup>308</sup>, è seguito un atteggiamento molto più rigoroso, che ha posto limiti ben precisi all'operatività di questa causa di giustificazione.

---

<sup>305</sup> Bizioli, G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty*, cit., p.139.

<sup>306</sup> Fra altri, teorizza questa quadripartizione Wattel, P.J., *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the Difference?*, in AA.VV., *The Influence of European Law on Direct Taxation*, cit., p. 139. V. anche Wathélet, M., *Tax Sovereignty of Member States and the European Court of Justice: New Trends or Confirmation?*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, cit., p. 917.

<sup>307</sup> Per un'approfondita riflessione sui rapporti tra le nozioni di idoneità e proporzionalità si rimanda a Mathisen, G., *Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member States' Measures Restricting Free Movement*, in *Common Market Law Review*, 2010, 47, p. 1021.

<sup>308</sup> Corte di Giustizia, 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*. In questo caso, la coerenza è stata invocata come giustificazione per negare nelle situazioni transfrontaliere una deduzione concessa nelle situazioni interne.

Le sentenze *Wielockx*<sup>309</sup> e *Verkooijen* hanno precisato e circoscritto la portata di questa causa di giustificazione. Si può dire che oggi, per la Corte, la piena realizzazione delle libertà di circolazione può cedere il passo alle esigenze di salvaguardia della coerenza interna di un sistema nazionale soltanto nella misura in cui venga accertata l'esistenza di un nesso diretto tra due elementi: da un lato, la concessione di un vantaggio fiscale ad un contribuente residente in una prima fase di applicazione di una determinata imposta, e, dall'altro lato, l'onere fiscale imposto allo stesso contribuente in una fase successiva nel quadro dell'applicazione della medesima imposta<sup>310</sup>.

La stretta interconnessione tra queste misure fiscali di segno opposto deve essere così immanente alla logica del sistema da giustificare un trattamento differenziato dei non residenti che potrebbero fare un uso strumentale delle libertà di circolazione per beneficiare dei vantaggi aggirando gli svantaggi ad essi correlati. Si tratta tuttavia di una serie di presupposti che assai raramente ricorrono in modo congiunto.

In particolare, il necessario requisito dell'identità del contribuente e dell'imposta, affermato dalla sentenza *Verkooijen* (par. 57-58), implica che la coerenza del sistema fiscale potrà essere eventualmente invocata per giustificare un regime che non allevia la doppia imposizione giuridica internazionale, ma non certamente per un regime che non allevia la doppia imposizione economica.

Una simile interpretazione restrittiva della nozione rivela la vera intenzione della Corte, cioè scongiurare il rischio che gli Stati mascherino con la giustificazione della coerenza sistematica il mero pericolo di una perdita di gettito, motivazione di cui la giurisprudenza comunitaria ha sempre negato l'idoneità a legittimare trattamenti discriminatori (v. *supra*). Del resto, il concetto stesso di coerenza richiama l'esigenza pubblicistica degli Stati di preservare le entrate tributarie e non invece la prospettiva privatistica che tiene conto delle libertà di circolazione e di principi come la capacità contributiva, che sono fulcro della costruzione dell'ordinamento europeo.

Sta di fatto che dopo la sentenza *Bachmann*, la coerenza del sistema la Corte non ha mai più riscontrato in concreto gli estremi di questa giustificazione. Nella recente sentenza *Papillon*, ad esempio, la Corte ha accertato l'esistenza del "nesso diretto" e quindi accettato la giustificazione della coerenza del sistema, ma ha considerato la

---

<sup>309</sup> Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*.

<sup>310</sup> V. sul tema Cordewener, A., Kofler, G., Van Thiel, S., *The Clash between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2009, 46, p. 1969 ss.

disciplina nazionale non proporzionata perché non consentiva al contribuente la possibilità di fornire la prova contraria<sup>311</sup>.

### **3.5.2.2 L'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi e il principio di territorialità.**

L'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi si è affacciata in epoca più recente nel repertorio delle cause di giustificazione tipizzate dalla giurisprudenza. Anzi, per essere più precisi, si può osservare come a questa argomentazione si sia fatto ricorso proprio a partire dal momento in cui la coerenza sistematica è stata ridotta ad un'ipotesi tanto ristretta da dover necessariamente essere intesa come eccezionale. Le due cause di giustificazione presentano infatti uno stretto legame tra di loro e con il principio generale di territorialità dell'imposizione (v. *infra*).

A ben vedere, sin dalla giurisprudenza più datata in materia di imposizione diretta, è stata affermata costantemente l'incompetenza dell'Unione rispetto alle scelte sovrane di politica fiscale internazionale degli Stati Membri, che sono quindi improntate alla massima libertà, salvo il solo limite del rispetto del diritto comunitario<sup>312</sup>. Il rispetto dell'interesse degli Stati sotteso alla ripartizione del potere impositivo su scala internazionale si rinviene *in nuce* nella giurisprudenza della Corte anche nella sua prima fase "espansiva", quella che ha visto ampliarsi fino alle estreme conseguenze l'incisività delle libertà del Trattato nel settore fiscale<sup>313</sup>.

Peraltro, la *ratio* sottesa a questa causa di giustificazione ha assunto una diversa connotazione ed un diverso peso nella seconda fase della giurisprudenza comunitaria, quella in cui la Corte ha cominciato a porre alcuni freni all'estensione indistinta delle libertà economiche. L'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi è diventata così il baluardo difensivo della sovranità statale e delle regole comunemente riconosciute a livello internazionale per la ripartizione della base imponibile tra Stato della fonte e

---

<sup>311</sup> Corte di Giustizia, 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Société Papillon*, par. 41 ss.. La fattispecie riguardava la disciplina francese che consentiva la compensazione (consolidamento) delle perdite infragruppo tra società francesi, escludendo da tale regime le sub-sub-controllate del gruppo controllate a livello intermedio da una società del gruppo con sede in un altro Stato Membro. Il sistema risultava coerente perché impediva il doppio utilizzo delle perdite: alla possibilità della controllata di trasferire le perdite alla capogruppo corrispondeva infatti il divieto per la capogruppo di ridurre il valore di libro della partecipazione nella controllata in perdita. L'esclusione delle società controllate da società estere, però, operava senza che il contribuente potesse provare che in realtà non beneficiava all'estero di un doppio utilizzo delle stesse perdite.

<sup>312</sup> Ad esempio, Corte di Giustizia del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, par. 21.

<sup>313</sup> Si rimanda in proposito a quanto riferito nei precedenti paragrafi del presente capitolo.

Stato della residenza<sup>314</sup>: tale forma di giustificazione viene dunque intesa come una proiezione della coerenza interna del sistema su un piano sovranazionale. A differenza dell'argomento relativo alla coerenza interna del sistema, la c.d. *balanced allocation of taxing rights* riguarda le ipotesi in cui la coerenza del sistema tributario di uno Stato viene assicurata non tanto al livello del singolo contribuente quanto a livello internazionale attraverso forme di coordinamento con altre giurisdizioni e la previsione in via convenzionale di un sistema coerente di pesi e contrappesi fiscali che realizzano (nel caso della doppia imposizione dei dividendi) l'integrazione tra la tassazione del socio e della società anche nelle situazioni transfrontaliere. In altri termini, quando accoglie questa giustificazione avanzata da parte degli Stati Membri, l'ordinamento comunitario accetta che l'istanza di parità nel trattamento tra soggetti residenti e non residenti sia soddisfatta a livello interordinamentale<sup>315</sup>.

Alla luce di tutte queste osservazioni, pare condivisibile l'opinione di quella dottrina che mantiene distinte le due cause di giustificazione della coerenza e della ripartizione dei poteri tra Stati, pur identificandone la comune matrice<sup>316</sup>. Esse operano su piani concettualmente diversi anche se costituiscono entrambe declinazioni, una interna e una internazionale, del più generale principio di territorialità dell'imposizione. Questo principio deriva a sua volta direttamente dalla sovranità statale ed esprime l'esigenza per ogni ordinamento nazionale di premunirsi contro le incongruenze

---

<sup>314</sup> In questo senso si deve leggere anche il principio stabilito da Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, par. 54, dove, con riferimento all'esigenza di salvaguardare una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri si afferma che «può ammettersi tale elemento di giustificazione qualora la disciplina di cui trattasi sia intesa a prevenire comportamenti tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio».

<sup>315</sup> Questo è in linea con l'affermazione secondo cui «non può escludersi che uno Stato membro garantisca il rispetto dei suoi obblighi derivanti dal Trattato stipulando una convenzione contro la doppia imposizione con un altro Stato membro» (Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*, par. 36).

<sup>316</sup> Non vi è unanimità in dottrina sulla qualificazione del rapporto tra coerenza fiscale e equilibrata ripartizione dei poteri impositivi. Vi è chi (Cordewener, cit., p. 1976), pur sottolineando la matrice comune delle due cause di giustificazione considerate, ne sostiene la diversità, affermando che la prima è «*an autonomous revenue protection argument that comes with discrimination, but is acceptable only in the case of a systemic coherence in the tax system of one Member State. The second is an 'agreed allocation of tax jurisdiction' argument that involves the tax systems of two Member States and that ensures that the initial discriminatory effect of the tax measure of one Member State is neutralized by the agreed action undertaken by the other Member State*». Altri autori, al contrario, ritengono che si tratti di una differenza soltanto terminologica, per cui la Corte nel corso del tempo avrebbe semplicemente mutato il nome attribuito ad uno stesso argomento giustificativo. In questa seconda direzione, ad esempio, v. Wattel, P.J., *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality*, cit., p. 156; Zalasinski, A., *The limits of the EC concept of 'direct tax restriction on free movement rights'*, cit., p. 282 ss.: per questo ultimo autore, i concetti di coesione fiscale, territorialità, salvaguardia dell'equilibrata ripartizione di poteri impositivi «*relate to the scope and limits of Member States' tax jurisdictions, the Court having simply renamed them after previously dismissing them one by one*».

nell'imposizione di profitti e corrispondenti perdite, redditi e corrispondenti costi, nella deduzione di contributi e corrispondente imposizione dei premi/benefici.

Nella giurisprudenza, la fortuna di questo principio ha subito vicende alterne. Per la prima volta è stato richiamato nella sentenza *Futura Participations*, in cui si è affermato che un «regime, conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato» (par. 22). La successiva sentenza *Bosal Holding* ha segnato una decisa presa di posizione verso un'interpretazione restrittiva dello stesso principio, formulando il requisito dell'identità del contribuente e dell'imposta (richiesto, come si è visto, anche per la coerenza). L'argomento della territorialità, rigettato anche nel caso *Keller Holding*, è stato poi ripreso e ammesso nella sentenza *Marks & Spencer*, che ha riconosciuto la sua valenza a giustificare una misura nazionale restrittiva solo se applicato nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>317</sup>.

Si impone a questo punto dell'indagine un'osservazione: tutti gli argomenti fino ad ora esaminati (coerenza, ripartizione del potere impositivo e territorialità dell'imposizione) dimostrano un'efficacia che trascende in realtà quella di una semplice causa di giustificazione, in quanto operano ad un livello precedente. Non sono propriamente giustificazioni per il trattamento diverso di casi comparabili. Sono piuttosto la descrizione di una differenza di fatto, connessa alla sovrapposizione tra più giurisdizioni. E se c'è una differenza di fatto le fattispecie sono per definizione non comparabili, il che significa che non si pone nemmeno il problema di ricercare una possibile giustificazione al diverso trattamento. Essi sono pertanto argomenti che, qualora riconosciuti nel caso concreto, precludono a monte l'effettuazione di una

---

<sup>317</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations*, par. 22; sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal Holding*, par. 38; sentenza 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Keller Holding*, par. 44, per cui «la normativa [nazionale] non può essere considerata quale attuazione del detto principio [di territorialità] nella misura in cui esclude la detraibilità degli oneri finanziari sostenuti da una società madre interamente imponibile in Germania che percepisca dividendi provenienti da una controllata indiretta stabilita in Austria per il fatto che questi sono esenti da imposta in Germania, mentre i dividendi versati alla società madre medesima da una controllata interamente imponibile in Germania ed avente sede sociale nel detto Stato membro beneficiano parimenti, in pratica, di tale esenzione per effetto del metodo dell'imputazione dell'imposta pagata dalla società distributrice»; sentenza 13 dicembre 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, par. 39-53: «lo Stato membro di stabilimento della controllante, tassando le società residenti sui loro redditi mondiali e le società non residenti esclusivamente sui redditi derivanti dalla loro attività nel detto Stato, agisce conformemente al principio di territorialità sancito dal diritto tributario internazionale e riconosciuto dal diritto comunitario. Tuttavia, il fatto che esso non tassa i redditi delle controllate non residenti di una controllante registrata sul suo territorio non giustifica, di per sé, una limitazione dello sgravio di gruppo alle perdite subite dalle società residenti. [...] Occorre verificare se la misura restrittiva non ecceda quanto necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti».

valutazione comunitaria del problema<sup>318</sup>. Precedono logicamente, cioè, la verifica della Corte in ordine all'esistenza di una discriminazione.

### 3.5.2.3 La lotta alle frodi e all'elusione.

Le pratiche abusive poste in essere dai contribuenti e volte all'elusione fiscale costituiscono una preoccupazione non solo per gli ordinamenti nazionali ma anche per il diritto comunitario, soprattutto perché creano una distorsione nella concorrenza tra gli operatori del mercato<sup>319</sup>.

In ambito comunitario, però, le discipline antielusive nazionali devono pur sempre applicarsi nel pieno rispetto delle libertà fondamentali e del principio di non discriminazione: la Corte di Giustizia, infatti, ha nettamente rigettato l'argomento addotto dagli Stati secondo cui le discipline antielusive si collocherebbero al di fuori dell'ambito del diritto comunitario<sup>320</sup>.

Dall'altro lato, la Corte ha precisato che l'esercizio di una libertà comunitaria al solo scopo di fruire di un regime fiscale di maggior favore previsto in un altro Stato Membro non costituisce di per sé un abuso del diritto di stabilimento, se si traduce nello svolgimento di attività economiche effettive. La ricerca del risparmio d'imposta attraverso pratiche di *forum shopping* non è dunque vietata in quanto tale dal diritto comunitario.

Il bilanciamento tra tutte queste esigenze porta la Corte a ritenere in ultima analisi che il contrasto a fenomeni abusivi è un obiettivo di politica fiscale che può legittimare sul piano comunitario il trattamento differenziato di situazioni interne e transfrontaliere (in quanto motivo imperativo di interesse generale), purché – ancora una volta – questo avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità, e dunque il contribuente sia ammesso a provare che il suo esercizio delle libertà comunitarie non ha uno scopo soltanto fiscale ma ha anche una ragione economica effettiva<sup>321</sup>.

È dato osservare, in chiave critica, che la causa di giustificazione in esame finisce per reintrodurre nel ragionamento della Corte quelle motivazioni di carattere

---

<sup>318</sup> In questo senso si esprime Wattel, *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality*, cit., p. 140.

<sup>319</sup> Questo spiega perché nei provvedimenti di armonizzazione e cooperazione tra Stati, così come nelle disposizioni del Trattato dedicate alle libertà fondamentali, sia espressamente contemplata la possibilità per gli Stati di applicare norme antielusive. V. art. 65 TFUE, art. 1(2) della Direttiva madre-figlia, art. 11 della Direttiva Fusioni, art. 8 della Convenzione Arbitrale.

<sup>320</sup> Sentenza *Biehl* (causa C-175/88), in cui è stata rigettata la cosiddetta "eccezione di sovranità" (par. 15 ss.).

<sup>321</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

economico, in senso lato connesse alla perdita di gettito degli Stati, sempre rinnegate nella giurisprudenza tradizionale (v. *supra*). Tali motivazioni sono oggi riconosciute come legittime a condizione che venga provato un esercizio abusivo delle libertà comunitarie da parte degli operatori del mercato. In presenza di un abuso, cioè, lo Stato è legittimato a porre in essere misure a tutela del proprio gettito fiscale.

Per il campo di indagine che qui interessa, questa causa di giustificazione rileva con riferimento alle discipline nazionali sulle CFC, le quali, per contrastare costruzioni fiscali spregiudicate prive di sostanza economica, creano ipotesi di doppia imposizione internazionale per i gruppi di società multinazionali (v. cap. I, par. 1.2.2, nonché *infra* cap. IV, par. 4.3).

#### **3.5.2.4 L'efficacia dei controlli fiscali e l'assenza di scambio di informazioni.**

Nella giurisprudenza recente va sempre più affermandosi un'altra categoria di giustificazione legata alla presenza o meno di forme di cooperazione ed assistenza tra le amministrazioni degli Stati Membri.

Si è già detto di come la giurisprudenza *Cassis de Dijon* abbia menzionato l'efficacia dei controlli fiscali tra i motivi imperativi di interesse generale che possono salvare la compatibilità comunitaria di una misura restrittiva<sup>322</sup>. E come, tuttavia, la giurisprudenza fiscale abbia sempre escluso dal novero di cause di giustificazione le difficoltà amministrative allegate dagli Stati a sostegno di discipline nazionali discriminatorie nei confronti delle fattispecie transnazionali.

Come è possibile riconciliare queste due affermazioni apparentemente contraddittorie? Sotto un primo aspetto, la dottrina ritiene che l'efficacia dei controlli fiscali operi in via "residuale", e dunque possa essere invocata, in ambito comunitario, solo quando l'amministrazione di uno Stato Membro si trovi nella situazione eccezionale di assoluta mancanza di indicazioni sui redditi o i beni, tale per cui non possa attivare le procedure per ottenere informazioni dal contribuente o dall'amministrazione di un altro Stato<sup>323</sup>.

Sotto un secondo aspetto, l'efficacia dei controlli fiscali assume una propria rilevanza nel campo delle relazioni con gli Stati terzi. Con riferimento a queste

---

<sup>322</sup> Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*, par. 8.

<sup>323</sup> Cordewener, A., Kofler, G., Van Thiel, S., *The Clash between European Freedoms and National Direct Tax Law*, cit., p. 1966.

relazioni, peraltro, l'impatto del diritto comunitario si limita alle situazioni che coinvolgono la libera circolazione dei capitali, l'unica fra le libertà comunitarie ad estendersi anche ai rapporti extracomunitari, seppure con alcune possibili limitazioni (v. *supra*, par. 2.3.2.1).

La Corte in proposito ha rilevato che, per determinare fino a che punto gli Stati Membri possono applicare misure restrittive ai movimenti di capitali verso Stati terzi, è necessario prendere in considerazione il diverso contesto giuridico di riferimento in cui questi movimenti di capitali avvengono, che potrebbe giustificare da parte di uno Stato Membro l'applicazione di una restrizione, non giustificabile invece rispetto a movimenti di capitali interni all'Unione<sup>324</sup>. In particolare, ha riconosciuto che la giurisprudenza elaborata con riferimento alle situazioni intracomunitarie non può essere integralmente trasposta ai movimenti di capitali verso e da Stati terzi, a causa dell'assenza di un contesto giuridico comune (la ricordata Direttiva 2011/16/UE) che stabilisca un quadro di cooperazione tra le autorità nazionali competenti<sup>325</sup>.

Di conseguenza, la soluzione prescelta dalla Corte attua un bilanciamento tra libera circolazione e mancanza di cooperazione internazionale alla luce del principio di proporzionalità. «Quando la normativa di uno Stato Membro fa dipendere il beneficio della concessione di un vantaggio fiscale dall'adempimento di condizioni la cui osservanza può essere verificata soltanto ottenendo informazioni dalle autorità competenti di un paese terzo, è, in linea di principio, legittimo per tale Stato Membro rifiutare la concessione di detto vantaggio se, in particolare per l'assenza di un obbligo convenzionale da parte di tale Paese terzo di fornire informazioni, risulta impossibile ottenere le informazioni stesse dal detto Paese»<sup>326</sup>.

Il principale effetto dell'applicazione di questa causa di giustificazione ai Paesi terzi riguarda il metodo: la Corte si trova costretta a rivedere i termini del procedimento

---

<sup>324</sup> Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *FII Group Litigation*, par. 171.

<sup>325</sup> Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-101/05, *A*, par. 60-61. Il regime svedese non estendeva l'esenzione interna ai dividendi provenienti da Stati terzi, adducendo a motivazione esigenze di efficacia dei controlli fiscali. I ricorrenti e la Commissione Europea contestavano la proporzionalità di questa misura che precludeva *a priori* la possibilità del contribuente di fornire informazioni e documenti.

<sup>326</sup> Sentenza *A*, cit., par. 63. Nello stesso senso, si vedano anche Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, causa C-521/07, *Commissione c. Paesi Bassi*, par. 47, e Corte di Giustizia, 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo*, par. 69, che afferma espressamente: «una normativa di uno Stato membro [...] la quale subordini l'esenzione di dividendi pagati da società stabilite in uno Stato terzo aderente all'Accordo SEE all'esistenza di un accordo di reciproca assistenza con lo Stato terzo interessato, può essere giustificata da ragioni imperative di interesse generale inerenti all'efficacia dei controlli fiscali e alla lotta contro le frodi tributarie». Tuttavia, ancora una volta in applicazione del principio di proporzionalità, viene censurata la disciplina nazionale che non si limita a richiedere l'esistenza di un accordo di collaborazione amministrativa ma anche di un accordo in materia di riscossioni (par. 75).

di comparazione, spostandone il baricentro. Essa è qui chiamata a verificare la comparabilità tra una situazione interna ed una che presenti elementi di collegamento con uno Stato terzo, il che comporta la necessità di tener conto di un contesto giuridico assai differente.

### **3.6 Una rinnovata attenzione per i metodi di eliminazione della doppia imposizione. La convergenza verso l'esenzione: un'opzione comunitaria per la neutralità all'importazione?**

La progressiva limitazione del concetto di “restrizione vietata” e la tendenza a riconoscere valide giustificazioni per le discipline nazionali discriminatorie ha prodotto un'apparente battuta d'arresto nel lento percorso teso a realizzare con gli strumenti della giurisprudenza l'obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione.

In quest'ottica, l'armonizzazione negativa parrebbe aver già compiuto tutto quanto era in suo potere in vista di questo obiettivo, dal momento in cui ha favorito la spontanea convergenza di tutti gli ordinamenti nazionali europei verso l'adozione generalizzata del sistema dell'esenzione dei dividendi. Le realtà delle cose è però differente. Si dimostrerà nel seguito (v. *infra* par. 3.7) quale sia la reale portata di questa convergenza e come alla base di questo processo si possa leggere una scelta politica, forse non troppo consapevole, della Corte in tema di ripartizione dei poteri impositivi.

Per il momento, comunque, ci si sofferma ad analizzare l'atteggiamento della giurisprudenza in merito alla scelta tra i diversi metodi di eliminazione della doppia imposizione, in altre parole si tenta di analizzare la compatibilità comunitaria del metodo dell'esenzione e del credito d'imposta.

Nel diritto internazionale, in cui non esiste un divieto di doppia imposizione, è naturale che gli Stati, qualora scelgano di contrastare il fenomeno, godano di un'assoluta libertà nella scelta di quale metodo adottare (v. art. 23 Modello OCSE). Essi possono legittimamente non estendere gli stessi benefici previsti per le situazioni domestiche a quelle transfrontaliere, ad esempio escludendo il credito d'imposta per i soli dividendi in entrata o in uscita.

Lo scenario comunitario è totalmente differente. Qui si parte dal presupposto che l'eliminazione della doppia imposizione è un obiettivo dell'Unione. È evidente allora che la soluzione più coerente sarebbe, in primo luogo, quella di attribuire la giurisdizione esclusiva ad un singolo Stato, per evitare in radice la sovrapposizione di

ordinamenti che origina la doppia imposizione (giuridica). Si comprende così perché nell'impianto delle Direttiva madre-figlia e interessi-*royalties* il legislatore comunitario abbia optato per la tassazione dei redditi nel solo Stato della residenza, vietando il prelievo di ritenute alla fonte.

Per quanto riguarda l'eliminazione della doppia imposizione economica, tuttavia, come la Direttiva madre-figlia conferma, non è sufficiente assegnare la giurisdizione in esclusiva sul dividendo, ma è anche necessario neutralizzare l'imposta sulle società sottostante, applicando alternativamente il metodo dell'esenzione o del credito.

L'adozione del metodo dell'esenzione integrale garantisce lo stesso risultato di assegnazione esclusiva della giurisdizione ottenuto con i provvedimenti comunitari citati, con la differenza che, in questo caso, l'unica imposizione ammessa è quella operata dallo Stato della fonte. Diversamente, il metodo del credito ordinario si basa sul presupposto di una giurisdizione condivisa e può essere efficace o inefficace al fine di eliminare la doppia imposizione economica a seconda del grado di imposizione (minore o maggiore) scontato dall'utile della società distributrice nello Stato della fonte<sup>327</sup>.

La prima pietra miliare posta dalla giurisprudenza comunitaria sul tema è quella che ha tradotto il divieto di discriminazione nella necessità di estendere i metodi interni di eliminazione della doppia imposizione economica anche alle situazioni transfrontaliere<sup>328</sup>.

Primario effetto di questa impostazione è stata una naturale convergenza degli ordinamenti nazionali verso sistemi di esenzione dei dividendi. I legislatori nazionali hanno raccolto le sollecitazioni comunitarie, trovandosi di fronte ad una scelta quasi obbligata<sup>329</sup>. Le sentenze richiamate sono state lette come una dichiarazione di incompatibilità del sistema dell'imputazione coi principi dell'Unione. Estendere il credito fino a coprire imposte prelevate all'estero per evitare discriminazioni vietate dal diritto comunitario avrebbe comportato conseguenze inaccettabili per gli Stati, dal punto di vista amministrativo, finanziario e giuridico. Per quanto astrattamente più idoneo a neutralizzare la doppia imposizione sui dividendi, nel caso di distribuzioni transfrontaliere il metodo dell'imputazione risulta in concreto meno efficace rispetto a

---

<sup>327</sup> Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law*, cit., p. 127.

<sup>328</sup> V. le sentenze *Verkooijen*, *Manninen*, cit., nonché Corte di Giustizia, 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*.

<sup>329</sup> Tra gli altri, anche il legislatore italiano ha introdotto nel 2003 un sistema comune di tassazione per i dividendi e le plusvalenze, ispirato al meccanismo di *participation exemption*.

quello dell'esenzione, a causa della maggiore complessità amministrativa connessa alla sua applicazione (v. *supra* cap. I, par. 1.3.3). Sono inoltre estremamente pesanti le conseguenze finanziarie e giuridiche: la concessione di un credito per imposte estere si tradurrebbe per gli Stati in un onere economico eccessivo, per di più in contrasto stridente con il principio di territorialità dell'imposizione.

Una lettura intransigente di alcune affermazioni della giurisprudenza, che conduca a considerare illegittima anche ogni soluzione di credito d'imposta che tenga conto solo in modo forfettario e semplificato delle imposte pagate dalla società erogante, potrebbe addirittura decretare, secondo alcuni, la fine del sistema del credito d'imposta a livello europeo e l'imposizione surrettizia di un coordinamento tra tassazione dei soci e delle società attraverso l'esenzione<sup>330</sup>.

Raggiunto questo primo risultato di armonizzazione negativa, la Corte si è successivamente trovata a valutare la compatibilità comunitaria di quegli ordinamenti che hanno optato per un sistema misto, cioè hanno adottato il metodo dell'esenzione per le situazioni interne, mantenendo un sistema di credito d'imposta per le situazioni *cross border*.

Con riferimento a questa seconda ipotesi, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia è ricorrente l'affermazione dell'equivalenza dei due metodi, pur alla luce delle loro notevoli differenze strutturali<sup>331</sup>. Il diritto comunitario esige da uno Stato soltanto che, nel momento in cui abbia deciso di alleviare l'imposizione a catena sulle distribuzioni di dividendi tra soggetti nazionali, estenda lo stesso trattamento ai dividendi di origine straniera, senza che rilevi il metodo a questo scopo adottato: l'esenzione per i dividendi interni può perciò coesistere con l'imputazione per quelli in entrata. Lo strumento tecnico scelto nell'ambito della potestà impositiva spettante a ciascuno Stato risulta assolutamente indifferente. «Ciò che rileva è l'effetto concreto che risulta dall'applicazione di ciascun metodo e quindi l'elemento sostanziale della

---

<sup>330</sup> Così la citata sentenza *Manninen*, e, recentemente, Corte di Giustizia, 30 giugno 2011, C-262/09, *Meilicke*, par. 34. Si supererebbe, in altre parole, Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*, che riconosceva espressamente la compatibilità comunitaria del metodo del credito. Sul tema, v. Lupi, R., *Corte di Giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 1186. Per l'autore, nel momento in cui tutti gli Stati Membri sono spinti ad adottare il modello dell'esenzione, si rende necessario intervenire a livello comunitario per armonizzare le aliquote dell'imposta societaria: una corsa al ribasso dell'imposizione societaria consentirebbe, infatti, di attrarre investimenti esteri, costringendo lo Stato in cui risiede il percettore dei relativi dividendi ad accordare comunque l'esenzione, ma frustrando la sua libertà di tassare secondo criteri progressivi, cioè impedendogli di controbilanciare con un maggior prelievo sul socio una carenza di imposizione sulla società nello Stato della fonte.

<sup>331</sup> Sentenze *FII Group Litigation*, cit., par. 60; *Haribo*, cit., par. 86. Sul punto v. ancora Corte di Giustizia, ordin. 23 aprile 2008, causa C-201/05, *CFC and Dividend Group Litigation*, par. 39.

possibilità di creare di fatto ostacoli all'ottenimento del fine perseguito, ovvero la neutralizzazione effettiva delle distribuzioni di dividendi, nei soli casi in cui risultino interessati soggetti non residenti»<sup>332</sup>.

La regola dell'equivalenza è stabilita avendo riguardo esclusivamente all'efficacia finale dei due metodi rispetto all'obiettivo di eliminare la doppia imposizione in modo non discriminatorio. L'affermazione ha un sapore politico, in quanto è evidente che i due sistemi non si equivalgono nella sostanza.

Se è vero che la Corte consente la coesistenza dell'esenzione per i dividendi di fonte interna e dell'imputazione per i dividendi di fonte estera a patto che i risultati del sistema non siano discriminatori, è pur vero che il sistema di imputazione deve soddisfare numerosi requisiti per garantire risultati uguali all'esenzione. La Corte richiede innanzitutto che gli oneri amministrativi imposti al contribuente con il metodo del credito rispettino il principio di proporzionalità<sup>333</sup>. Inoltre, condiziona l'equivalenza dell'imputazione al fatto che l'aliquota sui dividendi esteri non sia superiore a quella applicata ai dividendi nazionali, e il credito sia almeno pari all'importo versato nello Stato della controllata, fino a concorrenza dell'imposta applicata nello Stato della beneficiaria. Ancora, esenzione per dividendi interni e imputazione per dividendi in entrata si equivalgono solo se viene concessa al contribuente la possibilità di riportare il credito d'imposta ad esercizi successivi a quello che dovesse concludersi con una perdita<sup>334</sup>. Infine, il credito d'imposta risulta in concreto inadeguato a garantire l'obiettivo di un'effettiva eliminazione della doppia imposizione laddove combinato con il metodo dell'esenzione, perché la giurisprudenza valuta l'identità sostanziale degli effetti applicativi: riconosce cioè l'equivalenza purché non si verifichi nemmeno una "restrizione in senso economico"<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> Così Bulgarelli, F., *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, p. 644.

<sup>333</sup> La Corte ha ripetutamente affermato che i maggiori oneri amministrativi che l'imputazione comporta non valgono di per sé a integrare una differenza di trattamento contraria alle libertà fondamentali (v. le citate sentenze *FII Group Litigation* e *Haribo*, par. 96 ss.). Peraltro, nella recente sentenza *Meilicke* (C-262/09), è stata qualificata come restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali la disciplina che subordinava il credito d'imposta alla produzione di un attestato conforme al sistema interno dello Stato membro interessato, «senza alcuna possibilità per l'azionista di dimostrare tramite altri elementi e informazioni rilevanti l'imposta effettivamente versata dalla società distributrice dei dividendi» (par. 40).

<sup>334</sup> Sentenza *Haribo*, cit., par. 157 ss., in cui la Corte arriva a garantire una tutela comunitaria contro la doppia imposizione "differita", scalzando per la prima volta l'elemento temporale dalla definizione di doppia imposizione (v. *infra* par. 3.71.2).

<sup>335</sup> V. Corte di Giustizia, 15 settembre 2011, causa C-310/09, *Accor*. La Corte ha ritenuto contraria al diritto di stabilimento e di libera circolazione dei capitali la normativa francese in base a cui ricevevano un credito d'imposta le sole società francesi che percepivano dividendi da società controllate residenti. Detto credito era imputabile all'acconto dell'imposta sulle società che tutte le società francesi erano

Del resto è inevitabile che gli effetti dei due metodi siano diversi se solo si considera a livello strutturale che l'esenzione prescinde totalmente dal livello di tassazione estera e sposta la tassazione dal livello del socio a quello dell'impresa.

I due metodi infatti si ispirano a diverse esigenze politiche: il credito d'imposta riduce la convenienza di produrre reddito all'estero, mentre l'esenzione garantisce l'uguaglianza delle condizioni di accesso a tutti i mercati. Il graduale passaggio dal primo al secondo metodo significa quindi privilegiare nel mercato europeo il valore della neutralità all'importazione dei capitali (*capital import neutrality*) rispetto alla neutralità all'esportazione (*capital export neutrality*)<sup>336</sup>. Mentre infatti il metodo dell'esenzione consente il trattamento nazionale dello Stato della fonte, l'imputazione mira a salvaguardare condizioni di uguaglianza nello Stato della residenza rispetto agli altri contribuenti che producono solo reddito interno. Il che, nel contesto europeo, può tradursi in un ostacolo alla libera circolazione dei capitali, poiché rende impossibile garantire una parità di trattamento indipendentemente dallo Stato Membro in cui un cittadino comunitario sia residente.

Queste implicazioni politiche giustificano il favore della Corte per il metodo dell'esenzione, più in linea con le esigenze comunitarie, ma al contempo spiegano la sua titubanza ad censurare definitivamente il metodo dell'imputazione arrogandosi una scelta di carattere politico<sup>337</sup>. In proposito, non si può dimenticare che la Corte è vincolata al dato positivo della Direttiva madre-figlia, il quale si pone in modo neutrale rispetto all'opzione tra credito ed esenzione<sup>338</sup>; d'altra parte, essa è anche condizionata dalla tradizionale preferenza del sistema internazionale per il valore della neutralità all'esportazione (v. cap. I).

---

tenute a versare al momento della redistribuzione ai propri soci di tali dividendi. Ne risultavano penalizzate le società che percepivano dividendi da controllate estere, in quanto non potevano usufruire del credito d'imposta. È interessante che in questo caso la Corte (par. 61 ss.) abbia fatto applicazione di un concetto di restrizione in senso economico: la disciplina descritta costringeva le società con controllate all'estero a distribuire un importo inferiore di dividendi (v. *supra*, cap. III par. 3.2.3).

<sup>336</sup> In questo senso, v. Marchetti, F., Rasi, F., *Raccolta di capitale di rischio e di capitale di debito: la disciplina italiana*, in Studi Tributari Europei, 2010, 1, par. 3.2. V. anche le osservazioni di Pistone, P., *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia non convince*, in Riv. Dir. Trib., 2000, III, p. 76; e Wattel, P., *Home Neutrality in an Internal Market*, in European Taxation, 1996, p. 159.

<sup>337</sup> V. le considerazioni di Vanistendael, F., *Does the ECJ have the power to build a tax system*, cit. p. 63; inoltre, Kemmeren, E., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and Plea for an Origin-Based Approach*, in Bulletin for international taxation, 2006, 11, p. 442.

<sup>338</sup> Anche nell'interpretazione della Direttiva, comunque, la giurisprudenza manifesta il *favor* verso l'esenzione, impedendo che una disciplina di attuazione nazionale vi ponga limitazioni e condizioni: v. Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-138/07, *Cobelfret*. Con commento di Menti, F., *La direttiva madre-figlia n. 90/435 e l'obbligo per gli Stati di astenersi dal sottoporre a imposizione i dividendi*, in Riv. Dir. Trib., 2009, IV, p. 266.

Dalla constatazione che la valutazione di equivalenza ha natura sostanziale, discende un'altra importante considerazione. Emerge infatti nel pensiero comunitario una nuova concezione, più ampia, di doppia imposizione economica: essa non è più solo e necessariamente una vera e propria duplicazione di imposte, ma è anche qualsiasi ipotesi di trattamento fiscale deteriore (in termini di maggior carico economico) a danno delle sole situazioni *cross border* in conseguenza dell'applicazione di metodi di rimozione in concreto non equivalenti<sup>339</sup>.

### **3.7 Lo stato dell'arte: la responsabilità dell'eliminazione della doppia imposizione economica e giuridica nel quadro d'insieme delineato dalla giurisprudenza.**

È necessario a questo punto trarre le fila del complesso scenario giurisprudenziale che si è delineato, così da chiarire in che modo l'ordinamento comunitario si muove per raggiungere il proprio obiettivo di eliminazione della doppia imposizione. In particolare, la questione pratica più rilevante a cui bisogna dare risposta è quale Stato (della fonte, della residenza o entrambi) sia responsabile dell'effettivo raggiungimento dell'obiettivo. In sostanza, bisogna domandarsi, con riferimento alla doppia imposizione sia giuridica sia economica, se il diritto comunitario privilegia il criterio di tassazione alla residenza o alla fonte (v. *supra* cap. I par. 1.2.1).

Rispondere a questa domanda comporta una scelta di portata politica ma è un passaggio ineludibile per dare un significato concreto al disegno complessivo costruito dalla giurisprudenza. Alla luce dell'evoluzione che si è descritta, è chiaro che la risposta non potrà essere formulata in termini di certezza, ma piuttosto di indicazione di sistema, bisognosa di conferme e precisazioni nell'evoluzione futura. Si svilupperà dunque il tema prima nella prospettiva dello Stato di residenza, poi dello Stato della fonte, affrontando per entrambi tali Stati i due profili distinti della doppia imposizione economica e giuridica.

Infatti, limitando l'indagine alla tassazione dei dividendi esclusi dal regime della Direttiva madre-figlia, le due forme di doppia imposizione pongono questioni differenti sul piano comunitario: come si è visto, il fenomeno economico rileva della sfera comunitaria in termini di violazione del divieto di discriminazioni, ossia solo quando si configuri come trattamento discriminatorio originato dalle norme di un singolo

---

<sup>339</sup> Sul punto si veda, estesamente, al successivo capitolo IV e V.

ordinamento nazionale; il fenomeno giuridico, invece, viene tendenzialmente escluso dalla giurisprudenza più recente dall'ambito di applicazione delle libertà fondamentali<sup>340</sup>.

A questa diversa collocazione delle due forme del fenomeno corrisponde la necessità di fornire risposte diverse, pur in vista del comune obiettivo di risolvere a livello comunitario il problema della doppia imposizione nel suo complesso.

### **3.7.1 La prospettiva dello Stato di residenza.**

I flussi di dividendi in entrata vengono tassati nello Stato di residenza del socio percettore dando luogo a un problema sia di doppia imposizione economica, nella misura in cui tali dividendi abbiano già scontato l'imposta sulle società come parte degli utili della società distributrice nello Stato della fonte, sia di doppia imposizione giuridica, nel caso in cui lo Stato della fonte abbia prelevato sul dividendo in uscita una ritenuta.

#### **3.7.1.1 Focus sulla doppia imposizione giuridica.**

Per quanto attiene alla doppia imposizione giuridica, bisogna subito rilevare che la giurisprudenza è costante nell'affermare che lo Stato di residenza non ha alcun obbligo comunitario a concedere un credito d'imposta che copra la ritenuta alla fonte prelevata in un altro Stato. In altre parole, non gli si può in alcun modo addebitare la responsabilità di alleviare la doppia imposizione giuridica sui dividendi *inbound*.

La Corte giustifica questa presa di posizione in base alla considerazione che le eventuali conseguenze svantaggiose derivanti dall'applicazione di un regime interno intrinsecamente non discriminatorio «derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati Membri della loro competenza fiscale ... Il diritto comunitario al suo stato attuale non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati Membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità»<sup>341</sup>.

In altri termini, la mera qualità di Stato Membro di residenza del beneficiario dei dividendi non può comportare l'obbligo, per tale Stato Membro, di compensare uno

---

<sup>340</sup> V. *supra* par. 3.2.4, con relative note critiche, che saranno riprese a conclusione di questo capitolo.

<sup>341</sup> Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, causa C-513/06, *Kerckhaert e Morres*, par. 20-22. Analogamente, si vedano Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*, par. 27, e Corte di Giustizia, 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo*, par. 170-171.

svantaggio fiscale derivante da un'imposizione a catena interamente effettuata dallo Stato Membro di residenza della società distributrice di tali dividendi, nella misura in cui il primo Stato non prevede un regime discriminatorio al suo interno basato sulla provenienza, nazionale o meno, dei dividendi<sup>342</sup>.

Pertanto, per la Corte non si tratta di restrizioni vietate dal Trattato e non vi è ragione per gravare lo Stato di residenza dell'obbligo di prevenire gli svantaggi derivanti dalla ripartizione della giurisdizione fiscale tra Stati. Pur ribadendo che l'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità figura tra gli obiettivi del Trattato, la Corte prende così le distanze dalla prassi giuridica internazionale e si astiene dal porre la responsabilità di tale eliminazione in capo allo Stato della residenza: ciò significherebbe, infatti, conferire una priorità nell'imposizione allo Stato della fonte<sup>343</sup>.

La Corte privilegia così una soluzione formalistica, la quale si ferma alla rilevazione che la doppia imposizione giuridica sorge dalla giustapposizione di ordinamenti sovrani (v. *supra* par. 3.2.5), e pertanto costituisce un fenomeno che si colloca "a monte", al di fuori della sfera comunitaria.

Si ritiene di non condividere questa impostazione: la constatazione che l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione ha natura comunitaria deve essere il punto di partenza del ragionamento, e non un'osservazione incidentale. Di conseguenza, se è vero che gli Stati Membri sono liberi di negoziare tra loro le modalità con cui abolire la doppia imposizione<sup>344</sup>, è logicamente necessario, quando in concreto tale doppia imposizione non sia eliminata, stabilire a chi imputare la responsabilità per tale omissione.

In linea di principio, considerata la genesi della doppia imposizione giuridica, si dovrebbe ritenere che entrambi gli Stati sono venuti meno alle loro obbligazioni

---

<sup>342</sup> Corte di Giustizia, 20 maggio 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*, par. 41. La soluzione sarebbe forse stata differente se la questione pregiudiziale fosse stata sollevata nella prospettiva dello Stato della fonte, il cui sistema manteneva una doppia imposizione economica a danno dei soli dividendi in uscita. In proposito si vedano Spaas T., Weyn A., *The Lessons of European Smallcap Fund*, in *EC Tax Review*, 2009, 2, p. 53 e ss.: gli autori sottolineano le incongruenze dell'approccio formalistico seguito dalla Corte di Giustizia nella soluzione dei casi in materia di tassazione dei dividendi, per cui si raggiungono conclusioni diverse a seconda di mere differenze tecniche delle fattispecie, le quali tuttavia producono, in termini economici, gli stessi risultati.

<sup>343</sup> Sentenza *Damseaux*, cit., par. 28 e 34: «La circostanza che sia lo Stato membro della fonte dei dividendi sia lo Stato Membro di residenza dell'azionista possano tassare tali dividendi non implica che lo Stato di membro di residenza sia tenuto, in forza del diritto comunitario, a prevenire le conseguenze svantaggiose che potrebbero discendere dall'esercizio della competenza così ripartita tra i due Stati Membri».

<sup>344</sup> V. sentenza *Gilly*.

comunitarie, avendo contribuito in pari misura alla creazione di una doppia imposizione<sup>345</sup>. Così argomentando, ciascuno degli Stati sarebbe titolare di un'obbligazione indipendente, ed entrambi sopporterebbero solidalmente le conseguenze della violazione (il contribuente potrebbe cioè far valere il proprio diritto nei confronti dell'uno o dell'altro Stato).

Una seconda soluzione, più rispettosa delle decisioni negoziate dagli Stati sul piano internazionale e in linea con l'approccio *overall*, propende per l'attribuzione di una responsabilità esclusiva ad un singolo Stato. A fondamento di questa attribuzione, è posta la ripartizione di poteri impositivi contenuta nelle Convenzioni in vigore<sup>346</sup>.

In proposito è stato osservato che, in presenza di una Convenzione, l'eliminazione della doppia imposizione giuridica diventa per gli Stati contraenti non più una facoltà ma un vero e proprio obbligo: stipulando una Convenzione, gli Stati Membri contraenti assumerebbero verso l'ordinamento comunitario l'obbligazione di garantire questo risultato nei loro reciproci rapporti, il che implica accordare un credito per la ritenuta alla fonte effettuata dall'altro Stato contraente.

Questa impostazione ha due conseguenze. La prima: se la Convenzione non contiene la previsione del credito, la ritenuta dello Stato della fonte viola il principio di libera circolazione dei capitali, anche se espressamente autorizzata dalla Convenzione tra i due Stati Membri<sup>347</sup>, e lo Stato della residenza è "comunitariamente" tenuto ad estendere il credito interno alle situazioni coperte dalla Convenzione. La seconda: se al contrario la Convenzione prevede detto credito, sorge un problema nel caso uno Stato venga meno ai propri impegni convenzionali. Questo accade nelle ipotesi di *treaty override*, ma non solo: si pensi alla fattispecie in esame nella causa *Kerckhaert e Morres*, in cui la Corte non ha censurato la normativa belga contestata, considerando fra

---

<sup>345</sup> Quell'esercizio in parallelo di due giurisdizioni per cui lo Stato della residenza tassa i propri residenti sul loro reddito mondiale senza garantire uno sgravio dall'imposizione che hanno subito i loro redditi di fonte estera; lo Stato della fonte preleva una ritenuta sul reddito dei non residenti indipendentemente dalle imposte pagate su quel reddito nello Stato di residenza dell'operatore economico.

<sup>346</sup> V. Rust., A., *How European Law Could Solve Double Taxation*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 148 ss.. Questa soluzione è suggerita anche dalla Commissione Europea, che proprio con riferimento alla doppia imposizione giuridica causata dalla ritenuta alla fonte estera osserva: «Lo Stato [di residenza] potrebbe obiettare che il suo sistema non è discriminatorio ... e che la restrizione deriva dalla ritenuta alla fonte straniera. Quest'argomentazione, tuttavia, non può essere accettata se la convenzione fiscale dello Stato Membro autorizza l'altro Stato ad applicare una ritenuta alla fonte ... e se l'articolo 23 impone allo Stato Membro di concedere un credito per questa ritenuta alla fonte. In questo caso, la restrizione alla libera circolazione dei capitali sarebbe causata dallo Stato Membro stesso, e non dallo Stato di provenienza, poiché il modello OCSE e le convenzioni fiscali in vigore stabiliscono che lo Stato di residenza deve riconoscere il credito» (COM (2003)810 def).

<sup>347</sup> Dassesse M., *Double taxation des dividendes français en Belgique: 'Traité contre la double imposition' ne veut pas dire 'Traité pour organiser la double imposition'*, in *Revue Générale de Fiscalité*, 2005, 12, p. 19 .

l'altro che la disciplina della Convenzione franco-belga non era stata fatta oggetto del rinvio pregiudiziale<sup>348</sup>. Secondo questa concezione, anche potendo sostenere l'assenza di una violazione della Convenzione, lo Stato di residenza che la abbia stipulata sarebbe per ciò stesso tenuto a garantire il credito per la ritenuta estera, a meno di porsi in violazione del diritto comunitario<sup>349</sup>. Questa ricostruzione non confligge, ma "supera" l'atteggiamento di *self restraint* adottato dalla giurisprudenza recente, per cui «la Corte non è competente ... a pronunciarsi sull'eventuale violazione, da parte di uno Stato contraente, delle disposizioni di convenzioni bilaterali concluse dagli Stati Membri»<sup>350</sup>.

Alla luce di tutto ciò, si può riassumere in questo modo la posizione comunitaria dello Stato di residenza rispetto alla doppia imposizione giuridica: al fine di eliminare la responsabilità solidale prima descritta, Stato della fonte e della residenza devono accordarsi per definire un'assegnazione esclusiva di giurisdizione o, se optano per una giurisdizione condivisa, per applicare un'esenzione con progressività o un credito d'imposta ordinario nello Stato di residenza<sup>351</sup>.

### **3.7.1.2 Focus sulla doppia imposizione economica.**

Totalmente diversa è la soluzione adottata sull'altro versante del problema, che concerne la doppia imposizione di tipo economico. Qui la Corte segue un criterio di tipo sostanziale, riscontrando che tale forma di doppia imposizione nasce da un regime propriamente discriminatorio posto in essere dal singolo ordinamento dello Stato di residenza.

In tre decisioni miliari, relative a vicende di soci persone fisiche, la Corte ha ritenuto che gli Stati Membri non possono rifiutarsi categoricamente di estendere ai dividendi in entrata le misure contro la doppia imposizione economica applicabili ai dividendi interni. Ognuno dei tre casi si riferiva ad un diverso metodo di eliminazione

---

<sup>348</sup> Detta Convenzione prevedeva che il Belgio accreditasse la ritenuta alla fonte francese, cosa che non accadeva in concreto perché il Belgio aveva modificato la propria disciplina interna. Per lo Stato belga ciò non costituiva una violazione della Convenzione poiché la stessa subordinava la concessione del credito estero alla sua disponibilità anche nel diritto interno. L'eliminazione del beneficio fiscale anche a livello domestico, dunque, avrebbe escluso il diritto allo stesso beneficio sul piano convenzionale.

<sup>349</sup> Kofler G.W., Mason R., *Double Taxation: A European "Switch in Time"?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, 1.

<sup>350</sup> Sentenza *Damseaux*, cit., par. 22. Nello stesso senso si era espressa Corte di Giustizia, 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services*, par 46.

<sup>351</sup> Van Thiel, S., *Why the European Court of Justice should Interpret Directly Applicable Community Law*, cit., p. 126.

della doppia imposizione: *Verkooijen* al metodo dell'esenzione, *Lenz* al metodo cedolare, *Manninen* al metodo dell'imputazione<sup>352</sup>.

Le difese avanzate dagli Stati facevano perno sul fatto che il diverso regime di dividendi interni e in entrata sarebbe stato giustificato da un'oggettiva differenza tra le società distributrici residenti e non residenti, dunque in ultima analisi sul principio di territorialità. Le società non residenti, infatti, non venivano assoggettate al prelievo dell'imposta sulle società nello Stato di residenza del socio.

Per la Corte, tuttavia, la comparazione deve essere effettuata non tra la posizione delle società quanto tra quella dei soci percettori dei dividendi, rispettivamente domestici e in entrata: entrambi si trovano, infatti, a subire gli effetti pregiudizievoli della doppia tassazione economica degli utili distribuiti<sup>353</sup>. Ne consegue che un metodo di sgravio selettivo costituisce una violazione della libera circolazione dei capitali da parte dello Stato di residenza. L'origine del dividendo non rileva per il diritto comunitario e non può essere fattore di discriminazione: i dividendi domestici e in entrata sono comparabili nella misura in cui sono similmente gravati da un'imposta sul reddito della società distributrice<sup>354</sup>.

La sentenza *FII Group Litigation* ha esteso anche ai dividendi infrasocietari in entrata, connessi a partecipazioni di portafoglio, la necessità di eliminare la doppia imposizione discriminatoria.

Un recente sviluppo giurisprudenziale ha segnato un avanzamento del fronte di tutela comunitaria di pertinenza dello Stato di residenza<sup>355</sup>. Quest'ultimo è chiamato a garantire i contribuenti anche contro la doppia imposizione economica "differita". È il caso che si verifica quando la società percettrice dei dividendi esteri chiude l'esercizio in perdita, non deve quindi all'erario alcuna imposta sul reddito relativamente a quell'esercizio, e – parallelamente – non può nemmeno utilizzare il credito per i dividendi esteri ricevuti. Tuttavia, poiché l'importo della perdita viene ridotto in misura corrispondente all'ammontare dei dividendi ricevuti (integrati nella base imponibile), la

---

<sup>352</sup> V. *supra* par. 3.2.2. Il metodo cedolare, in particolare, prevede che la società sia tassata sui propri utili, i dividendi formino parte del reddito del socio ma vengano tassati con un'aliquota inferiore a quella marginale applicabile a suo intero reddito.

<sup>353</sup> Sul tema del metodo di comparazione, si veda il precedente paragrafo 3.3.1.

<sup>354</sup> Questa impostazione, però, viene parzialmente sfumata: è ammissibile infatti che la misura dello sgravio per i dividendi esteri sia ancorata all'effettivo trattamento fiscale applicato alla società distributrice nel proprio Stato Membro di residenza (v. sentenza *Manninen* nonché, per i dividendi infrasocietari, la sentenza *FII Group Litigation*, cit. par. 52, che conferma la legittimità comunitaria del credito d'imposta ordinario).

<sup>355</sup> Sentenza *Haribo*, cit., par. 157 ss..

società che si trovi in questa situazione potrà riportare agli esercizi successivi perdite di minore importo rispetto ad una società che riceva dividendi domestici soggetti, invece, al metodo dell'esonazione (che non prevede l'integrazione dei dividendi nel calcolo della base imponibile). Una siffatta disparità porta ad una doppia imposizione economica dei soli dividendi esteri negli esercizi successivi che chiudano in utile, a meno che il sistema non garantisca il riporto agli anni successivi del credito d'imposta non usufruito nell'anno di competenza<sup>356</sup>. Per evitare questo trattamento discriminatorio, il diritto comunitario impone pertanto allo Stato di residenza un'applicazione estensiva del metodo dell'imputazione. Si amplia così la concezione comunitariamente rilevante di doppia imposizione economica, in cui, per rispettare il principio di proporzionalità, viene meno il riferimento temporale all'identità del periodo d'imposta<sup>357</sup>.

Questa recente evoluzione conferma ulteriormente la difficoltà di continuare ad applicare in un contesto europeo il metodo dell'imputazione. Si conferma la pressione comunitaria (mai peraltro esplicita) in favore dell'adozione da parte dello Stato della residenza del metodo dell'esonazione per il contrasto alla doppia imposizione.

È stato acutamente osservato come l'approccio seguito in questa giurisprudenza è fondato precipuamente sul principio di non-discriminazione, più che su una scelta consapevole della Corte in favore della *capital export neutrality*, come invece a prima vista le pronunce analizzate potrebbero suggerire<sup>358</sup>.

Mettendo allora a sistema i due aspetti della questione si può affermare che:

(i) dall'applicazione del principio di non discriminazione consegue l'attribuzione di una competenza generale allo Stato di residenza per eliminare la doppia imposizione economica (v. *Manninen, FII Group Litigation* e *ACT Group Litigation*)<sup>359</sup>.

(ii) la spinta comunitaria verso l'adozione del metodo dell'esonazione dei dividendi nello Stato di residenza pare implicare l'esercizio di un'opzione politica della Corte di Giustizia in favore di un modello di tassazione dei redditi alla fonte. È lecito

---

<sup>356</sup> In assenza di riporto, infatti, i dividendi esteri contribuirebbero alla determinazione della base imponibile, ma alla società percettrice in perdita sarebbe precluso il beneficio legato allo sgravio della doppia imposizione economica.

<sup>357</sup> V. *supra* par. 3.6 per la coesistenza del metodo del credito e dell'imputazione. Per la definizione degli elementi costitutivi della categoria di doppia imposizione economica, invece, v. Cap. I, par. 1.2.5.

<sup>358</sup> Hellerstein W., Kofler G.W., Mason R., *Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration*, in *Tax Law Review*, 2008, 62, p. 24. Gli autori rilevano che la Corte di Giustizia prende in considerazione i sistemi nazionali nel loro complesso e non va a sindacare le loro scelte politiche di fondo.

<sup>359</sup> In questo senso Graetz M.J., Warren A.C. jr., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, p. 1611.

interrogarsi sul grado di consapevolezza di questa scelta giurisprudenziale, proprio la stessa – fra l’altro – che la Corte ha rifiutato di compiere in tema di eliminazione della doppia imposizione giuridica (v. paragrafo precedente): la differenza fondamentale tra le due fattispecie sta nell’applicabilità o meno del principio di non discriminazione.

Bisogna allora forse ritenere che il fattore discriminante tra doppia imposizione economica e giuridica sta nella collocazione teorica dei due fenomeni rispetto alla sfera comunitaria: la Corte non osa prendere una posizione politica laddove il fenomeno viene collocato al di fuori di tale sfera. Se invece una fattispecie ricade nel campo di applicazione del Trattato, la Corte di Giustizia si ritiene legittimata a compiere una scelta di politica fiscale internazionale. Ancora, è necessario verificare l’opportunità dell’opzione per la tassazione alla fonte, che la Corte di Giustizia ritiene più adeguata ai requisiti posti dal diritto comunitario, così da chiarire il rapporto con le tradizionali regole di riparto proprie dell’ordinamento internazionale (v. *infra* par. 3.7.3).

### **3.7.2 La prospettiva dello Stato della fonte.**

Dal punto di vista dello Stato della fonte, occorre invece analizzare la tassazione subita dai dividendi in uscita. Questo Stato tassa l’utile della società distributrice e preleva una ritenuta alla fonte sui dividendi diretti all’estero a soci non residenti.

Il primo aspetto (tassazione della società) rileva ai fini della doppia imposizione economica che si realizza in combinazione con l’imposizione sul reddito del socio nello Stato di residenza. Si deve subito rilevare che questa situazione costituisce l’altro versante della fattispecie già esaminata nella prospettiva dello Stato di residenza. È facile pertanto individuare la soluzione comunitaria a questo problema leggendo al contrario le conclusioni prima raggiunte: il diritto comunitario vivente favorisce il principio internazionalmente riconosciuto di tassazione alla fonte (*source State priority*) e addossa interamente allo Stato di residenza l’onere di eliminare gli effetti negativi della doppia imposizione economica causata da un proprio regime interno discriminatorio (v. par. 3.7.1.2). Il prelievo sull’utile societario nello Stato della fonte, del resto, non rileva per il diritto comunitario in quanto attua una pretesa fiscale interna senza profili di extraterritorialità<sup>360</sup>.

---

<sup>360</sup> Sentenza *ACT Group Litigation*, par. 59: «Richiedere che lo Stato di residenza della società distributrice assicuri che gli utili distribuiti ad un azionista non residente non siano colpiti da un’imposizione a catena o da una doppia imposizione, esonerando tali utili dall’imposta in capo alla

Il secondo aspetto (ritenuta alla fonte) rileva invece su un duplice fronte: da un lato, per la doppia imposizione economica che subisce il socio non residente per la combinazione tra ritenuta e prelievo fiscale sull'utile della società distributrice; dall'altro, per la doppia imposizione giuridica che si realizza combinando ritenuta e tassazione sul socio nel suo Stato di residenza.

### **3.7.2.1 Ritenute alla fonte e doppia imposizione economica.**

Come si è dimostrato, la doppia imposizione economica non è vietata in quanto tale dal diritto comunitario, ma solo in quanto consegua ad una misura nazionale selettiva, discriminatoria. Nella giurisprudenza chiamata a vagliare la legislazione nazionale dello Stato della fonte, le posizioni da comparare per valutare l'esistenza di una discriminazione sono quelle dei percettori di dividendi di fonte interna, residenti ovvero non residenti in detto Stato. Invero, la posizione di queste due categorie di contribuenti viene ritenuta paragonabile solo se lo Stato della fonte applica il prelievo di una ritenuta alla fonte sui redditi destinati a non residenti.

La ritenuta è infatti l'unico modo con cui lo Stato della fonte attua una pretesa fiscale extraterritoriale: attraverso tale forma di tassazione opera un'estensione della propria giurisdizione su soggetti non residenti. E, se nell'ottica delle fattispecie interne la ritenuta alla fonte costituisce un acconto rispetto all'imposta sul reddito (imputabile al reddito stesso e, in caso di eccedenza, rimborsabile), nelle fattispecie internazionali essa costituisce un prelievo a titolo d'imposta definitiva nello Stato della fonte, salvo il solo caso che in tale Stato vi sia una stabile organizzazione della società non residente. In questo secondo caso, la ritenuta è spesso giustificata dall'esigenza di assicurare una proficua riscossione<sup>361</sup>.

Il prelievo di una ritenuta costituisce dunque il presupposto di una valutazione comunitaria che possa imporre allo Stato della fonte l'obbligo di eliminare una situazione di doppia imposizione discriminatoria contrastante con le libertà di circolazione.

---

società distributrice o concedendo al detto azionista un beneficio fiscale corrispondente all'imposta versata su tali utili da parte della società distributrice, significherebbe infatti che il detto Stato debba rinunciare al suo diritto di assoggettare ad imposta un reddito generato da un'attività economica esercitata nel suo territorio».

<sup>361</sup> Sulla possibilità di giustificare il prelievo di una ritenuta sul piano comunitario, in nome dell'esigenza di assicurare l'effettiva riscossione dei tributi, si vedano le osservazioni di Simader, K., *Withholding Taxes and the Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, in *Bulletin for international taxation*, 2010, 2, p. 115 ss..

Si comprende allora perché la giurisprudenza distingue due ipotesi. Se la ritenuta non è prelevata, la giurisdizione è limitata ai soli soci residenti e perciò lo Stato della fonte non è tenuto ad estendere ai soci non residenti le misure di sgravio dalla doppia imposizione economica eventualmente previste per i soci residenti. In questo caso, infatti, i dividendi domestici e in uscita non sono paragonabili.

Al contrario, se una ritenuta viene applicata, i soci residenti e non residenti si trovano nella stessa posizione, in quanto la doppia imposizione economica subita dal socio non residente è causata dall'esercizio della potestà impositiva del solo Stato della fonte<sup>362</sup>. Solo in questo caso il meccanismo di sgravio previsto per le situazioni interne deve essere esteso. Il diritto comunitario arriva qui ad incidere sull'esercizio della sovranità fiscale dello Stato della fonte, imponendogli di rinunciare all'applicazione della ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti a soci non residenti qualora vi sia un'analogia rinuncia in favore dei soci residenti<sup>363</sup>.

Una volta riconosciuto l'obbligo comunitario dello Stato della fonte di eliminare questa tipologia di discriminazioni, si pone la questione del rapporto con le pattuizioni convenzionali: in altre parole, si deve verificare la possibilità dello Stato della fonte di trasferire in via convenzionale il proprio obbligo allo Stato di residenza. La giurisprudenza ritiene che per far venir meno l'obbligazione comunitaria dello Stato della fonte non basti l'astratta previsione contenuta in una Convenzione, ma occorre che lo Stato di residenza assicuri la neutralizzazione effettiva della doppia imposizione, garantendo alle situazioni transnazionali un trattamento in concreto equivalente. Ove ciò non avvenga, rivive pienamente l'obbligazione dello Stato della fonte e la sua

---

<sup>362</sup> Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*, par. 38: «a partire dal momento in cui uno Stato Membro, in modo unilaterale o per via convenzionale, assoggetti all'imposta sul reddito non soltanto gli azionisti residenti, ma anche gli azionisti non residenti, per i dividendi che essi percepiscono da una società residente, la situazione di tali azionisti non residenti si avvicina a quella degli azionisti residenti. Infatti, è il solo esercizio da parte di questo stesso Stato della sua competenza tributaria che, indipendentemente da ogni imposizione in un altro Stato Membro, genera un rischio di imposizione a catena o di doppia imposizione economica». Nello stesso senso, v. anche la sentenza *Denkavit Internationaal*. Come già precisato in *ACT Group Litigation*, par. 70: «In tale caso (...) lo Stato di residenza della società distributrice deve vigilare affinché, in relazione al meccanismo previsto dal suo diritto nazionale allo scopo di prevenire o attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica, le società azioniste non residenti siano assoggettate ad un trattamento equivalente a quello di cui beneficiano le società azioniste residenti».

<sup>363</sup> V. Sentenza *Amurta*, cit.; nonché Corte di Giustizia, 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen*; 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*; 19 gennaio 2006, C-265/04, *Bouanich*; Corte EFTA, 23 novembre 2004, causa E-1/04, *Fokus Bank*. Sul punto si rimanda alle riflessioni di Chéruey, C., *Le chant du cygne de la retenue à la source sur les dividendes au sein de l'Union Européenne?*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders*, cit., p. 155.

responsabilità per la mancata neutralizzazione degli effetti della doppia imposizione<sup>364</sup>. Uno Stato infatti non può invocare l'esistenza di una Convenzione per sfuggire agli obblighi su di esso incombenti in forza del Trattato<sup>365</sup>.

La Corte di Giustizia non arriva a smentire la *source State priority rule* consolidata nel diritto internazionale, anche se consapevolmente incide in maniera significativa sull'esercizio dei poteri dello Stato della fonte. Si noti, peraltro, che la rinuncia alla ritenuta alla fonte corrisponde al disegno sistematico della Direttiva madre-figlia<sup>366</sup>. Inoltre, si tratta di una rinuncia che non lede il principio di territorialità dell'imposizione, in quanto non impone allo Stato della fonte di rinunciare *in toto* a tassare i redditi prodotti nel suo territorio<sup>367</sup>. Essi infatti sono già oggetto dell'imposta sul reddito della società distributrice e, in linea con la difesa del principio di territorialità, tale Stato non è mai tenuto a scongiurare la doppia imposizione economica subita dai non residenti, accordando a costoro un credito d'imposta relativo all'imposta prelevata al livello della società distributrice (v. *supra* par. 3.7.2).

Alla luce di queste considerazioni, è possibile concludere che, quando il diritto comunitario impone allo Stato della fonte una rinuncia alle proprie ritenute, lo fa in applicazione del principio di non discriminazione, e finisce per accogliere un modello di giurisdizione condivisa e temperare il modello di tassazione alla fonte, che invece sembra prediligere senza riserve quando affronta la doppia imposizione economica dalla prospettiva dello Stato di residenza. Ma, a ben vedere, non si tratta di un vero e proprio abbandono del principio di tassazione alla fonte, quanto piuttosto di una sorta di sanzione per lo Stato che ha posto in essere la discriminazione<sup>368</sup>.

Del resto, questa soluzione le consente di non creare una rottura con le regole tradizionali del diritto internazionale. È però in un certo senso una scelta obbligata, in quanto i giudici comunitari non dispongono degli strumenti giuridici e politici necessari

---

<sup>364</sup> Sentenze *Amurta*, cit., par. 84 e *Commissione c. Italia*, causa C-540/07, par. 37 ss.. Si rimanda anche alle osservazioni precedentemente svolte in merito al metodo *overall*, par. 3.3.2.1.

<sup>365</sup> Sentenze *Denkavit Internationaal* (C-170/05, par. 53) e *Commissione c. Francia* (C-270/83, par. 26). V. sul punto Bulgarelli, F., *Imposizione nazionale di utili infracomunitari e compatibilità dei regimi nazionale e comunitari*, in *Rass. Trib.*, 2007, 2, p. 640, che osserva come il prelievo di una ritenuta alla fonte sui dividendi in uscita determini una restrizione alla libertà di stabilimento «quando la ritenuta non possa essere scomputata utilmente dall'imposta dovuta dalla società madre nello Stato della residenza, laddove quest'ultimo dispensa dall'imposta i dividendi di fonte straniera».

<sup>366</sup> V. par. 3.7.3 per l'analisi delle scelte della giurisprudenza in rapporto a quelle operate dalla legislazione comunitaria.

<sup>367</sup> Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*, par. 81.

<sup>368</sup> Si rimanda al capitolo finale per la distinzione tra il binario della competenza alla tassazione e quello della responsabilità giuridica all'eliminazione degli effetti negativi (par. 5.4 e seguenti).

per affermare o la tassazione esclusiva alla residenza o la tassazione esclusiva alla fonte come l'unico modello comunitariamente compatibile (v. *infra* par. 3.7.3).

### **3.7.2.2 Ritenute alla fonte e doppia imposizione giuridica.**

Il prelievo di una ritenuta alla fonte realizza una doppia imposizione giuridica nella misura in cui si sovrappone alla tassazione sul reddito del socio percettore nel suo Stato di residenza.

Come si è già riscontrato nell'analisi del problema dall'angolo visuale dello Stato di residenza, la doppia imposizione deriva qui dall'esercizio congiunto della giurisdizione di due Stati sovrani. Sul punto non si registrano pronunce della giurisprudenza, ma è prevedibile che sarebbe applicato lo stesso approccio di tipo formalistico che si arresta dinanzi all'equilibrata ripartizione di poteri impositivi pattuita dagli Stati sul piano internazionale.

Solo ragionando diversamente e riportando la doppia imposizione giuridica nell'alveo dei fenomeni di rilevanza comunitaria, si potrebbe ipotizzare una responsabilità nazionale per l'eliminazione degli effetti negativi del fenomeno rispetto alla realizzazione del mercato interno (v. le considerazioni al par. 3.7.1.1).

### **3.7.3 Osservazioni conclusive.**

L'analisi che precede mette in luce tutte le incongruenze del pensiero della Corte di Giustizia. Il suo tradizionale *self restraint* rispetto al compimento di scelte di politica fiscale internazionale pare più che altro un'affermazione di comodo e non tanto una radicata convinzione, giuridicamente fondata nella definizione dei rapporti tra diritto comunitario, diritto internazionale e sovranità degli Stati. La giurisprudenza in materia di doppia imposizione economica dimostra chiaramente che quando una materia ricade nell'orbita del diritto comunitario, la Corte non si pone particolari scrupoli a stabilire chiare regole che attuano una vera e propria "ripartizione comunitaria di poteri impositivi" tra Stati Membri. Alla luce di ciò, è evidente come non sia sufficientemente argomentata l'esclusione dei fenomeni di doppia imposizione giuridica e il rifiuto di pronunciarsi in questi casi sull'allocazione dei poteri impositivi, operazione che – all'opposto – viene realizzata alla luce del sole nell'ambito della doppia imposizione economica.

La teorica della Corte, che qui si riassume per linee generali, appare confusa, non convincente. È assolutamente necessaria una revisione dei suoi profili critici e, successivamente, una riconduzione a sistema di tutti i suoi diversi aspetti. Altrimenti, il contributo della giurisprudenza al raggiungimento dell'obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione rischia di tradursi in un fallimento.

All'approccio formale applicato alla doppia imposizione giuridica si contrappone l'approccio tipicamente sostanziale prescelto per l'analisi dei fenomeni di doppia imposizione economica. Il primo passo da compiere in vista di una chiarificazione della dottrina della Corte di Giustizia è allora proprio l'estensione dell'approccio economico-fattuale alle fattispecie di doppia imposizione giuridica, riconoscendo il dato fattuale per cui costituiscono anch'esse un serio ostacolo all'esercizio delle libertà del Trattato e devono pertanto essere vagliate sul piano comunitario. Per fare ciò basterebbe riagganciarsi alle affermazioni della dottrina comunitaria più risalente che non si poneva in modo altrettanto rigido e formale: l'Avvocato Generale Léger, nelle conclusioni per la causa *Schumacker*, riconosceva che qualsiasi «distinzione a seconda della residenza, sebbene indistintamente applicabile ai cittadini nazionali e non nazionali, va equiparata ad una discriminazione» (par. 42)<sup>369</sup>.

In ogni caso, se anche in futuro la Corte di Giustizia preferisse mantenere un atteggiamento prudentiale, dovrebbe almeno affermare con sicurezza che le situazioni di doppia imposizione giuridica costituiscono ostacoli inaccettabili per il mercato, con la conseguenza di censurare la normativa nazionale di volta in volta esaminata a prescindere dalla formulazione di una regola generale di riparto della giurisdizione. In mancanza di questa basilare presa di posizione, l'unico effetto è quello di porre tutte le conseguenze negative del doppio carico fiscale in capo agli operatori economici. E si tratta di un effetto non solo indesiderabile, ma anche scorretto dal punto di vista "costituzionale"<sup>370</sup>.

Dal discutibile inquadramento del fenomeno della doppia imposizione giuridica come "quasi restrizione" discende inoltre uno degli aspetti maggiormente controversi, cioè la concezione comunitaria del principio di territorialità dell'imposizione, che denota nell'applicazione fatta dalla giurisprudenza elementi di evidente incoerenza.

---

<sup>369</sup> È la conclusione opposta a quella raggiunta nella sentenza *Kerckhaert e Morres* citata.

<sup>370</sup> Van Thiel, S., *Avoiding a Double Burden within the European Union: Comments on Kofler and Rust's Analysis*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 185.

Infatti, il principio di territorialità viene perlopiù rispettato quando si discute di doppia imposizione giuridica. In questo ambito la Corte di Giustizia preserva rigorosamente i limiti alla giurisdizione degli Stati: poiché lo Stato della residenza non tassa società stabilita all'estero, non è tenuto a garantire ai propri residenti che ricevano un reddito di fonte estera un credito per le imposte sottostanti<sup>371</sup>.

All'opposto, quando deve analizzare fattispecie di doppia imposizione economica la Corte non si preoccupa minimamente di violare i confini della giurisdizione degli Stati: a seconda delle fattispecie, può allora accadere che il principio di territorialità sia rispettato<sup>372</sup> oppure no. La violazione del principio di territorialità si verifica ad esempio rispetto allo Stato di residenza, che pur non preleva l'imposta sulla società estera, ma deve comunque garantire un credito per l'imposta sottostante ai dividendi esteri, in misura uguale a quello previsto per i dividendi interni. In altre parole, quando viene riscontrata una restrizione discriminatoria, questo prevale su qualsiasi istanza di rispetto del principio di territorialità (si pensi alle sentenze *Manninen* e *ACT Group Litigation*)<sup>373</sup>.

Si comprende così la spontanea convergenza degli ordinamenti europei verso il metodo dell'esenzione, nel tentativo di ristabilire la territorialità dell'imposizione rispettando al contempo le esigenze del diritto comunitario.

Bisogna comunque dare atto che la Corte di Giustizia si trova ad affrontare un compito difficilissimo nel fornire una risposta univoca, una linea guida sicura per realizzare l'obiettivo di eliminare le doppie imposizioni nell'Unione. Essa deve fare i conti, da un lato, con le regole cristallizzate dal sistema internazionale in materia di doppia imposizione giuridica, e, dall'altro, con l'assenza di ogni indicazione nelle fonti internazionali per quanto riguarda la doppia imposizione economica<sup>374</sup>.

Allo stato attuale, si possono delineare in questi termini gli obblighi di origine comunitaria dello Stato di residenza. Da un lato, tale Stato non è tenuto ad eliminare gli

---

<sup>371</sup> La doppia imposizione giuridica non può essere contrastata attraverso il contenuto delle libertà fondamentali del Trattato. Così, in chiave critica, Kofler, G., *Double Taxation and European Law: Analysis of jurisprudence*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 133.

<sup>372</sup> Si pensi al caso dello Stato della fonte che estende la propria giurisdizione sul socio estero: per questo solo fatto, esso è tenuto ad assicurare la parità di trattamento, estendendo i meccanismi di eliminazione della doppia imposizione previsti internamente. Questo filone giurisprudenziale è all'origine della spinta comunitaria verso l'eliminazione delle ritenute alla fonte (v. par. 3.7.2.1).

<sup>373</sup> Wathelet, M., *La double imposition et le droit européen*, in AA.VV., *Le dialogues de la fiscalité*, a cura di Traversa, E., Hermand, O., Navez, E., Deckers, V., Helleputte, C., 2010, ed. Larcier, p. 273.

<sup>374</sup> La doppia imposizione economica non costituisce oggetto delle Convenzioni internazionali. Non c'è dunque nel Modello OCSE un schema consolidato di ripartizione dei poteri impositivi a cui la Corte di Giustizia possa ispirarsi (come nel caso della doppia imposizione giuridica). V. Bellingwout, J., *Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed*, in *European taxation*, 2008, 3, p. 126.

effetti pregiudizievoli originati dalla doppia imposizione giuridica subita dai dividendi di fonte estera (non è mai tenuto, in altre parole, ad accordare un credito d'imposta corrispondente alla ritenuta alla fonte estera); mentre dall'altro lato, deve alleviare la doppia imposizione economica, concedendo un credito per l'imposta prelevata all'estero sul reddito della società distributrice.

La giurisprudenza ha tuttavia affermato che, nonostante lo Stato della residenza sia in linea di principio in una posizione migliore per accertare la capacità contributiva complessiva del contribuente e di conseguenza per farsi carico dell'eliminazione della doppia imposizione economica, lo Stato della fonte può essere tenuto a fare lo stesso nella misura in cui eserciti la propria giurisdizione sui soci non residenti (v. *supra*)<sup>375</sup>.

In sostanza, l'obbligazione comunitaria di eliminare la doppia imposizione economica discende da una violazione del principio di non discriminazione e il suo contenuto è quello di una garanzia di pari trattamento rispetto alle situazioni domestiche. Ogni Stato quindi ha un'obbligazione autonoma e indipendente, sia che agisca in qualità di Stato della fonte sia in qualità di Stato della residenza.

In mancanza di un criterio di prevalenza o priorità tra le obbligazioni poste a carico dello Stato della fonte e della residenza, gli Stati Membri hanno paventato il rischio che si verificano ipotesi di doppio sgravio e la paradossale situazione di vantaggio in cui si troverebbero i dividendi transfrontalieri rispetto a quelli interni. La Corte tuttavia ha rifiutato di stabilire questo ordine di priorità, nella convinzione che un'applicazione coerente del principio di non discriminazione porta a scongiurare anche questo paradossale effetto di discriminazione a rovescio<sup>376</sup>.

Quanto alla doppia imposizione giuridica, i giudici comunitari hanno fatto propria l'impostazione adottata nelle Convenzioni basate sul Modello OCSE, evitando così di pronunciarsi sulla ripartizione di poteri impositivi concordata dagli Stati contraenti. Pertanto, hanno chiaramente indicato che non esiste un principio di origine comunitaria che attribuisca la giurisdizione fiscale sui dividendi in uscita al solo Stato della fonte, con esclusione di ogni potere impositivo da parte dello Stato di residenza. Allo stesso modo, non sono censurabili sul piano comunitario le previsioni di una

---

<sup>375</sup> Tenore, M., *Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future*, in EC Tax Review, 2010, 2, p. 83. Chéruey, C., *Le chant du cygne de la retenue à la source sur les dividendes*, cit., p. 151 ss..

<sup>376</sup> V. sentenza *Denkavit Internationaal*. Cfr. Hellerstein W., Kofler G.W., Mason R., *Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration*, cit., p. 29.

Convenzione che non ponga allo Stato di residenza l'obbligo incondizionato di prevenire la doppia imposizione giuridica<sup>377</sup>.

In sintesi, ecco il quadro di obbligazioni come emerge dalla giurisprudenza:

	<b>Doppia imposizione giuridica</b>	<b>Doppia imposizione economica</b>
<b>Stato della residenza</b>	Deriva da <u>esercizio parallelo di due giurisdizioni</u> : lo Stato non è tenuto a garantire un credito per la ritenuta estera ( <i>Kerckhaert, OESF, Haribo</i> ).	Deriva da <u>discriminazione</u> nel sistema nazionale: lo Stato deve garantire uguale trattamento a dividendi nazionali e <i>inbound</i> ( <i>Manninen, Lenz, Verkooijen</i> ).
<b>Stato della fonte</b>	(Non vi sono sentenze sul punto, ma si deve presumere lo stesso approccio seguito per lo Stato di residenza).	Deve rinunciare alla propria ritenuta sui dividendi <i>outbound</i> , se non la prevede nelle situazioni interne ( <i>Amurta, Denkavit</i> ).  Non è tenuto ad estendere il credito ai soci non residenti ( <i>ACT Group Litigation</i> ).

In conclusione, non sarebbe difficile individuare in astratto la soluzione comunitaria più efficace e diretta per l'obiettivo di eliminare nell'Unione gli effetti negativi delle doppie imposizioni. Tale soluzione passa attraverso la configurazione di una sovranità impositiva esclusiva, in capo allo Stato di residenza del soggetto percettore finale del reddito, ovvero, in alternativa, in capo allo Stato di origine<sup>378</sup>.

Lo scenario giurisprudenziale sembra segnare una propensione per il modello di tassazione alla fonte, il che è coerente con la preferenza per la *capital import neutrality*, più congeniale a garantire l'effettiva concorrenza all'interno di un mercato unico (v. *supra*, par. 1.3.1.1 e *infra* cap. V). Per un'allocazione ottimale dei fattori produttivi,

<sup>377</sup> Sentenza *Damseaux*, par. 23, che fa riferimento alla Convenzione franco-belga. Alla luce di questi principi, nella sentenza citata la Corte di Giustizia ha salvato la normativa belga impugnata. La strategia seguita dai ricorrenti, tuttavia, non è stata oculata: il signor Damseaux avrebbe forse ottenuto una pronuncia a suo favore se avesse rivolto la propria pretesa alle autorità francesi, giungendo ad un rinvio pregiudiziale alla Corte sulla compatibilità della normativa francese. Qui la Corte avrebbe dovuto impostare il ragionamento sulla base del principio di non discriminazione. È quanto osserva Dassesse, M., *Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and not Belgium*, in *EC Tax Review*, 2010, 3, p. 122.

<sup>378</sup> Sono state avanzate altre possibili soluzioni, che implicano però un maggiore grado di complessità: ad esempio il prelievo dell'imposta sulle società nello Stato della fonte solo sugli utili mantenuti a riserva e non su quelli distribuiti, la cui tassazione resterebbe allo Stato di residenza. Così Hellerstein W., Kofler G.W., Mason R., *Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration*, cit., p. 22.

infatti, gli investimenti dovrebbero essere effettuati dove i costi della produzione sono meno elevati. Nell'economia globalizzata solo una politica che assicura la neutralità all'importazione garantisce questa efficienza, in quanto pone in competizione tra loro le imprese e non invece i loro proprietari.

La titubanza rispetto ad una decisa affermazione di tale modello deriva dal fatto che la sua applicazione richiede una sistematica violazione della sovranità territoriale dello Stato di residenza (v. dividendi in entrata). La scelta intermedia della Corte è allora comprensibile, perché si propone di non stravolgere i capisaldi del sistema internazionale<sup>379</sup>. Ma questa impostazione non sempre coerente finisce per creare ancora più problemi di quanti ne risolve, incidendo anche sulla prevedibilità delle pronunce e sulla certezza del diritto per gli operatori.

Per affermare il principio di tassazione alla fonte, la Corte dovrebbe, del resto, porsi in contrasto con le scelte operate dal legislatore comunitario nei (pochi) testi dell'armonizzazione positiva, che vanno nel senso di un modello di tassazione alla residenza (v *supra* cap. II)<sup>380</sup>.

Alla luce di tutta l'analisi che precede, emerge un interrogativo di carattere generale, che concerne la reale portata del dichiarato obiettivo comunitario di eliminazione delle doppie imposizioni. Occorre chiedersi cioè se il diritto comunitario consenta ancora agli Stati Membri di continuare a definire la propria giurisdizione su base extraterritoriale, in modo tale da provocare inevitabilmente l'insorgere di doppie imposizioni, che sono poi obbligati ad eliminare. Dopo l'abrogazione dell'art. 293 del Trattato e in virtù dell'obbligo di leale collaborazione, gli Stati Membri sono autorizzati a mantenere la previsione di giurisdizioni extraterritoriali solo come assetto di base. Tuttavia, articolando il complesso di regole appena descritte, il diritto comunitario impone loro di concordare reciprocamente misure volte ad eliminare le doppie imposizioni<sup>381</sup>.

---

<sup>379</sup> Il sistema dei Trattati è fondato su una logica di tassazione alla residenza, che tuttavia ha richiesto in misura sempre crescente negli ultimi tempi l'introduzione di correttivi basati sulla tassazione alla fonte per determinati elementi di reddito (*source State priority rule*). È questo un effetto della globalizzazione dei fenomeni economici.

<sup>380</sup> In dottrina vi è chi invoca la modifica delle Direttive in materia di fiscalità diretta proprio per adeguarle ad un modello di tassazione alla fonte più in linea con le esigenze del mercato interno europeo. V. Kemmeren, E., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and Plea for an Origin-Based Approach*, cit., p. 444.

<sup>381</sup> Cfr. Van Thiel, S., *Avoiding a Double Burden within the European Union: Comments on Kofler and Rust's Analysis*, cit., p. 184.

## **Parte IV**

# **UNO SGUARDO OLTRE LA TASSAZIONE DEI DIVIDENDI: ALTRE FATTISPECIE RILEVANTI PER L'OBIETTIVO COMUNITARIO DI ELIMINAZIONE DELLE DOPPIE IMPOSIZIONI.**

### **4.1 Sulle tracce di un approccio sistematico.**

A questo punto dell'indagine è giunto il momento di allargare il campo di osservazione al di fuori della tassazione dei dividendi per ricercare altre ipotesi rilevanti sul piano comunitario in cui si verificano fenomeni di doppia imposizione, economica o giuridica, capaci di ostacolare la piena attuazione delle libertà fondamentali e degli obiettivi del Trattato.

Tali ipotesi riguardano molto spesso specifiche discipline di settore, già analizzate dalla giurisprudenza comunitaria sotto profili diversi da quello della doppia imposizione da essi generata.

Lo scopo di questa sezione è pertanto quello di individuare le principali tra queste fattispecie, far emergere i caratteri peculiari di queste diverse forme di doppia imposizione e dare loro una collocazione teorica unitaria nel contesto dell'ordinamento dell'Unione. In altre parole, si tenterà di applicare in modo ragionato le conclusioni raggiunte con riferimento all'imposizione degli utili societari, che si era scelto di assumere come esempio paradigmatico. Per raggiungere questo risultato, è necessario passare attraverso una revisione critica della giurisprudenza relativa alle singole fattispecie considerate. Di tali orientamenti saranno messi in luce gli elementi di criticità e valorizzati gli spunti validi per ricostruire in termini giuridici l'obiettivo comunitario di eliminazione di tutte le forme di doppia imposizione.

#### **4.2 Applicazione di *exit taxes* e doppia imposizione dovuta al disallineamento dei valori.**

Perlopiù deferite alla Corte di Giustizia per via della loro intrinseca contrarietà rispetto alla libertà di stabilimento<sup>382</sup>, le discipline nazionali di tassazione all'uscita pongono problemi di carattere comunitario anche per l'aspetto che interessa questa indagine, e cioè la potenziale creazione di fenomeni di doppia imposizione.

Per essere più precisi, la doppia imposizione in questi casi deriva non tanto, o non solo, dall'applicazione di una tassazione all'uscita, ma, più in generale, dall'esercizio della giurisdizione dello Stato di destinazione a prescindere dal coordinamento con l'imposizione nello Stato di origine. Il risultato comunque è che l'esercizio parallelo della giurisdizione da parte di questi due Stati può facilmente causare una doppia imposizione che, qualora non venga opportunamente eliminata, si traduce in un maggiore carico fiscale per la società "migrante".

In particolare, la doppia tassazione si verifica a seconda della combinazione tra il tipo di *exit tax* applicata e il trattamento fiscale previsto nello Stato di destinazione: quando lo Stato di origine applica una tassazione definitiva alle riserve occulte e alle plusvalenze latenti (c.d. *final exit tax*) e, al contempo, lo Stato di destinazione assume i valori di bilancio degli *asset* come base imponibile della propria imposta sul reddito senza consentire il riporto degli accantonamenti e delle corrispondenti deduzioni fiscali, la società trasferita subisce una doppia imposizione in conseguenza del suo trasferimento in un altro Stato.

Inoltre, anche nel caso di differimento dell'imposizione dello Stato di origine, si pone un problema nei casi in cui gli *asset* subiscano, dopo il trasferimento nell'altro Stato, un decremento o un incremento di valore. Nella prima ipotesi, se lo Stato di origine non dovesse prendere in considerazione l'eventuale diminuzione di valore degli *asset* conseguente al trasferimento, il contribuente si troverebbe effettivamente a pagare un'imposta su redditi mai realizzati. Nella seconda ipotesi, qualora lo Stato di origine estendesse la propria giurisdizione, la società trasferita finirebbe per subire un'imposizione più gravosa in caso di incrementi di valore successivi al trasferimento (tassati sia nello Stato di origine – in virtù di tale estensione – sia nello Stato di

---

<sup>382</sup> Corte di Giustizia, 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*; Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*; Corte di Giustizia, 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*.

destinazione). Una doppia imposizione potrebbe infine derivare anche dal recupero a tassazione di deduzioni o differimenti d'imposta precedentemente concessi<sup>383</sup>.

La Commissione Europea insiste nel ribadire la corretta impostazione comunitaria del problema, secondo cui «se uno Stato Membro sceglie di esercitare i propri diritti impositivi al momento del trasferimento dell'attivo in un altro Stato Membro, tale decisione non dovrebbe tradursi in una doppia imposizione per il contribuente. Gli Stati Membri interessati dovrebbero pertanto garantire l'adozione di misure in grado di evitare questa doppia imposizione»<sup>384</sup>. La Commissione si limita però a suggerire che una simile violazione della neutralità fiscale del mercato trovi risposta o in misure unilaterali degli Stati o in una soluzione convenzionale.

Certamente, numerose soluzioni alternative sono praticabili da parte degli Stati Membri in via unilaterale per prevenire tale doppia imposizione (o doppia non imposizione): lo Stato di destinazione può, ad esempio, concedere uno *step-up* nel valore degli *asset* trasferiti, corrispondente al valore preso a riferimento per l'applicazione dell'*exit tax* nello Stato di origine. Ancora, può accordare un credito per le imposte pagate nello Stato di origine. Lo Stato di origine, dal canto suo, può concedere un credito d'imposta di segno contrario per le imposte pagate nello Stato di destinazione dal soggetto trasferito<sup>385</sup>. Oppure, in modo ancora più efficace e coerente, gli Stati Membri possono assicurare una soluzione a questi casi di doppia imposizione stabilendo regole di ripartizione dei rispettivi poteri impositivi in via convenzionale<sup>386</sup>.

Nonostante la consapevolezza della portata di questo problema, la Commissione non si spinge fino a far derivare la necessità di eliminare la doppia imposizione conseguente a *exit taxes* da un principio generale dell'ordinamento dell'Unione (come il divieto di discriminazione o la neutralità fiscale). Ne risulta che l'effettiva realizzazione

---

<sup>383</sup> In seguito al trasferimento di una società da uno Stato Membro ad un altro e all'applicazione di *exit taxes* si possono verificare anche episodi di "doppia non imposizione".

<sup>384</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo, 19 dicembre 2006, *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati Membri*. Quanto alle modalità, per la Commissione è fondamentale che il prelievo delle *exit taxes* non avvenga in un momento precedente a quello in cui si sarebbe verificata la tassazione se i beni fossero rimasti nel territorio dello Stato di origine (di regola coincidente con il realizzo, ossia l'effettiva alienazione dei beni oggetto del trasferimento).

<sup>385</sup> Zernova, D., *Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market*, in Intertax, 2011, 10, p. 471.

<sup>386</sup> È quanto fa l'art. 14(6) della Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata fra Regno Unito e Francia, su una base di reciprocità.

di tale obiettivo è rimessa alla volontà degli Stati Membri di dare vita a misure di coordinamento delle rispettive legislazioni<sup>387</sup>.

Ancora una volta, allora, il diritto comunitario sembra arrendersi di fronte all'impossibilità di utilizzare strumenti propri per risolvere situazioni in cui vengono lesi i propri principi<sup>388</sup>. Su questo punto, le conclusioni della Commissione paiono in linea con la più recente giurisprudenza in materia di doppia imposizione giuridica dei dividendi (sentenze *Kerkhaert e Morres*, *Damseaux*), in cui non si riesce a rintracciare uno strumento comunitario idoneo a contrastare le restrizioni alle libertà fondamentali derivanti dall'esercizio parallelo della giurisdizione degli Stati Membri.

Peraltro, sia consentito osservare che si potrebbe discutere della correttezza di questa equiparazione aprioristica del fenomeno, in quanto l'inquadramento della duplice tassazione "da *exit tax*" come doppia imposizione economica o giuridica non è così pacifico. Com'è noto, infatti, il fenomeno fiscale dell'*exit tax* è strettamente collegato alle regole del diritto societario che disciplinano il trasferimento all'estero della sede legale delle società. Perlopiù tali norme richiedono lo scioglimento della società nello Stato di origine e la corrispondente ricostituzione nello Stato di destinazione: formalmente, dunque, il trasferimento all'estero comporta una discontinuità nella soggettività giuridica. Per effetto del trasferimento, cioè, lo stesso soggetto economico integra due soggetti giuridici distinti e temporalmente contigui, il primo precedente e il secondo successivo rispetto al momento di cesura costituito dal trasferimento oltre frontiera. Se dunque sul piano formale si realizza una fattispecie di doppia imposizione economica perché i due soggetti giuridici tassati sono diversi, sul piano sostanziale si realizza in realtà una doppia imposizione giuridica perché si tratta di una suddivisione temporale nella personalità giuridica dello stesso soggetto passivo, ossia la società trasferita.

---

<sup>387</sup> Si esprime negli stessi termini la Risoluzione del Consiglio del 2 dicembre 2008 sul coordinamento in materia di tassazione in uscita (2008/C 323/01), che espressamente invita gli Stati Membri di destinazione a prevedere misure di assistenza amministrative nei confronti dello Stato di origine, in particolare al fine di individuare l'esatta data di alienazione del bene a cui riferire l'imposizione.

<sup>388</sup> V. Carinci, A., *Il Diritto Comunitario alla prova delle Exit Taxes, tra limiti, prospettive e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 2009, 1, p. 6: «nel momento stesso in cui si dichiara incompatibile con il diritto comunitario la tassazione delle plusvalenze latenti contestualmente alla perdita della residenza, il problema delle *exit taxes* finisce per divenire un problema di riparto della pretesa impositiva tra Stato *outbound* e Stato *inbound* sulle plusvalenze realizzate. Il problema è chiaramente comunitario, ma tale non sembra poter essere la soluzione».

Pertanto, pare di capire che la Commissione si basi sulla realtà fattuale del trasferimento e, considerando l'identità del soggetto passivo, opti per una qualificazione del fenomeno in termini di doppia imposizione giuridica.

Peraltro, è possibile anche che le discipline applicabili alla fattispecie concreta non impongano come necessari lo scioglimento e la ricostituzione della società al fine di consentirne il trasferimento di sede all'estero. In questo caso, realtà fattuale e formale sarebbero coincidenti e si tratterebbe senza dubbio alcuno di un caso di doppia imposizione economica, non automaticamente riconducibile alla giurisprudenza *Kerckaert e Morres*.

Una simile distinzione, di valore solo nominale, tra un piano fattuale della realtà economica e uno formale della struttura giuridica dell'operazione, dimostra una volta di più l'inutilità di continuare a separare, nella concezione comunitaria, i due profili della doppia imposizione. Si rende palese in questa fattispecie che, a prescindere dall'inquadramento prescelto, non muta l'effetto di conflitto del fenomeno con i principi generali del diritto comunitario. Quale che sia la qualificazione, insomma, urge da parte dell'ordinamento dell'Unione una risposta efficace e unitaria<sup>389</sup>.

In ogni caso, alla luce dell'analisi condotta nei capitoli precedenti, si può ipotizzare il superamento di questo stallo giurisprudenziale e così aprire nuovi scenari anche rispetto alla doppia imposizione causata da *exit tax*, in cui al profilo spaziale si aggiunge un peculiare profilo temporale di ripartizione dei poteri impositivi.

Per fare ciò, il primo, ineludibile, passaggio impone di ridimensionare il ruolo e la portata del concetto di equilibrata ripartizione di poteri impositivi. Il secondo passaggio consiste nel ricondurre una volta per tutte alla sfera di applicazione delle libertà fondamentali anche gli ostacoli al mercato causati dal mancato coordinamento tra giurisdizioni (v. parr. 3.7 e 5.4). Il terzo passaggio, infine, postula l'applicazione coerente del principio di tassazione alla fonte, imponendo allo Stato di destinazione: (i) di accettare il valore fiscale degli *asset* come definito nello Stato di origine e (ii) di sottoporre a tassazione effettiva solo l'eventuale incremento di valore degli *asset* maturato successivamente al trasferimento (ad esempio riconoscendo un credito per l'imposta versata nello Stato di origine).

A questo proposito, è stato autorevolmente osservato che nella sentenza *N*, prima citata, la Corte di Giustizia ha creato un collegamento tra la ripartizione della potestà

---

<sup>389</sup> Sul punto v. *infra* par. 5.3.

impositiva tra gli Stati e la lotta all'abuso, da un lato, e, dall'altro, l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione nella Comunità. Sotto un primo aspetto, uno Stato Membro può tassare il reddito prodotto nel periodo in cui il contribuente era residente di un altro Stato Membro solo se può assicurare che ogni decremento di valore successivo al trasferimento di residenza sarà preso in considerazione (e sarà dunque evitata la doppia imposizione). Sotto un secondo aspetto, l'eliminazione stessa della doppia imposizione è funzionale a contrastare l'abuso, perché rende i sistemi nazionali meno vulnerabili e meno esposti al rischio di pianificazioni elusive<sup>390</sup>.

#### **4.3 Normative CFC e trasferimento di utili all'estero.**

Il contrasto ai fenomeni di abuso del diritto è – si è visto – un obiettivo che appartiene al diritto comunitario oltre che ai singoli ordinamenti nazionali ed è capace di giustificare la permanenza di ipotesi di doppia imposizione internazionale (v. par. 3.5.2.3). È quindi coerente con questo assunto l'interpretazione consolidata delle libertà fondamentali secondo cui la tutela comunitaria di tali libertà in materia fiscale non comprende la facoltà per le imprese di scegliere discrezionalmente in quale giurisdizione realizzare l'imposizione dei propri utili. Si manifesta così con evidenza il nesso di stretta interdipendenza tra esercizio effettivo delle libertà, lotta all'abuso e salvaguardia della ripartizione sul piano internazionale dei poteri impositivi, nesso che trova una rinnovata formulazione nella giurisprudenza più recente<sup>391</sup>. Pare infatti che fra i termini di questo trinomio sia oggi la finalità antielusiva ad assumere un ruolo preponderante e di orientamento dell'interpretazione comunitaria (sul punto v. ampiamente *infra* cap. V).

In questo quadro, ad esempio, si è giunti a disconoscere la copertura comunitaria ad operazioni societarie finalizzate al trasferimento di elementi positivi di base imponibile verso altre società collegate stabilite in Stati Membri con una fiscalità più

---

<sup>390</sup> Kovács, L., *La politica della Commissione Europea in materia di Exit Tax*, in Studi Tributari Europei, 2009, 1, p. 7. Al paragrafo 49, la citata sentenza *N* afferma: «È vero (...) che la dichiarazione dei redditi prevista al momento del trasferimento della residenza (...) rappresenta una formalità amministrativa in grado di rendere più difficile o meno attraente l'esercizio delle libertà fondamentali da parte del contribuente interessato, ma essa non può essere considerata sproporzionata rispetto all'obiettivo legittimo della ripartizione del potere impositivo, in particolare al fine di eliminare la doppia imposizione tra gli Stati Membri».

<sup>391</sup> Si veda tutto il filone giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza *Marks & Spencer* (a titolo solo esemplificativo, si pensi ai casi *Oy AA*, *Société de Gestion Industrielle, X Holding*), nonché, da ultimo, le conclusioni dell'AG Kokott dell'8 settembre 2011 nella causa C-371/10, *National Grid Indus*, par. 105.

vantaggiosa (concretamente, che applicavano aliquote inferiori), con l'effetto di giustificare anche la conseguente doppia imposizione<sup>392</sup>. In tale fattispecie, analizzata dalla Corte di Giustizia dalla prospettiva dello Stato di origine del trasferimento, è stata data prevalenza all'esercizio della potestà tributaria statale in funzione antielusiva rispetto ad un trasferimento di utili effettuato dal contribuente nell'esercizio della sua libertà di circolazione. Se ne può desumere che l'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati viene oggi tutelata anche al di là di situazioni di abuso del diritto strettamente inteso<sup>393</sup>.

Questa nuova impostazione dei rapporti tra libertà fondamentali e contrasto all'abuso del diritto non implica tuttavia che sia ammissibile ogni forma di restrizione nazionale alla libertà di stabilimento dei gruppi di società.

A questo proposito, l'ipotesi più tradizionale di doppia imposizione motivata dagli Stati in chiave di contrasto a comportamenti abusivi è quella derivante dall'applicazione di normative nazionali in materia di *controlled foreign companies* (CFC)<sup>394</sup>. Tale forme di doppia imposizione economica colpisce gli utili societari realizzati da una controllata localizzata in un paradiso fiscale, i quali sono tassati in capo a tale controllata e anche, per effetto della presunzione istituita dalla disciplina, in capo alla società controllante residente nello Stato. È evidente che tale situazione crea un deterrente agli investimenti transfrontalieri<sup>395</sup>.

Il bilanciamento tra gli interessi in gioco è stato risolto dalla Corte di Giustizia con la sentenza miliare *Cadbury Schweppes*<sup>396</sup>, che ha sancito l'obbligo degli Stati Membri di adeguare le proprie normative nazionali sulle CFC in modo tale da limitarne il campo di applicazione alle sole costruzioni puramente artificiali. In buona sostanza, viene applicato dalla Corte il classico test di proporzionalità: le regole sulle CFC sono ammissibili solo nella misura in cui mirano specificamente a colpire l'abuso e non invece se mascherano un intento protezionistico di ostacolo agli investimenti *outbound*.

---

<sup>392</sup> Si veda anche *infra* par. 4.8.1.

<sup>393</sup> Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, punto 50, con il commento di Traversa, E., Modonesi, D., *La neutralità fiscale nel finanziamento delle società nel diritto dell'Unione Europea*, in *Studi Tributari Europei*, 2010, 1. Per una critica, v. al successivo cap. V.

<sup>394</sup> Si rinvia a quanto detto nel paragrafo 1.2.2.

<sup>395</sup> V. Remacle, O., Nonnenkamp, S., *Economic Double Taxation as an Obstacle to Cross-Border Investments*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 40.

<sup>396</sup> Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, su cui si veda il commento di Beghin, M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, p. 983.

Del resto, la connessione tra normative CFC e problematiche della doppia imposizione è resa esplicita in numerosi documenti comunitari, che giustificano il meccanismo previsto dalle norme in questione solo nella misura in cui serve ad accertare l'effettiva imposizione estera, evitando ipotesi (abusive) di doppia non tassazione: ragionando *a contrario*, si conferma così che, nell'ottica comunitaria, viene meno la stessa ragion d'essere di una normativa CFC qualora la stessa dovesse dar luogo ad una doppia imposizione<sup>397</sup>.

Come in molte altre occasioni<sup>398</sup>, però, la Corte ha evitato di considerare la questione in termini di restrizione alla libertà di stabilimento causata dalla doppia imposizione. Ma è evidente che l'ostacolo fiscale a cui si allude nella sentenza è proprio questo, in quanto le società con controllate all'estero subiscono un carico fiscale maggiore rispetto alle società con controllate residenti nello Stato.

Inoltre, dalla sentenza si ricava un'ulteriore conferma della preferenza comunitaria per il principio di tassazione alla fonte, poiché si restringe in modo molto rigoroso l'operatività della presunzione che sposta la potestà impositiva allo Stato di residenza, la quale può operare solo in quanto sia un regime eccezionale.

In conclusione: a parte il fatto che viene omessa una menzione espressa del problema della doppia imposizione, il ragionamento alla base della giurisprudenza *Cadbury Schweppes* è corretto ed il risultato di eliminazione della doppia imposizione è raggiunto in modo efficace. Anzi, in modo forse più lineare rispetto alle argomentazioni spesso seguite dalla stessa Corte in materia di tassazione dei dividendi, poiché qui assume un ruolo fondamentale l'esperimento del test di proporzionalità, il quale esprime al meglio le esigenze di bilanciamento degli interessi in gioco.

Alla luce di tutto ciò, si comprende perché sarebbe fortemente auspicabile un intervento di razionalizzazione da parte della Corte, in modo da definire un approccio unitario al problema della doppia imposizione, in tutte le sue molteplici manifestazioni.

---

<sup>397</sup> Report del Gruppo di Lavoro sul Codice di Condotta - Tassazione delle Imprese (*Code of Conduct Group – Business taxation*), 22 novembre 2010, 16766/10: «*Member States which operate a participation exemption should (...) ensure that the profits which give rise to foreign source dividends are subject to effective anti-abuse or countermeasures (...). [This] could be achieved through a Member State having CFC-legislation or other anti-abuse provisions which ensure that profits artificially diverted from that Member State which may give rise to foreign source dividends are appropriately taxed.*».

<sup>398</sup> Cfr. *infra* par. 4.8.1 in materia di compensazione delle perdite transfrontaliere.

#### **4.4 I regimi di *transfer pricing* e le rettifiche ad opera dell'amministrazione fiscale.**

Nello scenario dell'economia globalizzata, un'altra frequente ipotesi di doppia imposizione economica internazionale consegue all'esercizio dei poteri di accertamento e rettifica delle amministrazioni finanziarie nazionali. Con riferimento alle operazioni transnazionali (le uniche rilevanti ai fini comunitari), si danno due ipotesi: si può verificare, da un lato, un'interferenza tra l'azione di diverse amministrazioni statali tra loro non coordinate, oppure, dall'altro lato, l'azione di una singola amministrazione, sulla scorta della disciplina nazionale applicabile, può dimostrarsi discriminatoria rispetto al trattamento delle operazioni interne.

Tali ipotesi di doppia imposizione ricordano da vicino, in forma di proiezione nei rapporti internazionali, la dimensione procedurale del divieto di doppia imposizione economica individuato nel nostro diritto interno, che si traduce – fra l'altro – nel divieto di duplicazione dell'attività amministrativa sullo stesso presupposto<sup>399</sup>.

La fattispecie senza dubbio più ricorrente è quella della doppia imposizione che deriva dall'applicazione dei regimi di *transfer pricing*, siano nazionali o ispirati al Modello OCSE, alle operazioni concluse tra parti correlate e non conformi al principio internazionale dell'*arm's length*, in base al quale tali operazioni devono prevedere lo stesso prezzo di mercato che sarebbe stato applicato ad un'operazione paragonabile le cui parti non fossero tra loro collegate<sup>400</sup>.

Quando l'autorità fiscale di un dato Stato identifica un'operazione conclusa in violazione di queste regole, essa procede unilateralmente alla sua riqualificazione (c.d. *primary adjustment*). A questo punto possono aprirsi due distinti scenari:

(i) dal lato attivo, può aumentare il reddito imponibile del contribuente che percepisce la remunerazione, essendo quest'ultima considerata al di sotto del prezzo di mercato;

(ii) dal lato passivo, può essere parzialmente negata al contribuente la deducibilità del pagamento corrisposto alla parte correlata, considerato troppo elevato rispetto allo standard dell'*arm's length*.

In entrambi questi casi si verifica una doppia imposizione economica sulle somme oggetto della rettifica, in capo ai due diversi soggetti correlati, se a questa prima

---

<sup>399</sup> Si rimanda in proposito al precedente par. 1.2.4.

<sup>400</sup> V. la ricostruzione offerta da Remacle, O., Nonnenkamp, S., *Economic Double Taxation as an Obstacle to Cross-Border Investments*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 23 ss..

riqualificazione non corrisponde una riqualificazione uguale e contraria (c.d. *correspondent adjustment*) da parte dell'autorità fiscale dello Stato in cui risiede la controparte dell'operazione rettificata<sup>401</sup>.

L'eliminazione di tale forma di doppia imposizione è perseguita dalle Convenzioni basate sul Modello OCSE<sup>402</sup> e, sul piano europeo, costituisce l'oggetto della citata Convenzione arbitrale 90/436/CE (su cui v. *supra* par. 2.2.3.1).

A quest'ultimo proposito si è già osservato che l'obiettivo dichiarato della Convenzione stenta in realtà a essere raggiunto. Bisogna chiedersi allora se sia possibile assicurare altrimenti l'eliminazione di tale doppia imposizione, superando il dato testuale della Convenzione arbitrale attraverso il richiamo dei principi generali del sistema comunitario. In altre parole, occorre interrogarsi se il risultato, mancato dalla Convenzione a causa della sua rigidità e delle difficoltà applicative, possa essere raggiunto più efficacemente facendo ricorso all'evoluzione in via interpretativa del contenuto delle libertà fondamentali.

Non vi è dubbio, infatti, che la spada di Damocle costituita dal rischio di subire una duplice tassazione rende meno attraente per le imprese europee lo stabilimento di controllate in altri Stati Membri. Come si è avuto modo di constatare nel corso di questo lavoro, tuttavia, ciò non basta di per sé ad integrare, nella concezione attuale della Corte di Giustizia, una restrizione vietata delle libertà. Infatti, quand'anche in via giudiziale si dovesse riscontrare l'effetto restrittivo derivante dall'applicazione di un regime nazionale "unilaterale" di *transfer pricing*, tale effetto potrebbe comunque trovare una giustificazione in base alla *rule of reason*, ormai inflazionata, della equilibrata ripartizione dei poteri impositivi<sup>403</sup>. In altri termini, il diritto comunitario non potrebbe addossare ad un singolo Stato la responsabilità dell'ostacolo all'esercizio delle libertà comunitarie causato dall'interazione di due diversi ordinamenti.

---

<sup>401</sup> L'autorità fiscale del secondo Stato dovrebbe convenire sull'*an* e sul *quantum* della rettifica di valore e conseguentemente, nell'ipotesi sub (i), riconoscere una maggior misura di deduzione del costo, mentre nell'ipotesi sub (ii), riconoscere un abbattimento della base imponibile del soggetto residente nel suo territorio. In entrambi i casi, dunque, si tratta per lo Stato che "subisce" la rettifica di ridurre la propria pretesa impositiva: non c'è nemmeno bisogno di sottolineare la delicatezza degli interessi in gioco.

<sup>402</sup> Si veda, in particolare, il meccanismo di rettifica dei prezzi di trasferimento predisposto dall'articolo 9 del Modello OCSE. Il Commentario all'art. 25 del Modello riconosce anche che l'eliminazione della doppia imposizione da *transfer pricing* rientra nello spirito stesso della Convenzione e dunque va assicurata anche se un apposito meccanismo non è stato espressamente previsto dagli Stati contraenti: «most Member countries consider that economic double taxation resulting from adjustments made to profits by reason of transfer pricing is not in accordance with – at least – the spirit of the convention and falls within the scope of the mutual agreement procedure set up under Article 25».

<sup>403</sup> Si rimanda al precedente par. 3.5.2.2 e, per una critica a questa "abusata" causa di giustificazione, al successivo capitolo V.

Applicando schemi ormai consolidati, non vi sarebbe infatti da stupirsi se la Corte riconducesse la fattispecie in questione ad un'ipotesi di "quasi-restrizione" derivante dall'esercizio parallelo della giurisdizione fiscale di più Stati. Si tratterebbe peraltro di un caso assai diverso da quelli esaminati in precedenza (v. *supra* cap. III), in quanto qui la ripartizione internazionale di poteri impositivi è all'origine di una doppia imposizione economica e non invece giuridica<sup>404</sup>.

Nei casi ordinari di *transfer pricing*, la conclusione più immediata sarebbe dunque nel senso che la doppia imposizione risultante dalla sovrapposizione di accertamenti di più amministrazioni, se non eliminata dalla Convenzione arbitrale, non darebbe luogo ad una violazione delle libertà del Trattato e i suoi effetti non rilevarebbero sul piano comunitario<sup>405</sup>.

Un tale risultato è fortemente discutibile e dimostra una volta di più l'urgenza di rivedere gli schemi di ragionamento della Corte di Giustizia alla luce dell'obiettivo comunitario di eliminare le doppie imposizioni. È infatti evidente l'incongruenza di un tale risultato rispetto al corretto funzionamento del mercato e all'auspicata neutralità del fattore fiscale rispetto alle scelte economiche.

Un esito forse diverso si potrebbe ottenere prospettando al giudice comunitario una situazione di discriminazione, creata dalla disciplina interna sui poteri di accertamento e rettifica dell'amministrazione, a svantaggio delle imprese che intrattengono rapporti con società collegate in altri Stati Membri, rispetto a quelle con parti correlate residenti. In linea con l'analisi finora condotta, infatti, ci si potrebbe aspettare dalla Corte il riconoscimento della violazione del divieto di discriminazioni e la censura della disciplina procedurale nazionale discriminatoria.

Un tentativo del genere è alla base di un ricorso pregiudiziale recentemente sottoposto alla Corte di Giustizia nella causa *Société de Gestion Industrielle*<sup>406</sup>. La sentenza, tuttavia, ha disatteso le aspettative: ha salvato la compatibilità comunitaria della normativa belga che recuperava a tassazione i benefici straordinari o senza corrispettivo (concessi, cioè, in condizioni più favorevoli di quelle di mercato) corrisposti da una società residente ad una società collegata non residente, mentre lo stesso non avveniva se il medesimo beneficio veniva accordato ad una società collegata

---

<sup>404</sup> È quanto accade anche nel caso di doppia imposizione "da *exit tax*" al ricorrere di determinate caratteristiche del caso concreto: v. *supra* par. 4.2.

<sup>405</sup> Conclude in questo senso Hinnekens, L., *European Arbitration Convention: Thoughts on Its Principles, Procedure and First Experience*, in EC Tax Review, 2010, n. 3, p. 109.

<sup>406</sup> Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*.

residente. Nelle situazioni transnazionali, pertanto, la tassazione dei benefici corrisposti a società estere era duplice, sia in capo alla società erogatrice (grazie alla reintegrazione nel relativo risultato d'esercizio) sia in capo alla società beneficiaria.

Pur riconoscendo l'esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento, la Corte ha valorizzato la finalità antielusiva della normativa, salvandone la proporzionalità grazie al richiamo dell'esigenza di preservare la ripartizione dei poteri impositivi tra Stati<sup>407</sup>.

Nonostante l'esito deludente di questa pronuncia, è molto interessante la notazione della Corte secondo cui, per scongiurare la natura restrittiva della misura, non è sufficiente l'astratta possibilità di comporre amichevolmente la controversia ai sensi della Convenzione arbitrale: tale procedura, infatti, comporta oneri amministrativi ed economici supplementari e nelle more permane in capo al contribuente l'onere della doppia imposizione<sup>408</sup>. In altre parole, si conferma che la doppia imposizione costituisce una forma paradigmatica di restrizione alle libertà, di cui è necessaria l'eliminazione; e si afferma indirettamente l'inidoneità della Convenzione arbitrale a raggiungere tale obiettivo comunitario.

Al di là delle ipotesi *stricto sensu* discriminatorie, una soluzione alle fattispecie di doppia imposizione qui considerate sarà possibile solo quando la Corte si risolverà a prendere posizione sulla ripartizione dei poteri impositivi<sup>409</sup>: accettando la tassazione alla fonte come criterio comunitario generale, si imporrà infatti la priorità dello Stato della fonte del pagamento oggetto di rettifica (Stato di residenza del soggetto erogatore), con il conseguente obbligo dello Stato di residenza del beneficiario di adeguarsi alle rettifiche operate dall'amministrazione di tale primo Stato.

Peraltro, rispetto alla doppia imposizione dei dividendi, che deriva direttamente dall'applicazione di norme positive e può pertanto essere agevolmente prevista dal contribuente, non si può tacere che nel caso delle norme sul *transfer pricing* il contribuente si trova per di più di fronte ad un'alea: l'effettivo verificarsi di una doppia imposizione non è infatti pienamente prevedibile, perché – nell'ipotesi tradizionale – discende dal mancato coordinamento nel caso concreto tra l'azione di due diverse amministrazioni. Ne risulta un duplice problema, in termini oggettivi di ostacolo alle attività transfrontaliere, ma anche in termini soggettivi di certezza del diritto.

---

<sup>407</sup> Per una critica a queste argomentazioni della giurisprudenza si rinvia al successivo capitolo, par. 5.4.

<sup>408</sup> V. il paragrafo 54 della sentenza, nonché il paragrafo 48 delle conclusioni dell'AG.

<sup>409</sup> Sui motivi per cui una scelta del genere sarebbe non solo auspicabile, ma anche praticabile, si vedano le riflessioni al precedente capitolo III (in particolare, par. 3.7) e al successivo par. 5.4.1.

Su questo secondo fronte, peraltro, è possibile riscontrare un'evoluzione dell'impostazione giurisprudenziale e dottrinale corrente, che potrebbe dimostrare potenzialità estremamente interessanti nell'ottica di una soluzione comunitaria al problema della doppia imposizione da *transfer pricing*. È sempre più diffusa, infatti, la ricostruzione dei regimi di *transfer pricing* come norme sostanziali, piuttosto che meramente procedurali, in quanto norme con precipua funzione antielusiva, rispetto alle quali l'attività dell'amministrazione sarebbe strumentale all'applicazione della disciplina sostanziale effettiva elusa dal contribuente. Così ragionando, passa in secondo piano l'aspetto della discrezionalità amministrativa nell'esercizio del potere di rettifica e, parallelamente, il prezzo di concorrenza diventa un parametro "legale"<sup>410</sup>. In questo modo la doppia imposizione da *transfer pricing* troverebbe una fonte nel diritto positivo e non solo nell'esercizio di un'attività amministrativa. Di conseguenza, diventerebbe più facile estendere le conclusioni raggiunte nel campo dell'imposizione dei dividendi (obblighi degli Stati Membri, primato della tassazione alla fonte, etc.: v. cap. III, in fine).

#### **4.5 I regimi di contrasto alla *thin capitalization*.**

In presenza di un'imposizione veramente neutrale sarebbe irrilevante ai fini fiscali la scelta di finanziare l'impresa tramite ricorso a capitale di rischio o a capitale di debito. Accade tuttavia che il diverso regime di tassazione a cui sono sottoposti dividendi e interessi, ossia le due diverse forme di remunerazione dell'investimento – rispettivamente – in capitale di rischio o di debito, provochi situazioni di doppia

---

<sup>410</sup> È stato infatti osservato in dottrina: «La disposizione in commento, pur chiaramente connotata sul piano del contrasto alle operazioni di elusione, rivela un'inequivocabile natura sostanziale, imponendo alla società residente nel nostro territorio di determinare in un certo modo la base imponibile IRES. Non si tratta, pertanto, di disposizione deputata ad incidere sulla ripartizione dell'onere della prova tra Fisco e contribuente, ma di articolo che fissa precisi obblighi da adempiere nel momento in cui si procede alla determinazione del reddito o della perdita fiscalmente rilevanti ai fini dell'IRES». Ancora, «ciò che interessa al legislatore fiscale è semplicemente la determinazione della ricchezza rilevante ai fini IRES e prodotta nel territorio, con azzeramento degli effetti distorsivi che, in tale prospettiva, le manovre sui prezzi potrebbero generare sul versante strettamente tributario». Così Beghin, M., *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, Relazione per il Corso di perfezionamento per magistrati tributari, Università di Milano. In questa direzione paiono rivolgersi anche alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione italiana, concernenti la disciplina dell'attuale art. 110, comma 7° t.u.i.r., (sentenze 13 ottobre 2006 n. 22023 e 27 marzo 2007 n. 11226), le quali affermano la natura di clausola antielusiva della norma sul *transfer pricing*. Oltre alle conseguenze di ordine probatorio (è posto a carico dell'amministrazione l'onere di provare la ricorrenza dei presupposti dell'elusione), se ne può desumere che il meccanismo di rettifica è finalizzato alla corretta attuazione del diritto tributario sostanziale. Su questi temi v. le riflessioni di Costantino, F., *L'elusione internazionale tra norma e fatto. Tesi di Dottorato*, LUISS Guido Carli, 2010.

imposizione e quindi condizioni in concreto le scelte di localizzazione degli investimenti da parte delle imprese che operano oltre i confini nazionali. Soltanto gli interessi passivi, infatti, costituiscono un costo per l'impresa, imputabile alla propria base imponibile. Mentre il finanziamento tramite capitale proprio è meno vantaggioso a causa della doppia imposizione economica subita dai dividendi, che tradizionalmente non viene alleviata nelle situazioni transfrontaliere.

Alla luce di ciò, la pianificazione attuata dai gruppi multinazionali si traduce spesso nella costituzione di rapporti di finanziamento infragruppo in cui il soggetto erogatore è localizzato in una giurisdizione a bassa fiscalità (in modo tale che gli interessi attivi dallo stesso percepiti scontano la minore imposizione possibile), mentre il soggetto destinatario del finanziamento è localizzato in una giurisdizione ad alta fiscalità (così che risulta più vantaggiosa la deducibilità degli interessi passivi).

Questa tendenza porta ad una pericolosa preferenza per l'indebitamento piuttosto che per l'opzione della capitalizzazione delle società, con evidenti ripercussioni sulla solidità delle attività d'impresa e una patente violazione del principio di neutralità fiscale. In secondo luogo, si verificano fenomeni di trasferimento della base imponibile da una giurisdizione all'altra in assenza di valide ragioni economiche<sup>411</sup>.

I regimi nazionali di *thin capitalization* intendono proprio prevenire simili strategie elusive praticate dai gruppi multinazionali. Lo fanno perlopiù fissando un rapporto di indebitamento<sup>412</sup> che, qualora superato, consente all'amministrazione finanziaria di riqualificare gli interessi, pagati dalla controllata alla controllante ed eccedenti detto rapporto, come distribuzione occulta di utili, operando così un passaggio dal regime di tassazione degli interessi a quello dei dividendi. Per effetto di tale riqualificazione, dunque, il reddito imponibile della società controllata, destinataria del finanziamento, viene aumentato di un importo corrispondente agli interessi riqualificati e conseguentemente tassato, in quanto è chiaro che i dividendi sono parte dell'utile della società e non sono certo un costo deducibile. Al contempo, nello Stato di residenza della

---

<sup>411</sup> V. su questi argomenti le osservazioni di Knöller, C. P., *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*, in *Intertax*, 2011, 6/7, p. 317. Inoltre, si veda Caumont Caimi, C., *Ancora sulla incompatibilità delle legislazioni tributarie volte a contrastare la thin capitalization con il principio comunitario della libertà di stabilimento*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2004, I, p. 331.

<sup>412</sup> La cosiddetta *debt-to-equity ratio*, che esprime la proporzione tra il capitale di terzi e il capitale proprio dell'impresa, nei valori desumibili dallo stato patrimoniale. In altri ordinamenti, la normativa sulla *thin capitalization* adotta invece un approccio di tipo casistico, valutando nella fattispecie concreta se sussistono indici che facciano propendere per una qualificazione dell'operazione in termini di distribuzione occulta di utili.

società controllante gli interessi sul finanziamento vengono tassati come parte del reddito di quest'ultima.

Peraltro è assai frequente in molti ordinamenti che tali meccanismi di riqualificazione vengano applicati dalle rispettive amministrazioni con esclusivo riferimento alle fattispecie transfrontaliere, attuando così un trattamento deteriore di tali fattispecie rispetto a quelle analoghe in essere tra soggetti residenti<sup>413</sup>.

Proprio riguardo a questo aspetto discriminatorio delle discipline sulla *thin capitalization* si è pronunciata in più occasioni la Corte di Giustizia.

La prima volta, nella causa *Lankhorst-Hohorst*, la Commissione fra l'altro aveva specificamente sottolineato il problema della doppia imposizione causata dalla disciplina tedesca oggetto del rinvio pregiudiziale<sup>414</sup>. Per effetto di tale normativa «gli interessi versati da una controllata residente a titolo di remunerazione di capitali esterni provenienti da una società capogruppo non residente sono tassati come dividendi dissimulati all'aliquota del 30%, mentre, ove si tratti di una controllata residente nello Stato di cui la società capogruppo (...) è anch'essa residente, gli interessi versati sono trattati come spese d'esercizio e non come dividendi dissimulati» (par. 29). Bisogna dare atto, tuttavia, che la Corte ha lasciato in ombra l'argomento relativo alla doppia imposizione avanzato dalla Commissione e ha scelto una strada più diretta per arrivare allo stesso obiettivo di censura della normativa in questione. In modo molto deciso, infatti, non è stata ritenuta convincente nessuna delle giustificazioni invocate dallo Stato tedesco per mantenere la restrizione a danno delle sole società controllanti non residenti: né la lotta all'abuso (la disciplina non colpiva le sole costruzioni artificiose), né la coerenza del sistema o l'erosione della base imponibile, né la presunta conformità della disciplina al principio dell'*arm's length*<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> Remacle, O., Nonnenkamp, S., *Economic Double Taxation as an Obstacle to Cross-Border Investments*, cit., p. 38.

<sup>414</sup> Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*. Al paragrafo 35 si riferisce la preoccupazione della Commissione, espressa nelle osservazioni presentate in giudizio, rispetto al rischio di doppia imposizione insito nell'applicazione della disciplina tedesca: «la controllata tedesca è sottoposta all'imposta tedesca a titolo di interessi versati mentre la società capogruppo non residente deve ancora dichiarare nei Paesi Bassi, come entrate, gli interessi che ha percepito. Il principio di proporzionalità esigerebbe che i due Stati Membri interessati si accordassero al fine di evitare la doppia imposizione».

<sup>415</sup> Il contribuente avrebbe potuto ottenere la disapplicazione del regime restrittivo provando che il finanziamento era stato concesso a valori di mercato.

Molto più organica è la pronuncia resa nella successiva causa *Thin Cap Group Litigation*<sup>416</sup>, relativa alla disciplina di riqualificazione in utili degli interessi pagati da società inglesi su finanziamenti ottenuti da società dello stesso gruppo con residenza all'estero. Qui la Corte ha chiaramente definito i requisiti in base ai quali una disciplina di *thin capitalization* può ritenersi conforme al diritto comunitario, e in particolare alla libertà di stabilimento. È necessario dunque che una siffatta disciplina: (i) si applichi alle sole costruzioni di puro artificio; (ii) individui tali costruzioni sulla base di elementi oggettivi e verificabili<sup>417</sup>; (iii) consenta al contribuente di provare, senza eccessivi oneri amministrativi, le eventuali ragioni commerciali sottese all'operazione; (iv) qualora venga accertata l'esistenza di una tale costruzione, provveda a qualificare come utili distribuiti solo gli interessi eccedenti il valore che sarebbe stato convenuto in condizioni di piena concorrenza<sup>418 e 419</sup>.

È interessante notare che si perde nella decisione della Corte l'ulteriore condizione formulata dall'AG Geelhoed nelle sue conclusioni. Secondo l'AG è necessario che lo Stato che applica un regime di *thin capitalization* «garantisca il

---

<sup>416</sup> Corte di Giustizia, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. Peraltro, il diverso approccio della Corte di Giustizia in questa seconda pronuncia non sorprende se si considera che le due sentenze sono lontane di parecchi anni l'una dall'altra, e che in quegli anni è radicalmente mutato l'atteggiamento giurisprudenziale nei confronti della sovranità degli Stati (v. *supra* cap. III).

<sup>417</sup> «La mera circostanza che una società residente ottenga un prestito da una società collegata avente sede in un altro Stato membro non può fondare una presunzione generale di pratiche abusive, né giustificare una misura che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato» (v. par. 73 della sentenza).

<sup>418</sup> È interessante osservare il rapporto tra la *thin capitalization* e il principio internazionale di piena concorrenza (*arm's length*). A quest'ultimo si attribuisce la funzione di discriminare per la proporzionalità dei regimi antielusivi sulla sottocapitalizzazione: in altre parole, la riqualificazione degli interessi come utili viene ritenuta legittima nella misura in cui serve a riallineare l'operazione ai valori di mercato (sono oggetto di riqualificazione solo gli interessi eccedenti il normale corrispettivo pattuito in regime di concorrenza). Rispetto alle somme oggetto di riqualificazione, dovrebbero operare i meccanismi convenzionali di eliminazione della doppia imposizione. Sulla natura della doppia imposizione da rettifica dei prezzi di trasferimento e sull'efficacia dei metodi di eliminazione convenzionali, si rinvia alle considerazioni espresse nel precedente paragrafo 4.4.

<sup>419</sup> La visione comunitaria della Corte di Giustizia fa propria l'elaborazione ormai consolidata in ambito internazionale, laddove istituisce un collegamento tra norme di contrasto alla sottocapitalizzazione e principio di piena concorrenza. Tuttavia, non si limita a un mero recepimento e piuttosto supera tale elaborazione, applicandone i risultati anche in presenza di costruzioni abusive. In senso opposto si esprimeva infatti il Rapporto OCSE in materia di Thin Capitalization, del 26 novembre 1986, che affermava: «*In cases where fraud or abusive avoidance arrangements are not concerned, it would be inconsistent with the spirit of Article 9 of the Model if the arm's length principle which is expressed in that Article was not followed in answering the question whether or not a prima facie payment of interest derives from a loan or from an equity contribution*». Sul piano internazionale, peraltro, la soluzione dell'OCSE evidenziava notevoli punti di debolezza poiché i regimi di *thin capitalisation* si applicano generalmente anche ai rapporti tra imprese indipendenti. Vi era quindi difficoltà ad estendere a tali situazioni i meccanismi convenzionali: «*Article 9 may not however be strictly applicable, then it is very doubtful whether the tax authorities of the paying entity would be able to adjust the payment, but also very doubtful, if they did adjust it, whether they should be obliged to make any special effort to relieve double taxation arising from the operation of such measures*».

reciproco riconoscimento da parte dello Stato di residenza della capogruppo di ogni riqualifica, da parte del [Regno Unito], degli interessi pagati dalla controllata»<sup>420</sup>. Questa precisazione significa che l'AG implicitamente riconosce la principale criticità comunitaria dei regimi di *thin capitalization* nel rischio di doppia imposizione economica internazionale. Solo garantendo i contribuenti contro tale rischio attraverso apposite disposizioni convenzionali lo Stato in questione non pone in essere una violazione della libertà di stabilimento. La soluzione proposta dall'AG è molto provocatoria, in quanto suggerisce una deroga ai tradizionali principi della responsabilità internazionale: ogni Stato Membro verrebbe così tenuto responsabile della neutralizzazione della doppia imposizione economica ad opera di ogni altro Stato coinvolto nella fattispecie.

Ancora una volta, dunque, la soluzione comunitaria passerebbe attraverso il riconoscimento della potestà qualificatoria e impositiva dello Stato della fonte del pagamento. In base alla soluzione accennata, come contrappeso verrebbe parallelamente attribuita allo stesso Stato della fonte la responsabilità di garante dell'eliminazione degli effetti pregiudizievoli della doppia imposizione.

È un vero peccato che la Corte di Giustizia non abbia colto questa occasione per collegare espressamente i regimi sulla sottocapitalizzazione al problema comunitario della doppia imposizione. Ha preferito piuttosto affrontare il tema dal solo punto di vista dei limiti comunitari ad una disciplina nazionale antielusiva, animata dall'intento di evitare che gli utili siano sottratti all'imposta nel territorio in cui sono prodotti per mezzo di un sistema di sottocapitalizzazione delle società residenti da parte di società controllanti non residenti.

Assume così rilievo prevalente la considerazione che, al pari dei trasferimenti transnazionali di perdite (v. *infra* par. 4.8.1), le fattispecie di sottocapitalizzazione sono «tali da violare il diritto degli Stati Membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte nel loro territorio e da compromettere, così, un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati» (par. 75).

---

<sup>420</sup> «Condivido l'osservazione della Commissione secondo cui, affinché le norme relative alla piccola capitalizzazione risultino proporzionate al loro scopo, lo Stato Membro che le applica deve garantire mediante una CDI che alla riqualificazione della transazione soggetta alla sua giurisdizione tributaria corrisponda una riqualificazione di segno opposto (ossia, da percepimento di interessi a percepimento di dividendi) nello Stato membro della capogruppo. Ritengo che, in caso contrario, si travalicherebbe quanto necessario per conseguire lo scopo delle norme sulla piccola capitalizzazione e si imporrebbe un onere eccessivo (doppia imposizione) all'intero gruppo» (così si legge al par. 69 delle conclusioni, rese il 29 giugno 2006).

Oltre a non dare risposta al profilo più critico delle discipline di *thin capitalization* (ossia il loro effetto di doppia imposizione), l'approccio prescelto dalla giurisprudenza finisce per rinsaldare una volta di più quell'intima connessione tra ripartizione dei poteri impositivi, principio di territorialità e contrasto a fenomeni abusivi, che vanno ormai fondendosi in un'unica, per quanto eterogenea, causa di giustificazione (sul punto v. *infra* par. 5.4). Come già si è visto, ricorre ormai frequentemente nella giurisprudenza comunitaria l'affermazione che salvaguardia della ripartizione equilibrata del potere impositivo ed esigenza di prevenzione dell'elusione vanno considerati congiuntamente e valgono insieme a giustificare la normativa nazionale che persegue tali obiettivi legittimi e compatibili col Trattato<sup>421</sup>.

Nonostante tali forti inconvenienti sul piano dell'effettività del diritto comunitario, un simile orientamento giurisprudenziale presenta un risvolto forse positivo sul piano della realtà economica. È stato infatti acutamente osservato che l'effetto – seppur indiretto – di questo orientamento è quello di rendere meno interessante il finanziamento attraverso il debito. In primo luogo, diventa più facile per gli Stati Membri disapplicare, nei confronti del soggetto residente che svolge operazioni transfrontaliere, il regime fiscale normalmente previsto per gli interessi, cioè la loro deducibilità nello Stato della fonte. A ciò consegue che viene imposto il trattamento fiscale applicato agli utili distribuiti, vale a dire la tassazione piena come utile della società residente<sup>422</sup>.

#### **4.6 La tassazione degli interessi relativi ad operazioni transnazionali.**

I pagamenti di interessi transfrontalieri, quando non rientrano nel campo di applicazione dei regimi di *thin capitalization*, rilevano comunque ai fini dell'indagine che si sta svolgendo perché sono spesso colpiti da una doppia imposizione, questa volta di tipo giuridico. Si tratta di quella forma di doppia tassazione che, nei rapporti di finanziamento infragruppo<sup>423</sup>, viene scongiurata grazie alla Direttiva 2003/49/CE (v. *supra* par. 2.2.3.2). Di questa Direttiva, peraltro, si dimostrano sempre più evidenti i

---

<sup>421</sup> Tale orientamento è confermato da numerose pronunce, tra cui la già citata *Société de Gestion industrielle*, nonché le sentenze Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*; e 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X Holding BV*.

<sup>422</sup> Si vedano le osservazioni di Traversa, E., Modonesi, D., *La neutralità fiscale nel finanziamento delle società nel diritto dell'Unione Europea*, cit., par. 5. Per gli autori il nuovo orientamento della Corte di Giustizia è «criticabile perché costituisce un passo indietro nella tutela del contribuente rispetto alla giurisprudenza precedente».

<sup>423</sup> Ciò è quando una società detiene nel capitale dell'altra una partecipazione pari ad almeno il 25%.

limiti intrinseci: pare assai limitativo l'atteggiamento recentemente confermato dalla Corte di Giustizia, che si trincerava dietro l'interpretazione letterale della Direttiva, per circoscriverne rigorosamente la portata all'eliminazione della sola doppia imposizione giuridica nell'ottica del soggetto percettore degli interessi, nel più completo disinteresse degli effetti potenzialmente restrittivi subiti dal soggetto pagatore degli interessi, e dei conseguenti profili di doppia imposizione economica che possono realizzarsi a suo carico<sup>424</sup>.

In ogni caso, al di fuori di questa disciplina armonizzata, molti ordinamenti nazionali prevedono il prelievo di una ritenuta alla fonte sugli interessi che soggetti residenti corrispondono a soggetti non residenti, esentando invece gli interessi versati a soggetti residenti. A questa prima fase di imposizione si aggiungerà per gli interessi transfrontalieri quella prelevata sul reddito da capitale nello Stato di residenza del percettore.

Il tema è stato sottoposto all'attenzione della Corte di Giustizia, la quale ha concluso per la compatibilità comunitaria di una simile disparità di trattamento basata sulla residenza del soggetto percettore<sup>425</sup>.

Se questa conclusione appare in linea con quelle raggiunte tradizionalmente dalla stessa Corte nei casi di doppia imposizione giuridica dei dividendi<sup>426</sup>, tuttavia le argomentazioni seguite sono diverse e meritano una riflessione. Nel caso in questione, è stata dichiarata in radice l'impossibilità di effettuare una comparazione tra la situazione del percettore di interessi residente e quello non residente, con la conseguenza che non si poteva nemmeno configurare l'esistenza di una restrizione alla libera circolazione dei capitali. In particolare, si è sottolineato che i percettori residenti, benché esentati dalla ritenuta, sono tassati nello stesso Stato a titolo di imposta sul reddito e sono assoggettati ai controlli dell'amministrazione fiscale. Ancora, il carico complessivo dell'imposizione

---

<sup>424</sup> Corte di Giustizia, 21 luglio 2011, causa C-397/09, *Scheuten Solar Technology*. È vero che nella fattispecie non si era invocata la violazione di una libertà fondamentale ma solo propriamente quella del testo della Direttiva. Tuttavia, come si avrà modo di ripetere nel successivo capitolo V, l'evoluzione del contenuto delle libertà fondamentali impone di rileggere in chiave critica la disciplina offerta dalla Direttiva, la quale rischia altrimenti di apparire superata o addirittura in contrasto con la dimensione costituzionale dei diritti di libertà. Sarebbe perciò altamente consigliabile fornire una rilettura del testo in via estensiva (alla luce della dimostrata impossibilità di distinguere, agli effetti comunitari, i problemi di doppia imposizione giuridica ed economica), e conseguentemente tutelare, per mezzo di un'interpretazione adeguatrice, anche le ipotesi di discriminazione "orizzontale".

<sup>425</sup> Corte di Giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*. Si veda il commento alle conclusioni dell'Avvocato Generale svolto da Gnaedinger, C., *Belgian Withholding Tax Treatment doesn't infringe EC Treaty, AG Says*, in *Tax Notes International*, 2008, Vol. 52 n° 1, p. 23; nonché le osservazioni di Traversa, E., Modonesi, D., *La neutralità fiscale nel finanziamento delle società nel diritto dell'Unione Europea*, cit..

<sup>426</sup> Si pensi alle sentenze *Kerckhaert e Morres* e *Damseaux* più volte citate. Si rinvia sul punto al cap. III.

sui percettori residenti non sarebbe stato inferiore, avuto riguardo agli acconti dovuti da tali soggetti sull'imposta sulle società.

Il ragionamento è sorprendente. Nei casi di doppia imposizione giuridica relativa ai dividendi non si è mai arrivati al punto di negare l'esistenza di una restrizione contraria al diritto comunitario, ma si è sempre giustificata la sua esistenza a fronte del riparto di giurisdizione voluto dagli Stati.

Qui, invece, è evidente l'intento della Corte di evitare una pronuncia scomoda, che richiedeva di valutare una disciplina manifestamente discriminatoria prevista dal singolo ordinamento dello Stato della fonte. In sostanza, la doppia imposizione giuridica derivava da una pretesa fiscale extraterritoriale dello Stato della fonte, dimostrando così che anche la doppia imposizione giuridica può avere origine in una discriminazione e dunque deve essere ricondotta nella sfera d'azione delle libertà comunitarie (v. *infra* cap. V).

Questa presa di posizione, inoltre, si pone in palese contrasto con l'affermazione costantemente ripetuta (sebbene con riferimento alla doppia imposizione economica) secondo cui lo Stato della fonte diventa responsabile dell'eliminazione della doppia imposizione nel momento in cui estende la propria giurisdizione fino a tassare soggetti non residenti<sup>427</sup>. Tale estensione ha infatti l'effetto di avvicinare la situazione dei residenti e dei non residenti rispetto all'imposizione nello Stato della fonte.

Emerge con evidenza che in queste situazioni siamo ben lungi da un semplice problema di effetti indesiderati del riparto di giurisdizione. Di questo riparto, piuttosto, non vengono valorizzate sul piano comunitario le dovute conseguenze. Il diverso trattamento degli interessi *outbound* si colora chiaramente di tinte discriminatorie e richiede perciò un'adeguata risposta dell'ordinamento comunitario, come quella apprestata nei casi di discriminazione sui dividendi in uscita.

---

<sup>427</sup> Fra le tante sentenze in materia di tassazione dei dividendi, si veda Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*, par. 52-53: «a partire dal momento in cui uno Stato membro, in modo unilaterale o per via di accordi, assoggetta all'imposta sui redditi non soltanto gli azionisti residenti, ma anche gli azionisti non residenti, per i dividendi che essi percepiscono da una società residente, la situazione di tali azionisti non residenti si avvicina a quella degli azionisti residenti [ndr]. Infatti, l'esercizio da parte di questo stesso Stato della sua competenza tributaria genera in quanto tale, indipendentemente da ogni imposizione in un altro Stato Membro, un rischio di imposizione a catena o di doppia imposizione economica».

#### 4.7 Successioni *mortis causa*.

Allontanandosi per un momento dalle problematiche in ambito di diritto societario e degli affari, si può vedere come il fenomeno della doppia imposizione internazionale riguardi anche vicende di natura completamente differente, quali quelle di successione *mortis causa*.

In ambito comunitario è costantemente ripetuto che le successioni, in quanto «consistono in una trasmissione ad una o più persone del patrimonio lasciato da una persona deceduta o, in altri termini, in un trasferimento agli eredi della proprietà dei vari beni, diritti, ecc. di cui tale patrimonio è composto, sono disciplinate dal titolo XI dell'allegato I della direttiva 88/361, intitolato "Movimenti di capitali a carattere personale" (...), [e] configurano movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56 CE, ad eccezione dei casi in cui gli elementi che le costituiscono si trovano all'interno di un solo Stato Membro»<sup>428</sup>.

La rilevanza del fenomeno successorio ai fini di questa indagine è data dall'applicazione dell'imposta di successione, che, nelle situazioni in cui il *de cuius* era residente di uno Stato diverso da quello in cui si trovano i beni ereditari e risiedono gli eredi, può avvenire congiuntamente da parte di due diversi Stati, realizzando una doppia imposizione di tipo giuridico. Si tratta di un'ipotesi classica in cui la sovrapposizione della pretesa tributaria di due Stati è causata dal conflitto tra i criteri di collegamento adottati da ciascun ordinamento.

Una simile doppia imposizione subita dagli eredi del patrimonio del *de cuius* costituisce senza dubbio alcuno un ostacolo alla libera circolazione dei capitali nel mercato interno, ma poiché deriva dall'esercizio congiunto della giurisdizione di due ordinamenti sovrani, la giurisprudenza ha ritenuto che non fosse censurabile: gli Stati Membri «non hanno l'obbligo di adattare il proprio sistema fiscale ai vari sistemi di tassazione degli altri Stati Membri, al fine, in particolare, di eliminare la doppia imposizione che risulta dal parallelo esercizio da parte dei detti Stati Membri della loro competenza fiscale e, conseguentemente, al fine di consentire la detrazione (...) dell'imposta di successione assolta in uno Stato Membro diverso da quello nel quale l'erede risiede»<sup>429</sup>.

In altre parole, viene seguita la stessa rigida impostazione che pare consolidata in materia di doppia imposizione giuridica dei dividendi (v. sentenze *Kerckhaert e*

---

<sup>428</sup> Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, causa C-43/07, *Arens-Sikken*, par. 30.

<sup>429</sup> Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-67/08, *Block*, par. 31.

*Morres, Damseaux*), che sottrae al sindacato comunitario gli ostacoli fiscali derivanti dal riparto di poteri impositivi tra Stati sul presupposto che «dalle libertà fondamentali non discende alcun divieto di doppia imposizione da parte di due Stati. Pertanto, ove risultassero perfezionate le rispettive fattispecie generatrici dell'obbligo d'imposta, l'eredità dei ricorrenti potrebbe essere tassata senza limitazioni contemporaneamente sia dal[lo Stato di ultima residenza del *de cuius*], che da[llo Stato di residenza degli eredi]»<sup>430</sup>.

Vista l'identità degli argomenti utilizzati dalla Corte, si rinvia alle critiche già espresse nel capitolo III a questo orientamento. In particolare, si richiama la necessità di sottoporre al vaglio comunitario tutti i fenomeni di doppia imposizione, a prescindere dalla loro origine, in vista della realizzazione di un obiettivo primario dell'Unione, ossia l'eliminazione degli ostacoli fiscali all'esercizio delle libertà<sup>431</sup>.

In questo senso, è molto interessante l'apertura fatta dall'AG nelle conclusioni rese nell'ambito della causa *Geurts Vogten* appena citata. Dopo aver sostenuto un approccio formalistico, per cui il diritto comunitario non garantirebbe la neutralità fiscale del trasferimento di residenza in un altro Stato Membro e non esisterebbe un obbligo comunitario di eliminare la doppia imposizione, l'AG ha posto un'importante riserva: «resta tuttavia da vedere se (...) la Corte realmente avallerebbe tale conseguenza [ndr: la doppia imposizione] anche qualora l'onere derivante da ciascuna imposta di successione fosse molto elevato»<sup>432</sup>. Questa osservazione incidentale fa ben sperare e andrebbe valorizzata, soprattutto perché lascia intravedere la possibilità di un nuovo approccio – questa volta di tipo sostanziale – al problema della doppia imposizione giuridica.

Non si nasconde la difficoltà di questa diversa soluzione, che implicherebbe l'esercizio in via giurisprudenziale di una scelta politica in punto di ripartizione dei poteri impositivi: si è visto, tuttavia, che in altri settori la Corte di Giustizia non si fa scrupolo ad attuare una simile scelta. Inoltre, esiste una preferenza comunitaria – validamente fondata<sup>433</sup> – per il criterio di tassazione alla fonte, che, nella fattispecie in esame, implicherebbe la tassazione prioritaria nello Stato di residenza del *de cuius* al momento del decesso, in quanto Stato di origine del trasferimento che si verifica con il

---

<sup>430</sup> Conclusioni dell'AG Kokott, 15 febbraio 2007, causa C-464/05, *Geurts Vogten*, par. 59-60.

<sup>431</sup> Kofler, G., *Double Taxation and European Law: Analysis of the Jurisprudence*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 107. Sul punto v. anche *infra* cap. V.

<sup>432</sup> Nota 37 nelle conclusioni per la causa C-464/05, *Geurts Vogten*, cit..

<sup>433</sup> V. sempre le conclusioni al successivo cap. V.

fenomeno successorio. Si potrebbe così configurare, di conseguenza, l'obbligo dell'altro Stato (quello di residenza degli eredi) di astenersi dalla tassazione o di concedere l'imputazione dell'imposta estera.

#### **4.8 La mancata considerazione di elementi negativi del reddito: emerge una nuova, più ampia, concezione di “doppia imposizione” insieme ad un’accezione comunitaria di capacità contributiva.**

Una forma particolare, per così dire “impropria”, di doppia imposizione economica rilevante per il diritto comunitario è quella che consiste non tanto nella duplicazione dell'imposizione su una stessa ricchezza, quanto nella mancata presa in considerazione di elementi negativi del reddito, che si traduce in un'imposizione economicamente più onerosa a tutto svantaggio dei soggetti che abbiano deciso di esercitare una delle libertà previste dal Trattato<sup>434</sup>. Utilizzando le categorie della dottrina comunitaria, si può classificare tali ipotesi come restrizioni in senso economico<sup>435</sup>.

A questo proposito, le fattispecie che vengono in rilievo si possono ricondurre essenzialmente a due ambiti: il primo concerne i gruppi multinazionali di società e il relativo regime di compensazione delle perdite transfrontaliere; il secondo, invece, molto variegato al suo interno, riguarda in linea generale la tassazione delle persone fisiche e la valutazione di elementi attinenti alla loro situazione personale.

In entrambi i casi, l'eccessivo onere economico imposto agli operatori transnazionali è causato dal fatto che la tassazione complessiva non colpisce il reddito effettivo di tali soggetti. Si potrebbe affermare, dunque, che queste fattispecie fanno emergere anche al livello comunitario un problema di rispetto della capacità contributiva dei soggetti passivi. Si tratta però di un'accezione specificamente comunitaria di capacità contributiva, da collocare all'interno della logica economica del

---

<sup>434</sup> In un senso leggermente diverso si esprime Palma, R.C., *The Paradox of Gross Taxation at Source*, in *Intertax*, 2010, 12, p. 624 e ss. Secondo tale autore, infatti, bisogna mantenere una distinzione concettuale tra doppia imposizione in senso proprio e doppia imposizione per mancata considerazione di elementi negativi del reddito. La tassazione alla fonte sul reddito lordo non sarebbe tanto una forma di doppia imposizione quanto piuttosto un autonomo ostacolo ai flussi di reddito transfrontalieri, che comporterebbe nello scenario economico attuale conseguenze, se possibile, ancora più gravi della doppia imposizione. A differenza della doppia imposizione strettamente intesa, infatti, la tassazione al lordo potrebbe arrivare a far produrre perdite ad attività altrimenti in utile.

<sup>435</sup> V. l'inquadramento della categoria al par. 3.2.3.

mercato, e che dunque deve essere affrontata inevitabilmente tramite un approccio di analisi *overall*<sup>436</sup>.

Si vedrà inoltre come, grazie all'apporto risolutivo della giurisprudenza, le libertà comunitarie (in particolare, il diritto di stabilimento secondario nel caso delle perdite societarie e la libera circolazione di persone e servizi nel caso delle persone fisiche) si arricchiscono di nuovi contenuti giuridici: si trasformano cioè nel diritto a che le potenziali perdite e i costi derivanti dall'esercizio di tali diritti/libertà siano presi in considerazione almeno una volta in uno dei due Stati coinvolti dalla fattispecie<sup>437</sup>.

Questa più ampia concezione di doppia imposizione economica è molto interessante nella prospettiva di un'evoluzione della dottrina comunitaria sul rapporto tra doppia imposizione, da un lato, e, dall'altro, principi e libertà comunitarie (v. *infra* cap. V). Essa peraltro sembra prendere gradualmente corpo anche nella giurisprudenza sul tema "tradizionale" della doppia imposizione degli utili societari: ne costituisce un esempio recente la sentenza resa nella procedura di infrazione *Commissione c. Germania*<sup>438</sup>, che ha condannato lo Stato tedesco per aver «assoggettato i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati Membri (...) a una tassazione più onerosa, in termini economici<sup>439</sup>, di quella applicata ai dividendi distribuiti a società aventi sede sul suo territorio».

È stato correttamente osservato che questo approccio della Corte di Giustizia rappresenta un'evoluzione delle tradizionali regole internazionali in materia di riparto dei poteri impositivi. Tali regole si focalizzano, infatti, sul riparto di giurisdizione relativamente a redditi e profitti, ma lasciano completamente alla discrezionalità unilaterale di ogni singolo Stato la scelta sui criteri di collegamento e di tassazione degli elementi negativi del reddito (spese, costi e perdite)<sup>440</sup>. Da questa assenza di coordinamento tra Stati deriva spesso quell'eccesso di imposizione che rientra in una

---

<sup>436</sup> V. il precedente par. 3.3.2.1 e il successivo capitolo V. Sul tema, si vedano le riflessioni di Bardini, C., *The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ*, in *Intertax*, 2010, 1, p. 2.

<sup>437</sup> Si vedano le osservazioni di García Prats, F.A., *Is It possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?*, in AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders. Festschrift in Honor of Prof. Vanistendael*, 2008, Kluwer Law International, p. 438.

<sup>438</sup> Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*. Analogamente, sul diverso tema dei dividendi in entrata, v. Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C-406/07, *Commissione c. Grecia*.

<sup>439</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>440</sup> García Prats, F.A., *Is It possible to Set a Coherent System of Rules on Direct Taxation under EC Law Requirements?*, cit., p. 437.

concezione allargata, si potrebbe dire “in negativo”, del fenomeno della doppia imposizione.

Questa lacuna normativa dell’ordinamento internazionale spiega anche perché la Corte di Giustizia si senta libera in questo settore di creare vere e proprie regole comunitarie per il riparto e l’attribuzione di responsabilità, agendo con una libertà nemmeno immaginabile nel campo della ripartizione di giurisdizione su elementi positivi del reddito internazionale<sup>441</sup>.

Osservando il tema da un’altra angolazione, l’assenza di criteri internazionali consente di vedere in azione le potenzialità del diritto comunitario in uno scenario “vergine”, in cui non è richiesto il rispetto di regole consolidate preesistenti, sia pattizie sia consuetudinarie.

Il risultato è di straordinaria limpidezza e serve ad illuminare anche gli altri settori di intervento del diritto comunitario, maggiormente vincolati al rispetto di regole internazionali già esistenti: l’attuazione corretta ed effettiva delle libertà comunitarie richiede la valutazione della capacità contributiva dei soggetti passivi nel contesto del mercato interno e dunque in un’ottica per natura globale (*overall*). Alla luce di ciò, non è accettabile l’esistenza di restrizioni fiscali alle libertà, quali la doppia imposizione dei redditi, intesa in senso ampio come tassazione più gravosa delle attività transnazionali rispetto a quelle interne, perché lesiva della capacità contribuiva effettiva. Pertanto, per realizzare un’imposizione “comunitariamente equa” e conforme a tale principio europeo, il metodo *overall* è funzionale a quella che non è più soltanto l’interpretazione giudiziale delle libertà, ma è una vera e propria valutazione di compatibilità comunitaria delle norme nazionali. Seguendo questo approccio sostanziale fino alle ultime conseguenze, le libertà comunitarie, nella loro interpretazione orientata al principio di capacità contributiva, arrivano a imporre un principio di tassazione al netto, in quanto richiedono che gli elementi negativi del reddito siano presi in considerazione almeno da parte di uno degli Stati (della fonte o della residenza).

---

<sup>441</sup> Si pensi a tutta la giurisprudenza analizzata nel capitolo III sul tema della tassazione dei dividendi e al ruolo preponderante assunto dall’equilibrata ripartizione dei poteri impositivi quale causa di giustificazione per trattamenti palesemente discriminatori.

#### **4.8.1 La compensazione transfrontaliera delle perdite e i regimi di consolidamento: la sfida comunitaria al principio di territorialità.**

Complementare al tema del trasferimento all'estero di base imponibile<sup>442</sup> è, sul versante passivo, il tema del trasferimento transfrontaliero delle perdite d'impresa. Se nel primo caso, però, la doppia imposizione è il risultato di un'operazione di (ri)qualificazione giuridica in funzione antiabusiva, nel caso del trasferimento di perdite la doppia imposizione economica scaturisce da regole nazionali che limitano sul piano sostanziale la compensazione delle perdite, in applicazione rigorosa del principio di territorialità dell'imposizione.

La maggior parte degli ordinamenti europei, infatti, rifiutano ai contribuenti residenti al possibilità di compensare sul proprio reddito le perdite riportate da società controllate non residenti: in altre parole non consentono ai soggetti residenti di abbattere la propria base imponibile con le perdite conseguite nello svolgimento di attività situate fuori dal territorio statale. Alla base vi è l'equazione per cui se lo Stato della controllante/società madre non estende la propria giurisdizione sui redditi prodotti dalla società estera controllata/stabile organizzazione, specularmente non consente nemmeno l'imputazione delle loro perdite. Per effetto di questi regimi limitativi insorgono fattispecie di doppia imposizione che colpiscono quei soli soggetti economici che si sono avvalsi della libertà di stabilimento loro riconosciuta dal Trattato.

La consapevolezza comunitaria di questo problema in termini di ostacolo fiscale alla realizzazione del mercato interno data a molti anni fa: da tempo la Commissione ha espresso la propria preoccupazione per il carico di doppia imposizione economica conseguente alle restrizioni in tema di compensazione delle perdite<sup>443</sup>.

La mancata presa in considerazione di elementi negativi del reddito conduce infatti ad una tassazione al lordo che, in quanto economicamente più gravosa, penalizza le attività transfrontaliere rispetto alle attività nazionali, dissuadendo l'esercizio della libertà di stabilimento.

La risposta data dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia è il frutto di un delicato bilanciamento tra il rispetto del principio di territorialità e la garanzia di

---

<sup>442</sup> Affrontato al precedente paragrafo 4.3.

<sup>443</sup> V. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali*, COM (2001)582, del 23 ottobre 2001: «Le forti restrizioni cui è soggetta la compensazione transfrontaliera delle perdite possono determinare una duplice imposizione (economica). In generale, le perdite delle controllate non sono "fiscalmente efficaci" al livello delle società madri europee e le perdite degli stabilimenti permanenti possono solo in particolari circostanze essere compensate dagli utili della sede centrale».

un'imposizione neutrale, ed è tutta giocata sulla declinazione concreta del principio di proporzionalità.

Sotto un primo aspetto, infatti, numerose pronunce riconoscono come lesione della sovranità nazionale i fenomeni di arbitraggio fiscale e pianificazione spregiudicata<sup>444</sup>. Come già si è accennato, l'assunto fondamentale in questo senso è che la doverosa applicazione dei principi comunitari non giustifica in quanto tale le strategie di allocazione della base imponibile da parte dei contribuenti. Come afferma l'AG Kokott, «concedere alle società la possibilità di optare per l'imputazione delle loro perdite nello Stato Membro in cui sono stabilite o in un altro Stato Membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati Membri, dato che la base imponibile risulterebbe aumentata nel primo Stato e ridotta nel secondo, in misura pari alle perdite trasferite»<sup>445</sup>.

Sotto un secondo aspetto, però, è vero anche che l'affermazione categorica del principio di territorialità crea distorsioni lesive in modo inaccettabile del buon funzionamento del mercato europeo, inficiando il primato del diritto comunitario.

All'esito di questo bilanciamento, la Corte giunge a consentire la violazione del principio di territorialità come *extrema ratio* al ricorrere di determinate condizioni (più precisamente, si deve trattare di *final losses*, cioè la controllata/stabile organizzazione deve aver esaurito tutte le possibilità immediate di compensazione delle perdite nel proprio Stato di residenza)<sup>446</sup>.

Da tale filone giurisprudenziale in materia di compensazione delle perdite emerge così una nuova concezione comunitaria del principio di territorialità come "territorialità temperata"<sup>447</sup>. La tutela della territorialità sul piano comunitario è subordinata ad un'istanza di ragionevolezza: cede il passo, cioè, di fronte alla necessità di scongiurare un'imposizione non neutrale (una doppia imposizione economica) derivante dalla circostanza che la consociata/stabile organizzazione estera non può più trarre beneficio dalla propria perdita progressa<sup>448</sup>.

---

<sup>444</sup> In questo senso si esprimono, ad esempio, Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*; sentenza 15 maggio 2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium*; sentenza 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X Holding*.

<sup>445</sup> Conclusioni dell'AG Kokott del 19 novembre 2009, C-337/08, *X Holding*, par. 42.

<sup>446</sup> Sottolinea in modo particolare questo aspetto Meussen, G., *Cross-border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, 5, p. 233.

<sup>447</sup> Conia questa espressione Melis, G., *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in *Rassegna Tributaria*, 2008, 1486 ss..

<sup>448</sup> Osserva Melis, G., op. cit.: «L'impressione netta che si trae è che la Corte non intenda giungere al punto di imporre allo Stato della residenza meccanismi tecnici che potrebbero risultare eccessivamente invasivi della propria sfera di competenza normativa, ma solo limitarsi, in modo piuttosto salomonico, a

Questa soluzione giurisprudenziale opera una scelta precisa in tema di ripartizione dei poteri impositivi. Ancora una volta, insomma, la disciplina di riferimento è quella dello Stato di origine della perdita (Stato della fonte in senso lato), mentre lo Stato di destinazione del trasferimento (Stato della società madre/controllante) è responsabile dell'eliminazione degli effetti anti-comunitari dell'interazione tra i vari ordinamenti e deve accettare una violazione della territorialità dell'imposizione.

È evidente la differenza di approccio con le fattispecie di doppia imposizione dei dividendi precedentemente esaminate. In materia di dividendi, infatti, si è già osservato (par. 3.5.2.2) che l'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi e il principio di territorialità sono qualcosa di più di una semplice causa di giustificazione, in quanto sono usati dalla Corte come descrizione di una differenza di fatto, connessa alla sovrapposizione tra più giurisdizioni, che rende ontologicamente non comparabili la situazione interna e quella che coinvolge un soggetto non residente. Sono argomenti che precludono a monte una valutazione comunitaria del problema.

In tema di trasferimento delle perdite, invece, accade precisamente che una limitazione posta da uno Stato alla propria giurisdizione viene considerata una restrizione ai fini comunitari. La ripartizione dei poteri impositivi opera allora propriamente come una causa di giustificazione ed è assoggettata all'ulteriore test di proporzionalità. In ultima analisi, l'esigenza comunitaria di eliminare la doppia imposizione (pur nel senso lato che si è visto) prevale sul riparto di giurisdizione e rende accettabile una violazione del principio di territorialità dell'imposizione.

L'approccio qui seguito pare decisamente più conforme ad una reale attuazione del primato dell'ordinamento comunitario e alla realizzazione di uno dei suoi obiettivi, l'eliminazione delle doppie imposizioni. Non si può tacere peraltro che, se la Commissione dal canto suo riconosce che i limiti all'imputazione di perdite estere

---

stabilire un principio di "ragionevolezza", che imponga la considerazione delle perdite nel solo Stato di localizzazione della società (Marks & Spencer) o della stabile organizzazione (Lidl), pena la discriminazione rispetto a soggetti residenti, ma facendo salvo il caso-limite in cui, trattandosi di cd. "final losses", la considerazione nello Stato di localizzazione non si renda più possibile».

La soluzione, del resto, è in linea con la posizione espresso sul punto dalla Commissione nella comunicazione del 19 dicembre 2006, *Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere*, COM (2006) 824 final: «il rischio di evasione fiscale è maggiore quando un gruppo di società è libero di scegliere dove e quando preferisce che siano contabilizzate le sue perdite (e i suoi profitti) a fini fiscali. Questo problema è tanto maggiore quanto più una società è libera di compensare le proprie perdite orizzontalmente o verticalmente a valle. (...) Secondo la Commissione, tali problemi possono essere in gran parte risolti limitando la compensazione transfrontaliera alla forma verticale a monte. Tale vincolo, unito a un dispositivo di recupero e all'esigenza che la controllata si avvalga dapprima di ogni altro sgravio disponibile nell'immediato, dovrebbe ridurre al minimo il rischio di evasione fiscale».

pongono un problema comunitario perché generano una doppia imposizione, la Corte di Giustizia non ha mai espressamente manifestato la stessa consapevolezza, limitandosi ad analizzare la potenziale restrizione alla libertà di stabilimento causata dalle normative nazionali, senza porre l'attenzione sul (maggiore) carico fiscale gravante in tal modo sulle fattispecie.

Conclusivamente, bisogna comunque dare atto che il bilanciamento sopra descritto, basato su un criterio di ragionevolezza e proporzionalità, trova una deroga in presenza di comportamenti abusivi dei contribuenti, finalizzati ad ottenere una doppia contabilizzazione delle perdite o, comunque, ad attuare un'allocazione "elusiva" della base imponibile dei gruppi di società<sup>449</sup>.

In quest'ottica si spiega la soluzione elaborata nel caso *Oy AA*, in cui è stata pienamente assolta, anche sotto il profilo della proporzionalità, la disciplina finlandese sulla deducibilità dei trasferimenti finanziari infragruppo (c.d. *group contribution system*). La Corte osservato che «qualsiasi estensione di tale vantaggio alle situazioni transfrontaliere avrebbe per effetto (...) di permettere ai gruppi di società di scegliere liberamente lo Stato Membro in cui far tassare i loro utili, a detrimento del diritto dello Stato Membro della consociata di tassare gli utili generati da attività svolte nel suo territorio»<sup>450</sup>.

Le stesse riflessioni ora svolte sono applicabili, con i dovuti adeguamenti, anche ai regimi di consolidamento, in virtù dei quali non soltanto è consentita la compensazione delle perdite ma è anche prevista l'integrazione degli utili realizzati dalle società incluse nel perimetro di consolidamento. Qui, del resto, è ancora più evidente che la *ratio* della normativa è quella di evitare la doppia imposizione degli utili societari, attuando un regime di trasparenza<sup>451</sup>.

---

<sup>449</sup> Sull'evoluzione dei reciproci rapporti tra lotta all'elusione e ripartizione equilibrata dei poteri impositivi si rimanda al successivo capitolo V.

<sup>450</sup> Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, par. 64; sul tema v., *inter alia*, Traversa, E., Modonesi, D., *La neutralità fiscale nel finanziamento delle società*, cit..

<sup>451</sup> La giurisprudenza comunitaria ha già avuto occasione di valutare alcuni profili di compatibilità di tali regimi con il diritto europeo: si vedano le sentenze *X Holding*, cit., e Corte di Giustizia, 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*.

#### **4.8.2 La deducibilità di elementi negativi dal reddito delle persone fisiche: lavoratori transfrontalieri, spese professionali, contributi pensionistici ed assicurativi.**

Problemi analoghi sono sollevati dalle fattispecie relative alla tassazione del reddito delle persone fisiche, quando costoro si vedono negata in concreto da entrambi gli Stati (della fonte e della residenza) la possibilità di veder presa in considerazione la propria capacità contributiva effettiva, attraverso il riconoscimento – ad esempio – di spese sostenute o agevolazioni fiscali per specifiche condizioni individuali o carichi di famiglia, concesse invece ai soggetti che lavorano e operano solo all'interno del proprio Stato di residenza.

Situazioni di questo tipo si verificano tipicamente per i lavoratori transfrontalieri che producano la quasi totalità del proprio reddito in uno Stato Membro di cui non sono fiscalmente residenti, così che, da un lato, sfuma (in via convenzionale) la potestà impositiva del loro effettivo Stato di residenza, ma, dall'altro lato, lo Stato della fonte non li equipara integralmente ai propri residenti. È stata importantissima in questa materia la sentenza *Schumacker*, che ha imposto allo Stato in cui veniva eseguita la prestazione lavorativa di equiparare residenti e non residenti a tutti gli effetti della propria legislazione (quindi applicando anche ai secondi tutte le agevolazioni e riduzioni d'imposta previsti dalla disciplina interna)<sup>452</sup>.

Questa pronuncia ha stabilito una regola aurea del diritto comunitario, ormai recepita tanto dalla giurisprudenza successiva quanto dalla Commissione, che la codifica in questi termini: «*if a citizen who lives in one state earns all or almost all of his income in another State, the other state should treat him as a resident; that is, the other state should give him the same tax relief and tax exemptions it would give to a resident*»<sup>453</sup>.

Tutto ciò trova fondamento, come sempre, nel principio di non discriminazione, in base al quale non possono essere trattate diversamente situazioni che in realtà sono comparabili. Volendo spingersi un po' oltre, si può allora dedurre da questo orientamento che è proprio il principio di non discriminazione a richiedere in concreto

---

<sup>452</sup> Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*. Sulla stessa fattispecie verteva anche la sentenza Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*, che però ha raggiunto conclusioni apparentemente diverse. Sul perché di questa divergenza, dovuta alle caratteristiche specifiche delle legislazioni nazionali coinvolte, v. Avery Jones, J., *What is the Difference between Schumacker and Gilly?*, in *European Taxation*, 1999, 1, p. 2.

<sup>453</sup> SEC(2010) 1576 final del 20 dicembre 2010, Commission Staff Working Document Accompanying Commission Communication “*Removing cross-border tax obstacles for EU citizens*” (COM(2010) 769).

una violazione dei limiti di giurisdizione e sovranità degli Stati, la valutazione della effettiva capacità contributiva del soggetto passivo, la tassazione al netto anche nello Stato della fonte e la rimozione, in ultima battuta, dei fenomeni di doppia imposizione intesi in senso ampio.

Per quanto attiene alla valutazione dei rapporti tra Stato della fonte e della residenza, salta subito agli occhi la differenza tra la soluzione qui seguita e quella fornita nel caso di compensazione delle perdite di società estere sul reddito della società madre. Si è osservato come in quel caso ci fosse una coerenza intrinseca della soluzione comunitaria rispetto alla scelta della tassazione alla fonte come criterio generale: era infatti lo Stato di residenza a dover subire come *extrema ratio* una violazione della territorialità, accettando il riporto di elementi negativi realizzati da un soggetto su cui non esercitava – corrispettivamente – la propria potestà tributaria. Diversamente, nel caso di elementi negativi del reddito di persone fisiche, la forzatura dei limiti posti alla propria giurisdizione viene subita dallo Stato della fonte. Non vi è tuttavia, contraddizione: in questo secondo caso, infatti, non si tratta di vera e propria violazione del principio di territorialità, in quanto lo Stato della fonte già estende la propria giurisdizione sul soggetto non residente, che pertanto non è un soggetto “estraneo” al suo ordinamento fiscale. E di questa estensione vengono tratte le dovute conseguenze<sup>454</sup>.

Questa analisi, comunque, conferma ancora una volta che l’affermazione delle esigenze comunitarie passa necessariamente attraverso un’infrazione, o almeno una forte revisione, del principio “sacrale” della territorialità.

È ricco il filone giurisprudenziale che ha condiviso l’impostazione *Schumacker*, applicandola a nuove fattispecie e consolidando così l’idea che solo un’imposizione “al netto” è rispettosa delle istanze comunitarie. Ad esempio, sentenze come *Gerritse*<sup>455</sup> e *Scorpio*<sup>456</sup>, in materia di deducibilità delle spese professionali, hanno chiarito una volta per tutte che le regole di determinazione della base imponibile non possono essere

---

<sup>454</sup> Si tratta di decisioni in linea con la giurisprudenza in materia di ritenute alla fonte sui dividendi (v. per tutte *Amurta*, e le osservazioni al precedente par. 3.7).

<sup>455</sup> Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*. In sede di imposizione fiscale dei non residenti, la legislazione di uno Stato Membro non può prendere in considerazione i loro redditi lordi, senza detrazione delle spese professionali, mentre i residenti sono tassati sui loro redditi netti, previa detrazione di tali spese.

<sup>456</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 2006, causa C-290/04, *Scorpio*. Nell’applicazione della ritenuta alla fonte prevista dal diritto nazionale, il destinatario di servizi, debitore del compenso nei confronti di un prestatore di servizi non residente, deve essere ammesso a dedurre le spese professionali comunicategli dal prestatore e direttamente connesse alle sue attività in quello Stato, se un prestatore di servizi residente sarebbe soggetto all’imposta soltanto sui suoi redditi netti, cioè calcolati deducendo tali spese professionali.

differenziate o applicate diversamente ai contribuenti residenti e non residenti, a pena di un'inaccettabile violazione della libertà di prestazione dei servizi (che si traduce in una forma di doppia imposizione).

Spostando il confine ancora più avanti, si è ritenuto che devono essere ammesse in deduzione dal reddito dei non residenti nello Stato della fonte anche i costi relativi alla gestione di un immobile di proprietà situato in un altro Stato Membro. Il tutto in virtù dell'equiparazione tra residenti dello Stato della fonte e non residenti che ivi conseguono tutto il proprio reddito<sup>457</sup>.

Merita una menzione, infine, anche il regime di deducibilità dei contributi pensionistici versati da soggetti non residenti, a cui si applichi l'equiparazione ai residenti sopra descritta: respingendo l'argomento della coerenza del sistema, la Corte ha ritenuto che tale deducibilità deve essere ammessa a prescindere dal fatto che le future erogazioni pensionistiche saranno soggette ad imposizione nel solo Stato di residenza del soggetto<sup>458</sup>.

Anche lo Stato della fonte, pertanto, è chiamato al rispetto della capacità contributiva nella sua accezione comunitaria, qualora si trovi in una situazione di fatto paragonabile a quella dello Stato di residenza perché il contribuente realizza tutto il proprio reddito sul suo territorio. L'affermazione ha implicazioni notevoli: in questo modo si arriva a scalfire, insieme alla territorialità, un altro caposaldo della tassazione internazionale, ossia il criterio di collegamento della residenza, che non è più un fattore dirimente al fine di stabilire i confini della responsabilità internazionale degli Stati in materia fiscale.

---

<sup>457</sup> Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008, causa C-527/06, *Renneberg*. È contraria alla libera circolazione dei lavoratori la normativa nazionale per cui un soggetto non residente nello Stato Membro in cui percepisce la totalità (o quasi) dei propri redditi non può, ai fini della determinazione della base imponibile in tale Stato Membro, far valere i redditi negativi concernenti una casa ad uso abitativo di sua proprietà situata in un altro Stato Membro, mentre tale facoltà sarebbe concessa ad un residente nel primo Stato Membro.

<sup>458</sup> Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, che si pronuncia nella prospettiva dello Stato della fonte. Il quadro va completato con un accenno alla sentenza complementare resa nella prospettiva dello Stato di residenza, la quale ha affermato che tale Stato non è tenuto a riconoscere la deduzione dei contributi legati ad un'assicurazione pensionistica versati ad un'assicurazione estera nella misura in cui non assoggetta a tassazione le pensioni successivamente erogate da tale soggetto estero (Corte di Giustizia, 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*; su temi affini, v. anche Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C-544/07, *Rüffler*).

## **PARTE V**

### **RISULTATI E PROSPETTIVE.**

#### **5.1 Il percorso europeo per l'eliminazione delle doppie imposizioni.**

La massa magmatica di materiale normativo e giurisprudenziale sul tema della doppia imposizione, analizzato nel corso di questo lavoro, contiene in sé una grande potenzialità. Attraverso una paziente opera di ricostruzione e interpretazione, esso offre l'opportunità di individuare al suo interno, una volta sfrondata degli elementi accidentali, il filo rosso di un'evoluzione "teleologica" del pensiero comunitario. E finalmente consente di articolare una risposta convincente, attraverso strumenti propri del diritto comunitario, all'obiettivo comunitario generale di eliminare gli ostacoli causati dalle doppie imposizioni.

L'analisi finora condotta costituisce infatti la base per mettere in luce alcune interessanti tendenze in atto nell'ordinamento, le quali possono giocare un ruolo fondamentale per definire finalmente in modo compiuto lo statuto giuridico della doppia imposizione in chiave comunitaria, declinandone i vari aspetti rispetto al citato obiettivo generale. Si può così delineare un quadro complessivo di sistema, non solo in funzione della statica rappresentazione dell'esistente, ma soprattutto per formulare utilissime indicazioni capaci di orientare la soluzione delle criticità ancora aperte e delle fattispecie non ancora emerse.

In quest'ottica, dunque, ci si propone di riassumere sinteticamente i risultati della ricerca e di scandire i passaggi fondamentali che consentono di dare risposta al quesito originario: in che modo, cioè, si possa assicurare l'eliminazione delle doppie imposizioni, quale obiettivo comunitario, ricorrendo a strumenti propri di questo stesso ordinamento.

Se la soluzione ideale sarebbe chiaramente quella di un intervento di armonizzazione, è pur vero che, in sua assenza, il risultato sostanziale pare raggiungibile anche con i mezzi dell'integrazione negativa. Il tradizionale riserbo della Corte di Giustizia di fronte a opzioni di politica fiscale si dimostra soltanto

un'impostazione di facciata, di cui si possono rintracciare i presupposti per un superamento, disseminati all'interno della stessa giurisprudenza europea.

E allora, in questo processo viene in considerazione prima di tutto il rinnovato significato delle libertà fondamentali a seguito dell'evoluzione dell'ordinamento europeo in senso costituzionale: tale mutamento ha inciso sia sul contenuto economico delle libertà sia sulla loro portata giuridica, e per effetto ha attribuito portata costituzionale a valori di stampo economico (par. 5.2).

In secondo luogo, anche alla luce di questa nuova portata delle libertà e del passaggio dal divieto di discriminazioni al divieto di restrizioni, bisogna constatare il fallimento del tentativo di configurare il divieto di doppia imposizione come principio autonomo dell'ordinamento comunitario. Al contempo, però, si impone una revisione dell'orientamento giurisprudenziale che tradizionalmente riserva alle diverse forme di doppia imposizione, economica e giuridica, una diversa collocazione sistematica. È opportuno invece, nella prospettiva comunitaria, superare definitivamente la distinzione e impostare un unico inquadramento teorico (par. 5.3).

Ciò dimostrato, diventa necessario con tutta evidenza eliminare le contraddizioni interne all'impianto delle cause di giustificazione invalse nell'applicazione giurisprudenziale, di cui ormai tendono a confondersi e sovrapporsi le linee di contorno. Sgombrato il campo con quest'opera di razionalizzazione, si riesce quindi agevolmente a legittimare le più opportune scelte comunitarie in materia di ripartizione dei poteri impositivi tra Stati Membri e attribuzione delle responsabilità per l'eliminazione degli effetti negativi della doppia imposizione. Si arriva a formulare un significato europeo dell'equilibrato riparto di poteri impositivi. Compiendo questa operazione, peraltro, si arriva anche a riconoscere una nuova frontiera di interazione tra ordinamento dell'Unione e degli Stati Membri, nella misura in cui emerge l'importanza di una concezione comunitaria del principio di capacità contributiva e i suoi dirompenti effetti sull'assetto delle regole del diritto tributario internazionale (par. 5.4).

Disegnate così le linee fondamentali della risposta comunitaria al fenomeno della doppia imposizione, non resta che svolgere qualche osservazione di metodo sull'operato della Corte di Giustizia, svelando punti di forza e di debolezza dell'azione di tale organo, che ha magistralmente preparato il terreno non solo alla risposta comunitaria al problema della doppia imposizione, ma, più in generale, all'affermazione del diritto tributario europeo come vera e propria disciplina giuridica (par. 5.5).

## 5.2 Il profilo costituzionale dell'Unione Europea e l'evoluzione delle libertà fondamentali.

L'arresto del processo costituente europeo in seguito ai referendum negativi in Francia e nei Paesi Bassi ha solo formalmente interrotto la graduale evoluzione dell'ordinamento comunitario verso una sempre maggiore integrazione tra gli Stati Membri, non solo sul piano economico ma anche su quello politico, che, nelle intenzioni, avrebbe dovuto culminare con l'approvazione del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa"<sup>459</sup>.

Grazie soprattutto all'apporto della giurisprudenza, infatti, è ormai ampiamente avviato un processo che, se non è propriamente "costituente", si potrebbe comunque definire di "costituzionalizzazione" dei principi e delle libertà fondamentali previste dai Trattati<sup>460</sup>.

Questa tendenza trova molteplici riscontri. Si pensi ad esempio al ruolo via via assunto dalla Corte di Giustizia, che assomiglia sempre di più a quello di un giudice delle leggi: sebbene la sua funzione codificata sia l'interpretazione del diritto comunitario, le sue pronunce sono ormai diventate vere e proprie pronunce di compatibilità comunitaria delle normative nazionali di volta in volta sottoposte al suo esame. In altre parole, non pare possibile mettere in discussione il fatto che le libertà fondamentali sono diventate parametro di legittimità per valutare il diritto nazionale degli Stati Membri.

Sul piano positivo, inoltre, depone in questo senso l'esplicito richiamo da parte del Trattato di Lisbona del catalogo dei diritti fondamentali contenuto in due importanti documenti, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, a cui viene ora riconosciuto «lo stesso valore giuridico dei Trattati»<sup>461</sup>. Si tratta di un notevole passo in avanti: a questo recepimento dei diritti fondamentali come parte integrante del diritto dell'Unione, infatti, consegue un

---

<sup>459</sup> Firmato a Roma il 29 ottobre 2004, sarebbe stato ratificato da ventidue Stati Membri, ma non da due tra i Paesi fondatori. Il progetto, di conseguenza, fu abbandonato. Per un'analisi complessiva del processo costituente si veda AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, Cedam, 2008.

<sup>460</sup> Per un approfondimento, si vedano le riflessioni di Donnarumma, M. R., *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione Europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e le giurisprudenze delle Corti Costituzionali*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2010, 2, p. 407.

<sup>461</sup> V. articolo 6, paragrafo 1 del nuovo TUE: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati».

ampliamento significativo non tanto delle materie attribuite alla competenza della Corte di Giustizia, ma della base giuridica a cui fa riferimento tale competenza interpretativa in materia di libertà. Anche le libertà del mercato unico, in buona sostanza, devono essere interpretate alla luce del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>462</sup>.

Sotto queste spinte evolutive le libertà fondamentali hanno assunto una propria dimensione di contenuto autonoma, sganciandosi dal riferimento (prima necessario) al principio di non discriminazione. Pertanto, se in origine le libertà di circolazione e di stabilimento venivano tutelate in quanto derivazione del divieto di discriminazioni sulla base della nazionalità, oggi invece è tale divieto generale che assume una portata residuale, riferita ai casi che rimangano fuori dall'applicazione prioritaria delle libertà<sup>463</sup>.

Si spiega così, fra l'altro, anche la graduale affermazione nella giurisprudenza del diverso criterio generale del divieto di restrizioni, il quale acquisisce significato nella misura in cui presuppone l'esistenza di diritti di libertà assoluti, non comprimibili, quindi di rango costituzionale.

Quando ci si accinga ad indagare gli effetti concreti di questo sviluppo delle libertà fondamentali, ci si accorge che esso opera in una duplice direzione.

Innanzitutto, sotto un primo aspetto economico, il contenuto delle libertà assume un più ampio respiro. Esse non sono più soltanto il presidio della circolazione di persone e capitali, il limite negativo del potere dei legislatori nazionali. Diventano piuttosto un'affermazione positiva di principi a carattere generale quali la neutralità fiscale, l'efficienza economica e l'uguaglianza intesa come equità sostanziale. Si tratta tuttavia di un catalogo aperto di valori, a cui possono essere ricondotti i principi che fanno parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri<sup>464</sup>. E tali principi necessitano di concreta attuazione, a pena di inficiare l'effettività e il primato del diritto comunitario.

---

<sup>462</sup> Sul punto, si vedano le riflessioni di Marchessou, P., *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, 3, pag. 595, nonché di Barents, R., *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, 3, p. 709.

<sup>463</sup> È quanto afferma la giurisprudenza più recente, per cui «l'art. 12 (...) tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione per le quali il Trattato non stabilisca regole specifiche di non discriminazione. Orbene, gli artt. 43 CE e 56 CE prevedono tali regole specifiche di non discriminazione negli ambiti della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali» (Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*, par 31-32).

<sup>464</sup> Si pensa in particolare al principio di capacità contributiva. Sul punto v. *infra* par. 5.4.2.

Ma tutto questo non sarebbe di alcuna utilità se non fosse affiancato da una contestuale evoluzione della natura giuridica. Nel momento stesso in cui il contenuto assume portata generale e diventa affermativo, infatti, si verifica una trasformazione delle libertà in veri e propri diritti soggettivi in capo ai cittadini dell'Unione. Il processo di "giuridicizzazione" delle libertà fondamentali implica il passaggio da una logica pubblicistica ad una privatistica: se prima le libertà costituivano il limite all'azione statale e dunque per il cittadino si traducevano in una sorta di interesse legittimo all'attuazione del diritto comunitario, ora le libertà – intese come diritti – hanno come propri diretti destinatari i cittadini. Tutto questo è in linea con la tendenza a valorizzare la posizione dei singoli nell'ambito dell'ordinamento comunitario e con la crescente importanza della cittadinanza europea.

Questo processo è efficacemente riassunto nell'espressione secondo cui «la nozione generale di mercato interno deve essere considerata quale principio giuridico avente contenuto economico»<sup>465</sup>.

Il passo, a questo punto, è breve. Poiché un diritto può dirsi tale solo se l'ordinamento ne predispone la tutela, l'effettività delle libertà comunitarie – in quanto diritti soggettivi – implica anche la loro diretta giustiziabilità, ossia la possibilità dei cittadini di far valere il proprio diritto dinanzi ai giudici nazionali ed essere ristorati (dallo Stato) delle conseguenze della violazione.

Questa rinnovata concezione delle libertà fondamentali emerge in molteplici contesti e si colora di numerose sfumature: si traduce, ad esempio, nel diritto a che gli elementi negativi del reddito vengano presi in considerazione almeno una volta nelle situazioni transnazionali<sup>466</sup>, ovvero è il presupposto di tutta l'elaborazione sull'abuso del diritto<sup>467</sup>.

---

<sup>465</sup> Così Galizia, G., *La tassazione dei dividendi in entrata di fonte UE ed I connessi doppi oneri fiscali: riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2009, causa C-128/08*, in Riv. Dir. Trib., 2010, 6, p. 165.

<sup>466</sup> Cfr. sempre il successivo par. 5.4.2.

<sup>467</sup> Lo stesso concetto di abuso del diritto, infatti, presuppone che ci sia un "diritto soggettivo" vero e proprio da aggirare. La diffusione della nozione di abuso testimonia di questo processo di trasformazione delle libertà economiche in criteri giuridici a tutti gli effetti.

### **5.3 Eliminazione della doppia imposizione: l'an. Inesistenza di un divieto generale e opportunità di un inquadramento unico per le fattispecie di doppia imposizione economica e giuridica.**

Il passaggio dalla logica della discriminazione a quella della restrizione, che ha prodotto il graduale affrancamento delle libertà fondamentali come diritti autonomi dal divieto di discriminazioni, ha avuto un altro importante effetto. Si può dire, infatti, che sia definitivamente fallito il tentativo di configurare un divieto generale di doppia imposizione come principio autonomo dell'ordinamento comunitario, direttamente derivante dal principio di non discriminazione.

Di questo fallimento, peraltro, dà pienamente atto la giurisprudenza, che ripete costantemente l'impossibilità di fornire un'adeguata risposta comunitaria al problema della doppia imposizione al di fuori di azioni di armonizzazione positiva per cui è richiesto l'unanime consenso di tutti gli Stati Membri. In sostanza, poiché la doppia imposizione internazionale non è ontologicamente illegittima, essa deve essere eliminata in via giurisprudenziale se origina da una disparità di trattamento discriminatoria (e dunque in modo solo eventuale), ma nulla può il giudice comunitario se il fenomeno è la conseguenza di un riparto di giurisdizione voluto dagli Stati Membri sul piano internazionale.

Tuttavia, proprio in forza dell'evoluzione avvenuta sul piano costituzionale, questo approccio rinunciatario non è affatto condivisibile. Urge piuttosto una presa di coscienza delle potenzialità offerte dall'attuale scenario sistematico, e di conseguenza si impone come necessaria una nuova impostazione del problema.

Se non esiste un divieto generale, autonomo e direttamente applicabile, ciò non significa che l'ordinamento comunitario possa restare totalmente indifferente ai pesanti effetti del fenomeno della doppia imposizione. Essa deve piuttosto, e più correttamente, essere inquadrata come esempio paradigmatico di restrizione alle libertà del Trattato, quelle libertà che – si è detto – hanno assunto uno statuto di diritti soggettivi. Onerare di un doppio carico fiscale gli operatori che a vario titolo intraprendano iniziative economiche in uno Stato diverso da quello di propria residenza costituisce senza dubbio una limitazione all'esercizio di tali diritti soggettivi.

E così, affermare che la doppia imposizione rileva ai fini non tanto del divieto di discriminazioni ma, meglio, del divieto di restrizioni non è una riqualificazione soltanto nominale: significa infatti che della doppia imposizione si deve valutare l'effetto

economico sostanziale di svantaggio per l'operatore, a prescindere dall'origine del doppio carico fiscale.

Gli effetti più importanti sono sul piano della tutela, che da formale diventa sostanziale. Il cittadino europeo destinatario del diritto soggettivo alla libera circolazione potrà invocare di fronte al giudice nazionale la tutela del proprio diritto, violato dall'applicazione alla fattispecie di un carico fiscale più gravoso di quello applicabile alle situazioni meramente interne. In particolare, potrà richiedere la disapplicazione del doppio carico fiscale<sup>468</sup> nonché – si può addirittura ipotizzare – il risarcimento dei danni eventualmente subiti.

Come si vede, è pur sempre necessario effettuare una comparazione tra situazioni domestiche e transnazionali, ma quello che cambia è l'oggetto di questa comparazione, che riguarda ora l'effettivo impatto economico sulla fattispecie, senza arrestarsi all'accertamento di una disparità di trattamento formale al livello della disciplina di un singolo ordinamento. Coerentemente, si afferma sempre più consapevolmente la ridefinizione in senso sostanziale dell'obbligo di pari trattamento<sup>469</sup>.

E allora, in quanto forma "tipica" di restrizione, si evidenzia l'opportunità di unificare il sistema teorico della doppia imposizione nell'ambito europeo, considerando che la diversa origine della doppia imposizione economica e giuridica non rileva rispetto alla determinazione dell'effetto, che è in entrambi i casi la dissuasione dei movimenti di persone e capitali nel mercato interno<sup>470</sup>.

Pertanto, l'approccio sostanzialistico del diritto comunitario consente di sostenere l'irrilevanza ai fini pratici della partizione tra doppia imposizione giuridica ed economica. Non si intende cioè abolire dalla riflessione dottrinale le due diverse categorie di doppia imposizione, ma piuttosto sottolineare la loro comune natura di restrizioni delle libertà del Trattato. Il significato della distinzione resta semmai a sottolineare la diversa struttura delle due fattispecie, ossia i loro diversi elementi costitutivi, con la funzione precipua di individuare e circoscrivere il campo di applicazione dei principi di riparto dei poteri impositivi che si possono dedurre dal diritto comunitario primario (v. *infra*).

---

<sup>468</sup> Secondo le regole del riparto comunitario che saranno descritte al successivo paragrafo 5.4.

<sup>469</sup> Questo aspetto verrà ripreso e approfondito anche al successivo paragrafo 5.5, affrontando il tema del metodo argomentativo della Corte di Giustizia (*overall o per country*) e dell'evoluzione della nozione di "parità di trattamento".

<sup>470</sup> Si vedano le osservazioni svolte nel precedente capitolo III.

Finora, tuttavia, la Corte di Giustizia si è arroccata dietro questa distinzione formale, riconoscendo che la doppia imposizione giuridica deriva dalla sovrapposizione di giurisdizioni, rispetto a cui il diritto comunitario non può pronunciarsi. Al contrario, la rilevanza giuridica della doppia imposizione economica sorgerebbe solo nella misura in cui ne sia l'origine una forma di discriminazione.

Anche questo aspetto della dottrina tradizionale necessita di una radicale revisione. In primo luogo, l'analisi di fattispecie diverse dall'imposizione socio-società fa emergere forti contraddizioni: vi sono ipotesi in cui anche la doppia imposizione giuridica trova origine in una discriminazione e dunque non si comprende perché non debba essere ricondotta nella sfera d'azione delle libertà comunitarie<sup>471</sup>; sull'altro versante, invece, esistono forme di doppia imposizione economica che conseguono ad un riparto di giurisdizione internazionale<sup>472</sup>.

In secondo luogo, la dicotomia tradizionale è messa in crisi dall'emersione di una più ampia concezione di doppia imposizione economica<sup>473</sup>. È sempre più evidente che il parametro da rispettare è unico, riveste carattere sostanziale e va individuato nei principi di neutralità fiscale, efficienza ed equità dell'imposizione. La coerente applicazione di questi principi richiede infatti l'eliminazione a livello comunitario non solo della doppia imposizione, ma anche di qualsiasi forma di imposizione più gravosa per chi usufruisca dei propri diritti comunitari<sup>474</sup>. Oltre ad estendere a nuove ipotesi la nozione di doppia imposizione economica, i cambiamenti si manifestano anche all'interno della definizione tradizionale, in cui, ad esempio, viene a saltare l'elemento temporale laddove viene accordata una tutela comunitaria anche alle ipotesi di doppia imposizione "differita"<sup>475</sup>.

Da quanto precede si ricava l'ennesima conferma che l'affermazione del valore economico della neutralità e l'evoluzione in senso giuridico delle libertà come diritti soggettivi sono due profili inscindibili che si completano a vicenda.

Detto questo, peraltro, è d'obbligo una precisazione. Una siffatta ridefinizione unitaria del concetto di doppia imposizione ai fini dell'ordinamento europeo non intende affatto trascurare, se non addirittura negare, le criticità che contro di essa

---

<sup>471</sup> V. paragrafo 4.6, sulla tassazione degli interessi.

<sup>472</sup> V. paragrafo 4.2, sulla doppia imposizione conseguente all'applicazione di una *exit tax*, e il paragrafo 4.4 sulle discipline di *transfer pricing*.

<sup>473</sup> Si rimanda all'analisi condotta nella parte finale del precedente capitolo IV.

<sup>474</sup> V. Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*.

<sup>475</sup> Corte di Giustizia, 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo*, su cui v. *supra* par. 3.7.1.2.

potrebbero essere sollevate. Chi scrive ben sa che l'evoluzione delle nozioni tradizionali trova espliciti riferimenti giurisprudenziali nel caso della doppia imposizione economica, mentre tali supporti espressi mancano nel caso della doppia imposizione giuridica. Così come, per la doppia imposizione giuridica, a differenza dell'analogo fenomeno economico, si devono riscontrare nella fattispecie concreta elementi normativi quali l'identità del soggetto, del presupposto, del tributo (v. cap. I). Si tratta di elementi rispetto ai quali occorre un'indagine preliminare, ulteriore rispetto all'analisi economica, nonché uno sforzo definitorio congiunto tra gli Stati coinvolti dalla fattispecie. Sforzo che può difficilmente essere richiesto nei casi in cui difetti una convenzione internazionale. Tuttavia, l'analisi più coerente con lo spirito dell'argomentazione proposta modifica il punto di osservazione e consente di compiere un'operazione di respiro più ampio: consente, cioè, di ricollocare anche la tradizionale categoria della doppia imposizione giuridica all'interno della categoria generale della restrizione alle libertà del mercato, in cui viene riassorbita e di cui rappresenta un'ipotesi specifica<sup>476</sup>. In buona sostanza, seguendo il descritto approccio economico-sostanziale, l'indagine sull'esistenza dei requisiti propri della categoria si sposta ad un momento successivo all'analisi fattuale che concerne soltanto l'esistenza di una restrizione alle "libertà-diritti".

#### **5.4 Eliminazione della doppia imposizione: il *quomodo*. Un riparto di giurisdizione conforme al diritto comunitario. Il binario distinto per legittimazione alla tassazione e responsabilità giuridica degli effetti.**

*Leitmotiv* della giurisprudenza è che «il diritto comunitario, al suo stato attuale (...), non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati Membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità»<sup>477</sup>. Questa affermazione, peraltro, deve fare i conti con la ricostruzione appena proposta, in base a cui ogni forma di doppia imposizione (anche giuridica) costituisce un'indubbia restrizione alla piena esplicazione di libertà economiche che hanno assunto ormai la dignità di veri e propri diritti soggettivi.

Certo, nemmeno il diritto comunitario può mettere in discussione l'assunto per cui la competenza primaria a ripartire la giurisdizione e ad abolire la doppia

---

<sup>476</sup> V. le riflessioni al precedente cap. III.

<sup>477</sup> Fra le tante, v. Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, C-513/04, *Kerckhaert e Morres*, par. 22.

imposizione appartiene agli Stati Membri nell'esercizio della loro sovranità. Tuttavia, se gli Stati vengono meno a questo loro obbligo, si pone rispetto al diritto comunitario un grave problema, che non può essere liquidato semplicemente declinando la competenza degli organi dell'Unione ad intervenire al di fuori di un'azione di armonizzazione positiva.

Dunque, ai fini di assicurare il primato e l'effettività di tali libertà, la conclusione obbligata è che in questi casi di infrazione comunitaria da parte degli Stati, anche nella forma di un'omissione di disciplina, deve verificarsi un trasferimento di competenze all'Unione in via sussidiaria e residuale.

Ciò è possibile poiché non integra un'estensione *tout court* delle materie di competenza comunitaria, ma piuttosto è l'individuazione di una competenza soltanto strumentale alla tutela effettiva delle libertà fondamentali, di cui la doppia imposizione costituisce una violazione. Ancora, questa ricostruzione può essere legittimata valorizzando un altro principio costantemente affermato dalla Corte di Giustizia, per cui la fiscalità diretta è competenza che va esercitata dagli Stati «nel rispetto del diritto comunitario»<sup>478</sup>.

Il trasferimento di competenza citato opera secondo due direttrici, che si implicano e si completano a vicenda.

In primo luogo al livello dell'Unione: alla Corte di Giustizia è attribuito il compito di farsi garante degli interessi del mercato interno e di individuare in sede giudiziaria i criteri di un riparto di giurisdizione conforme al diritto comunitario. In secondo luogo, e parallelamente, al livello degli ordinamenti interni: il singolo giudice nazionale, nella sua veste di giudice "comunitario" che esercita un controllo diffuso sulla corretta attuazione del diritto comunitario, può essere adito dal contribuente e a quest'ultimo deve riconoscere un pieno ristoro degli effetti patrimoniali negativi della doppia imposizione, sulla base delle responsabilità poste in capo al singolo Stato<sup>479</sup>.

Si dimostra così che l'elaborazione di uno schema comunitario di riparto dei poteri impositivi è un'esigenza necessaria proprio nell'ottica di assicurare la giustiziabilità delle libertà fondamentali dinanzi ai giudici nazionali, ed è perciò un

---

<sup>478</sup> Così, ad esempio, Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, C-374/04, *Test Claimants in the ACT Group Litigation*, par. 36.

<sup>479</sup> Si segnala chi in dottrina sostiene sì una competenza dei giudici nazionali all'eliminazione nel caso concreto della doppia imposizione, senza tuttavia ritenere che su un piano generale la Corte di Giustizia debba arrivare a indicare i criteri del riparto tra gli Stati, dovendo limitarsi ad attribuire una responsabilità congiunta allo Stato della fonte e della residenza. Così, Van Thiel, S., *Avoiding a Double Burden within the European Union: Comments on Kofler and Rust's Analysis*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, cit., p. 180.

diretto corollario dell'avvenuta trasformazione delle libertà stesse in diritti individuali incompressibili.

In ogni caso, come tutti i diritti di rango costituzionale, anche le libertà comunitarie possono subire limitazioni qualora si pongano in conflitto con altri valori di pari grado, che risultino, nel bilanciamento del caso concreto, prevalenti.

Alla luce dell'evoluzione evidenziata, allora, anche la teorica delle cause di giustificazione necessita di una revisione in chiave costituzionale. Poiché una restrizione alle libertà è ammissibile solo nella misura in cui risponda ad un valido motivo di interesse generale, occorre essere rigorosi e, tra le cause di giustificazione oggi utilizzate dalla giurisprudenza, ammettere le sole che si fondano su valori tutelati dal Trattato al pari delle libertà di circolazione.

Una volta operata questa selezione iniziale delle cause di giustificazione ammissibili, occorre poi improntare il sindacato della Corte di Giustizia a quello tipico di una Corte Costituzionale: in particolare, perché tale sindacato sia impostato come un vero e proprio bilanciamento di valori costituzionali, è necessario che assuma un ruolo centrale l'effettuazione del test di proporzionalità<sup>480</sup>, che oggi invece figura come l'ultimo passaggio, solo eventuale, del ragionamento della Corte di Giustizia.

L'utilità di questa osservazione ai fini dell'indagine sulla doppia imposizione è notevole, perché ha un impatto forte sull'argomento dell'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi. La portata di questo argomento, infatti, viene perlopiù assunta dalla giurisprudenza a fattore impeditivo di una valutazione comunitaria della singola fattispecie di doppia imposizione, perché il riparto di giurisdizione viene inteso come dato fattuale che semplicemente qualifica l'origine di determinate forme di doppia imposizione (segnatamente, quella giuridica)<sup>481</sup>. Proprio alla luce del quadro costituzionale delineato sorgono spontaneamente alcune domande: in base a quale criterio questa ripartizione è *a priori* definita "equilibrata"? Soprattutto, "equilibrata" nella prospettiva di chi? Bisogna ritenere in modo pregiudiziale che l'interesse dei singoli Stati Membri prevale su quello dell'Unione? E ancora, è ammissibile che l'Unione abdicchi ad un proprio obiettivo sulla base di una motivazione di convenienza degli Stati?

---

<sup>480</sup> Nello stesso senso, si veda l'opinione di Douma, S., *Non-discriminatory Tax Obstacles*, in *EC Tax Review*, 2012, 2, p. 71.

<sup>481</sup> Si vedano le osservazioni al precedente paragrafo 5.3.

Traendo le conseguenze di quanto si è detto, si possono porre le basi di una risposta a questi interrogativi. L'equilibrato riparto di poteri impositivi può essere legittimamente valutato dalla Corte solo in quanto vera e propria causa di giustificazione: non come argomento fattuale che precede ed esclude il sindacato comunitario, ma come argomento giuridico, espressione di un valore pari-ordinato rispetto alle libertà fondamentali (la sovranità degli Stati), e dunque di portata costituzionale. A questo punto, è chiaro che tale argomento risulta ammissibile solo nella misura in cui superi nel caso concreto il test di proporzionalità. In questa prospettiva costituzionale, cioè, l'equilibrata ripartizione può giustificare una doppia imposizione limitativa delle libertà solo qualora superi il test di bilanciamento, e dunque sia idonea allo scopo e sia lesiva nel minor grado possibile dei diritti attribuiti al contribuente dal diritto comunitario.

Ma qual è il nuovo contenuto di questa causa di giustificazione? Paradossalmente, la risposta può essere tratta proprio dal filone giurisprudenziale criticato che ne fa un'indebita commistione con la lotta all'abuso. In queste occasioni la Corte ha cominciato ad affermare che «una giustificazione che verta sulla necessità di salvaguardare una ripartizione equilibrata della potestà impositiva tra gli Stati Membri può essere ammessa qualora, in particolare, il regime di cui trattasi sia inteso a prevenire comportamenti tali da violare il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria competenza tributaria in relazione alle attività svolte sul suo territorio»<sup>482</sup>. Pertanto, una volta poste le basi di un riparto “comunitario” di giurisdizione, questa causa di giustificazione diventa ora sinonimo di tutela di tale riparto comunitario, cioè – si vedrà al paragrafo successivo – di tutela della territorialità e, in ultima istanza, del principio di tassazione alla fonte. In questo senso, si potrà giustificare una restrizione alle libertà solo se la disciplina nazionale considerata, per quanto restrittiva, sia comunque funzionale ad attuare la ripartizione comunitaria di poteri impositivi, e dunque a preservare la tassazione del reddito nello Stato in cui viene prodotto. Si configura così come una sorta di deroga alla piena attuazione delle libertà, ma pur sempre di una deroga coerente con la logica del sistema. Al contrario, se risultasse negativo l'esito del test di proporzionalità, la piena realizzazione degli obiettivi costituzionali dell'Unione potrebbe imporre in determinati casi il sacrificio del principio di territorialità: per dirla altrimenti, la doppia imposizione deve essere eliminata se

---

<sup>482</sup> Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*, par. 77 e giurisprudenza ivi citata.

costituisce una limitazione alle libertà sproporzionata rispetto all'esigenza di tutelare il principio di territorialità<sup>483</sup>.

Così intesa, la discussa causa di giustificazione, tradizionalmente posta a presidio di esigenze nazionali estranee e talora eccentriche rispetto all'interesse comunitario, trova finalmente la sua giusta dimensione comunitaria in quanto viene posta a tutela non più dell'interesse esclusivo degli Stati ma dell'interesse degli Stati nella misura in cui esso riflette e si fa portatore di quello dell'Unione. Come naturale conseguenza, si devono ritenere esclusi dalla nuova portata di questa giustificazione tutti i significati legati ad un riparto solo formale. Solo inteso in questo modo, l'argomento esprime un valore proprio dell'ordinamento e non si riduce alla mera accettazione di uno stato di fatto.

Attraverso questo ragionamento si arriva a confermare ancora una volta che la doppia imposizione giuridica rientra nella sfera di applicazione delle libertà comunitarie, e non soltanto per una scelta di opportunità politica ma anche per ragioni di stretta logica giuridica.

Così reinterpretato il principio di equilibrata ripartizione di poteri impositivi, si apre necessariamente una revisione in chiave critica anche delle altre cause di giustificazione ad essa intimamente connesse. Si è visto, infatti, che il riparto di poteri impositivi viene spesso utilizzato nella giurisprudenza più recente come clausola generale di chiusura del sistema, in combinazione ed a sostegno di altri argomenti di giustificazione, nelle ipotesi in cui questi ultimi non potrebbero sussistere autonomamente per carenza di alcuno dei propri presupposti. È il caso della lotta all'abuso del diritto: in più occasioni, ad esempio, è stata giustificata una misura nazionale antielusiva che creava una doppia imposizione a danno delle operazioni transnazionali senza tuttavia distinguere tra costruzioni di puro artificio o sorrette da effettive ragioni economiche<sup>484</sup>. Tale risultato è stato raggiunto richiamando congiuntamente l'esigenza di preservare il riparto di poteri impositivi.

---

<sup>483</sup> In questa direzione si pronuncia, ad esempio, la giurisprudenza in materia di compensazione delle perdite transfrontaliere, descritta al precedente paragrafo 4.8.1 e richiamata *infra* al paragrafo 5.4.2.

<sup>484</sup> «Una legislazione nazionale che non è specificamente diretta ad escludere dal vantaggio fiscale che essa prevede siffatte costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e create allo scopo di eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale, può tuttavia considerarsi giustificata dall'obiettivo di prevenire l'elusione fiscale considerato congiuntamente a quello della tutela della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati Membri» (Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Société de Gestion Industrielle*, par. 66. Nello stesso senso, Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*, par. 63). Si vedano, ancora le conclusioni dell'AG per la causa C-371/10, *Grid Indus*, par. 105: «A condizione che l'imposta di liquidazione finale

L'evoluzione manifestata in queste recenti pronunce è fortemente criticabile perché snatura le singole cause di giustificazione e ne rende incerti i presupposti di operatività, sollevando per gli interpreti una grande confusione, che si ripercuote sulla corretta attuazione del diritto comunitario.

Una siffatta soluzione, per di più argomentata in modo approssimativo, non sembra accettabile nell'ottica del bilanciamento di interessi costituzionali. Non si comprende, se non all'interno di una strategia politica della Corte di Giustizia, per quale motivo due cause di giustificazione debbano integrarsi a vicenda qualora nessuna delle due sia autonomamente sufficiente a giustificare la normativa nazionale contestata. Più esattamente, la Corte viene meno all'applicazione del principio di proporzionalità, aprendo delle falle nel presidio del diritto comunitario con l'obiettivo di non contraddire il legislatore nazionale. Ciò facendo, però, distorce in modo strumentale il ragionamento giuridico e sovrappone in modo scorretto i piani dell'argomentazione. Si arriva cioè al paradosso di "giustificare" l'applicazione di una causa di giustificazione attraverso un'altra causa di giustificazione, quando invece la conclusione corretta sarebbe di ritenere insussistente qualsiasi valida ragion d'essere della doppia imposizione<sup>485</sup>. Accettando una simile impostazione, la lotta all'abuso sembra acquisire una valenza di clausola generale che prevale aprioristicamente sull'affermazione delle libertà comunitarie, così come la giurisprudenza ha tentato di fare per l'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi (v. sopra).

Insomma, l'intima connessione tra ripartizione dei poteri impositivi, principio di territorialità e contrasto a fenomeni abusivi, che vanno fondendosi in un'unica, per quanto eterogenea, causa di giustificazione, delinea una tendenza che si ritiene di dover stigmatizzare per un duplice ordine di ragioni: sul piano metodologico, è applicato in modo incoerente il metodo valutativo fondato sul test di proporzionalità; sul piano sostanziale, non è rispettata la portata costituzionale delle libertà fondamentali e la conseguenza ultima è un deciso passo indietro nella tutela del contribuente<sup>486</sup>.

---

sia diretta anche a prevenire l'elusione fiscale senza essere specificamente diretta a costruzioni di puro artificio, quest'aspetto viene preso in considerazione sufficientemente nell'ambito del motivo di giustificazione relativo alla ripartizione equilibrata del potere impositivo».

<sup>485</sup> In altre parole, per legittimare le politiche antielusive sempre più aggressive poste in essere dagli Stati, l'orientamento giurisprudenziale descritto sembra giungere a questa conclusione paradossale: l'abuso del diritto può essere contrastato anche con misure del tutto sproporzionate nella misura in cui esse rispecchiano la ripartizione poteri impositivi già concordata sul piano internazionale.

<sup>486</sup> Si veda quanto è stato osservato in proposito alle fattispecie di *thin capitalization* o di trasferimento di utili all'estero, di cui al precedente capitolo IV.

Alla luce di tutto quanto precede non rimane alcun dubbio. La soluzione al problema della doppia imposizione richiede una necessaria e legittima presa di posizione comunitaria in tema di riparto dei poteri impositivi.

Questa operazione si articola in due distinte fasi, che nel seguito si analizzeranno separatamente. Bisogna infatti stabilire le regole per individuare, da un lato, lo Stato competente ad esercitare il prelievo fiscale sulla fattispecie transnazionale, dall'altro lato, lo Stato competente a eliminare gli effetti pregiudizievoli della doppia imposizione. Non deve stupire il fatto che questi due Stati non necessariamente coincidano: la prospettiva comunitaria, infatti, impone l'abbandono della logica tradizionale del principio di territorialità.

#### **5.4.1 Una *priority rule* comunitaria a favore dello Stato della fonte.**

Una ripartizione comunitaria dei poteri impositivi non può che ispirarsi all'esigenza di garantire la neutralità e l'efficienza del sistema economico. In quest'ottica, la soluzione idealmente perfetta sarebbe solo quella in grado di assicurare tanto la neutralità all'esportazione quanto la neutralità all'importazione<sup>487</sup>. Ma, come si è avuto modo di constatare, questo è impensabile. Realizzare simultaneamente la neutralità in questo duplice aspetto, senza una chiara indicazione di riparto di giurisdizione, avrebbe un grave impatto sulla gestione finanziaria degli Stati e darebbe luogo ad una situazione paradossale: uno Stato, infatti, dovrebbe rinunciare a tassare sia i redditi in entrata sia quelli in uscita, ossia generare il rischio di vuoti d'imposizione nel tentativo di eliminare la doppia imposizione.

Occorre dunque una scelta di carattere politico che privilegi uno solo tra questi due criteri, per poi realizzarne coerentemente tutte le implicazioni, e, segnatamente, l'attribuzione ad un solo Stato della competenza a tassare la singola fattispecie. La preferenza per l'uno o per l'altro criterio (CEN o CIN) porta infatti a supportare, rispettivamente, il modello di tassazione alla residenza o alla fonte. La questione essenziale è allora capire quale tra i due criteri sia più consono agli obiettivi sottesi alla costruzione dell'ordinamento europeo, il che fornirà immediatamente una risposta anche sul modello di tassazione più in linea con le esigenze comunitarie.

---

<sup>487</sup> I due principi sono stati illustrati al paragrafo 1.3.1.1.

Poiché il Trattato non contiene alcuna indicazione sul punto, il lavoro è affidato agli interpreti del diritto comunitario, primo fra tutti, la Corte di Giustizia.

Muovendo dall'osservazione dell'efficienza economica dei due criteri, si può abbastanza agevolmente argomentare che la *capital import neutrality* è il modello che meglio si attaglia all'obiettivo comunitario di realizzare un mercato interno basato su un'economia di libero mercato e piena concorrenza<sup>488</sup>. In un contesto che garantisce la neutralità all'importazione, infatti, i fattori della produzione (lavoro e capitale) operanti nel mercato europeo, qualsiasi sia lo Stato Membro preso in considerazione, possono competere su un piano di uguaglianza, prescindendo totalmente dal luogo di residenza del lavoratore o dell'investitore. La vera concorrenza esiste dove le imprese competono con le altre imprese e non quando la competizione è istituita tra i proprietari del capitale o gli investitori<sup>489</sup>. Pertanto, ripartire la giurisdizione in base ad un principio che, in ultima istanza, è quello di territorialità consente agli operatori economici nazionali di competere ad armi pari con gli operatori stranieri, in quanto tutti gli operatori sono soggetti allo stesso trattamento fiscale per l'attività che svolgono sul territorio dello stesso Stato. Una simile situazione evidentemente promuove l'esercizio delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali.

Affermato il criterio di territorialità dell'imposizione come principio generale, bisogna tuttavia precisare sin d'ora che si tratta di una territorialità non intesa in senso puro, ma a cui vengono apportate significative deroghe al fine di garantire l'equità della tassazione complessiva (v. più ampiamente *infra* par. 5.4.2).

Questa conclusione è confortata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, pur fra molte incertezze e mai espressamente, privilegia la realizzazione della neutralità all'importazione e introduce un *favor* per la tassazione prioritaria nello Stato della fonte del reddito<sup>490</sup>.

In questo senso, l'esempio più importante è dato dalla diffusione dell'esenzione in luogo del credito d'imposta sulla spinta della giurisprudenza in materia di eliminazione della doppia imposizione economica sui dividendi. Le pronunce che hanno imposto allo Stato di residenza del socio di estendere il credito all'imposta pagata a monte sui dividendi di fonte estera hanno implicitamente dichiarato l'impossibilità di

---

<sup>488</sup> Il «principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza» è menzionato all'art. 119 TFUE.

<sup>489</sup> In questo senso si esprime, ad esempio, Kemmeren, E.C.C.M., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bulletin for International Taxation*, 2006, 11, p. 442.

<sup>490</sup> Si rimanda all'analisi compiuta nel paragrafo 3.7 e seguenti.

applicare il metodo dell'imputazione senza venir meno agli obblighi comunitari<sup>491</sup>. Il risultato sostanziale è stata la naturale convergenza di molti ordinamenti verso il metodo dell'esenzione, raggiungendo un effetto esemplare di armonizzazione spontanea, che ha assicurato *de facto* la neutralità dal punto di vista della fonte dei dividendi: deve essere garantito lo stesso trattamento ai dividendi domestici e a quelli in entrata, e, a questo fine, lo Stato di residenza deve accettare come esclusiva l'imposta prelevata dallo Stato della fonte<sup>492</sup>.

Non si creda, peraltro, che questa preferenza per la tassazione alla fonte sia smentita da quella giurisprudenza che censura l'applicazione di ritenute alla fonte da parte dello Stato di origine del dividendo<sup>493</sup>. Quando impone allo Stato della fonte di rinunciare alla ritenuta sui dividendi in uscita, infatti, la Corte di Giustizia non sta derogando al principio di tassazione alla fonte limitando la giurisdizione di questo Stato, ma piuttosto, in chiave "sanzionatoria", sta censurando una discriminazione presente nella normativa nazionale che, al contrario, non trae dall'applicazione del principio di territorialità le dovute conseguenze. Stando ai termini del doppio binario che si è individuato, si tratta cioè di un profilo inerente non alla legittimazione a prelevare l'imposta ma alla responsabilità degli effetti della doppia imposizione (su cui v. par. successivo): lo Stato della fonte, nell'esercizio della propria giurisdizione anche su soggetti non residenti, è tenuto ad eliminare qualsiasi disparità di trattamento discriminatoria nei confronti di questi soggetti.

Tale riparto comunitario di giurisdizione a tutto vantaggio dello Stato della fonte non ha funzione solamente descrittiva, e costituisce anzi un modello di portata generale da applicare ad ogni fattispecie di doppia imposizione che ora o in futuro dovesse presentarsi nella pratica, provocando una lesione dei diritti di libertà sanciti dal Trattato<sup>494</sup>.

Alla luce di questa analisi, si deve concludere anche per una necessaria revisione dell'impianto delle Direttive in materia di fiscalità diretta: in presenza di diritti di libertà a portata costituzionale e di una sicura *priority rule* di tassazione, esse diventano

---

<sup>491</sup> V. ampiamente il precedente paragrafo 3.6 e la giurisprudenza ivi citata.

<sup>492</sup> Peraltro, vi è anche chi sottolinea la necessità di assicurare la neutralità anche dal punto di vista della residenza del contribuente, al fine di applicare una parità di trattamento ai dividendi domestici e a quelli in uscita. V. le riflessioni di Tenore, M., *Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future*, in EC Tax Review, 2010, 2, p. 81.

<sup>493</sup> Si vedano sentenze come *Amurta* e *Denkavit*, analizzate sempre al precedente paragrafo 3.7.

<sup>494</sup> Sulla scorta di questo criterio si è cercato di individuare la corretta soluzione comunitaria per le ipotesi di doppia imposizione generate, ad esempio, dall'applicazione di *exit taxes*, normative su CFC, *thin capitalization* e *transfer pricing* (v. capitolo IV).

perlopiù superate (non ha più senso circoscriverne l'applicazione ai gruppi di società nel momento in cui la neutralità fiscale si trasforma in un diritto per ogni individuo), e rischiano addirittura di porsi in contrasto con la più ampia portata oggi riconosciuta ai diritti di origine comunitaria (allo scopo, si potrebbe ipotizzare di estenderne la portata per mezzo di un'interpretazione conforme da parte della Corte di Giustizia)<sup>495</sup>. Affermare la priorità di giurisdizione dello Stato della fonte, infatti, rende discutibile lo stesso impianto strutturale alla base di tali atti di armonizzazione positiva, notoriamente ispirati al criterio di tassazione alla residenza (v. cap.II). Ciò che potrebbe aprire interessanti scenari di conflitto tra fonti del diritto, ossia di compatibilità tra tali norme e i criteri giurisprudenziali che si pongono in attuazione diretta del diritto primario. Nella difficoltà di affrontare questo delicato problema va senz'altro riconosciuta un'altra motivazione delle oscillazioni e della prudenza dell'atteggiamento della Corte, non ancora avveza a rivestire i panni di un giudice di costituzionalità.

#### **5.4.2 La capacità contributiva come criterio dirimente per l'attribuzione della responsabilità.**

Fino ad ora è stato articolato, sulla base delle libertà fondamentali espresse dal Trattato, il primo aspetto della risposta comunitaria alla doppia imposizione. È ora necessario chiudere il cerchio e risolvere il secondo aspetto, che attiene specificamente all'individuazione degli obblighi comunitari degli Stati, come momento preliminare per l'attribuzione delle responsabilità ai fini dell'eliminazione effettiva degli ostacoli fiscali al mercato.

La rilevanza di questa seconda parte del percorso è particolarmente apprezzabile poiché, nello scenario attuale, la tassazione delle fattispecie transnazionali è lungi dall'applicare in modo coerente ed integrale il criterio di tassazione dei redditi nello Stato della fonte. Ove così fosse, infatti, la creazione di fenomeni di doppia imposizione in senso proprio sarebbe esclusa in radice, perché non vi sarebbero più conflitti tra i

---

<sup>495</sup> Un esempio concreto della rilevanza di queste osservazioni si ritrova nel ragionamento con cui la Corte di Giustizia salva la "costituzionalità" della Direttiva madre-figlia, e in particolare delle limitazioni alla sua portata soggettiva, considerando che «per partecipazioni che non rientrano nell'ambito della direttiva 90/435, spetta agli Stati membri determinare se, ed in quale misura, la doppia imposizione economica degli utili distribuiti debba essere evitata (...). Tuttavia tale unico fatto non consente loro di applicare misure contrarie alle libertà di circolazione garantite dal Trattato» (sentenza *Gaz de France*, causa C-247/08, cit., par. 60). Come a dire che le libertà fondamentali già autonomamente consentono e impongono la realizzazione degli obiettivi sottesi alla Direttiva, anche a prescindere dalla sua stessa esistenza.

criteri di collegamento adottati dai diversi Stati, e dunque non si porrebbe nemmeno il problema di stabilire i criteri di un'attribuzione di responsabilità.

Tuttavia, anche nell'auspicato scenario futuro improntato al principio di tassazione alla fonte, mancherebbe pur sempre un criterio guida per risolvere le ipotesi di doppia imposizione economica nella più ampia accezione che si è evidenziata, cioè di ostacolo alla libera circolazione di persone, imprese e capitali nel mercato unico a causa dell'assenza di coordinamento tra ordinamenti sulla valutazione di elementi negativi del reddito<sup>496</sup>. Questo tipo di ostacoli fiscali, che si possono ricondurre alla categoria delle restrizioni in senso economico<sup>497</sup>, non viene eliminato da un riparto di giurisdizione tra gli Stati: tale riparto, infatti, ha tradizionalmente ad oggetto l'attribuzione dei poteri impositivi sui redditi imponibili, e non certo i criteri da seguire per l'imputazione degli elementi negativi del reddito (siano essi perdite vere e proprie, agevolazioni o detrazioni attinenti alla posizione personale del contribuente).

È a questo punto, allora, che emerge una lacuna dell'ordinamento comunitario, il quale da un lato assume via via una dimensione costituzionale, ma dall'altro si trova sprovvisto di un sistema compiuto di principi che riescano a realizzare in concreto la neutralità del fattore fiscale. Emerge, in buona sostanza, un'istanza di equità dell'imposizione, assimilabile a quella che nell'ordinamento nazionale di molti Stati Membri è presidiata dal principio di capacità contributiva.

Per l'interprete del diritto comunitario, allora, la soluzione è proprio quella di attingere alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati Membri, richiamate dallo stesso Trattato<sup>498</sup>: così facendo, si potrà affermare che la tassazione delle fattispecie transnazionali è conforme al diritto comunitario solo nella misura in cui sia parametrata all'effettiva capacità contributiva di ciascun contribuente.

Peraltro, il principio di capacità contributiva assume in questa sfera internazionale una nuova connotazione: il problema che si pone è infatti l'impossibilità di condurre un'analisi unitaria della posizione del soggetto a causa del suo collegamento con più di un ordinamento. L'accezione internazionale del principio di capacità

---

<sup>496</sup> V. approfonditamente al precedente par. 4.8.

<sup>497</sup> Cfr. la definizione di cui al par. 3.2.3.

<sup>498</sup> L'articolo 6 paragrafo 3 del nuovo TUE afferma: «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». D'altronde, «any European tax measure must not ignore the basic principles of the European constitution» (Kube, H., *Double Burdens within the European Union: Solutions in other Areas of Law: Constitutional Law*, in AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, a cura di A. Rust, 2011, Wolter Kluwer, p. 63).

contributiva riempie allora di un nuovo significato le libertà fondamentali. Come diritti soggettivi, le libertà comportano il diritto del contribuente a che la sua capacità contributiva effettiva sia rispettata quando produce reddito in fattispecie dai connotati internazionali.

Questa evoluzione si rintraccia nella giurisprudenza europea che ormai costantemente riconosce l'incompatibilità con il diritto comunitario della doppia imposizione in senso allargato, ossia di quelle situazioni in cui gli operatori transnazionali subiscono un eccessivo (doppio) onere economico a causa del fatto che la tassazione complessiva, risultante dalla combinazione delle norme di due Stati Membri, non colpisce il reddito effettivo, in quanto nessuno dei due Stati prende in considerazione gli elementi negativi ad esso inerenti<sup>499</sup>.

Posto il principio generale, occorre a questo punto verificarne la corretta attuazione. Bisogna cioè stabilire un altro criterio di riparto, ispirato al principio di capacità contributiva e avente ad oggetto non tanto i redditi quanto i relativi elementi negativi: è questo dunque il momento di attribuire le responsabilità per la rimozione degli effetti pregiudizievoli della doppia imposizione.

Se dal punto di vista giuridico, tale responsabilità si potrebbe attribuire tanto allo Stato della fonte quanto a quello di residenza, dal punto di vista economico si impone la scelta dello Stato che meglio può valutare capacità contributiva complessiva espressa dal contribuente.

In linea generale, è solitamente lo Stato di residenza che si trova nella posizione migliore per effettuare questa valutazione<sup>500</sup>. Si tratta di convinzione diffusa nell'ambito internazionale, che sta alla base della ripartizione di competenze contenuta nel Modello OCSE e nella tendenziale preferenza del sistema convenzionale per il metodo dell'imputazione<sup>501</sup>. Ed è un'impostazione condivisa anche da alcune pronunce della Corte di Giustizia, le quali attribuiscono allo Stato di residenza la competenza ad eliminare la doppia imposizione economica quando tale Stato sia responsabile di aver violato il principio di non discriminazione<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> Ci si riferisce al filone inaugurato dalla sentenza Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*.

<sup>500</sup> Lo riconosce Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, par. 60.

<sup>501</sup> V. Englisch J., *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2010, 4, p. 216.

<sup>502</sup> In questo senso, v. le sentenze *Manninen*, *FII Group Litigation* e *ACT Group Litigation*. In questi casi, tuttavia, la scelta risponde più che altro a ragioni logiche: è stato osservato che eliminare la doppia imposizione economica nello Stato della fonte non risolverebbe il problema, ma semplicemente

Ciò non deve far pensare, però, che la responsabilità generale dello Stato di residenza sia il modello più corrispondente agli obiettivi comunitari.

Vi sono infatti casi in cui, al contrario, è lo Stato della fonte a disporre di migliori strumenti di valutazione: accade, ad esempio, quando il contribuente realizza la totalità del proprio reddito in uno Stato diverso dal proprio Stato di residenza. In questi casi, la giurisprudenza comunitaria ha stabilito un diverso principio di assimilazione dei non residenti ai residenti rispetto alla potestà impositiva dello Stato della fonte, stabilendo l'obbligo dello Stato della fonte di imputare al reddito gli elementi negativi attinenti alla posizione del contribuente. Da cosa è dettata questa assimilazione se non dall'esigenza comunitaria di attuare congiuntamente parità di trattamento e tassazione in base alla capacità contributiva?

L'approccio europeo, dunque, non è ancorato a schemi prestabiliti, ma si limita a fornire linee direttive: la situazione del contribuente deve essere analizzata caso per caso, bisogna valutare in quale Stato il soggetto prevalentemente opera ed ha il centro dei propri interessi, e quello Stato si troverà logicamente nella posizione di conoscere più facilmente la condizione personale e familiare del contribuente.

Sembrano anzi in espansione le ipotesi in cui lo Stato della fonte è tenuto responsabile, e questo – fra l'altro – è in linea con la preferenza comunitaria per un modello di tassazione alla fonte. Devono essere lette in questo senso anche le sentenze in materia di compensazione delle perdite: l'imputazione deve avvenire prioritariamente nello Stato della loro fonte e la compensazione sul reddito conseguito nello Stato di residenza della controllante si pone come regola di equità del tutto eccezionale. D'altronde, analizzando più attentamente sentenze di segno opposto (*Manninen*), si comprende che la responsabilità dello Stato di residenza è stabilita in funzione quasi sanzionatoria per l'applicazione da parte di questo Stato di un trattamento discriminatorio. Se infatti tale Stato rispettasse la priorità di tassazione dello Stato della fonte, nemmeno sarebbe tenuto responsabile della rimozione della doppia imposizione.

È facile dunque attribuire una responsabilità allo Stato di residenza (ma lo stesso vale anche per lo Stato della fonte) quando venga riscontrata l'esistenza di una discriminazione. Negli altri casi, invece, dove la doppia imposizione delle situazioni transfrontaliere deriva dal mancato coordinamento tra giurisdizioni, si impone una valutazione caso per caso fondata su criteri di equità (segnatamente, la capacità

---

tramuterebbe una doppia imposizione economica in una doppia imposizione giuridica (v. *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, cit. p. 210).

contributiva). È appena il caso di osservare che la concezione europea di capacità contributiva, espressione di esigenze di equità sostanziale e non discriminazione, postula necessariamente l'applicazione alla singola fattispecie concreta di un metodo di analisi *overall*<sup>503</sup>, per assicurare una considerazione globale della posizione del contribuente.

L'analisi condotta suggerisce una notazione finale sul rapporto tra il diritto comunitario e il criterio di collegamento basato sulla residenza del contribuente. La giurisprudenza continua a ripetere che di per sé la residenza è criterio di distinzione legittimo, in quanto residenti e non residenti non si trovano necessariamente nella stessa condizione. Tuttavia, considerando l'evoluzione descritta, il ruolo della residenza sembra sempre più in declino: svolge oggi una funzione importante all'interno di discipline antielusive, ma in generale dimostra sempre più palesemente i segni di un'inadeguatezza strutturale nel rispondere alle esigenze del mondo economico globalizzato, in cui vengono addirittura messi in discussione i cardini della sovranità statale<sup>504</sup>. Al fine di valutare la parità di trattamento, infatti, si impone ormai di comparare le situazioni assolute dei due soggetti, senza distinguere in base alle intenzioni del legislatore interno e dunque in base al rapporto qualificato della residenza. Così, il percorso comunitario descritto finisce anche per segnare lo sganciamento definitivo del criterio della residenza dal principio di capacità contributiva.

### **5.5 Il *modus operandi* della Corte di Giustizia: una necessaria messa a punto.**

Il percorso compiuto ha dimostrato che nell'attuale quadro dell'ordinamento europeo la doppia imposizione costituisce una restrizione inaccettabile, che può essere rimossa direttamente dai giudici nazionali aditi dai singoli contribuenti, i quali da essa sono lesi in un proprio diritto soggettivo. La disapplicazione della doppia imposizione deve avvenire in base alle regole del riparto comunitario di giurisdizione che stabilisce la priorità nella tassazione da parte dello Stato della fonte, a miglior garanzia della neutralità all'importazione di risorse e capitali. Grazie all'evoluzione compiuta, lo storico obiettivo comunitario di eliminazione della doppia imposizione, richiamato

---

<sup>503</sup> Sul tema, si veda al successivo par. 5.5.

<sup>504</sup> V. sul punto le osservazioni di Tarigo, P., *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in Riv. Dir. Trib., 2011, 5, p. 553.

dall'articolo 293 del Trattato ora abrogato, sotteso agli atti derivati di armonizzazione (Direttiva Madre-Figlia, Interessi e *Royalties*), trova finalmente collocazione all'interno di un coerente apparato teorico e viene fornito dei mezzi pratici per la sua concreta realizzazione anche in assenza di armonizzazione positiva.

Certo tutto questo percorso non avrebbe potuto essere compiuto senza il supporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che si è fatta promotrice di soluzioni talora molto ardite: si pensi alle pronunce che hanno messo in discussione capisaldi del diritto internazionale, quali l'assetto dei poteri impositivi, o che hanno spinto gli Stati Membri a riforme sostanziali del proprio ordinamento interno.

Tributato questo riconoscimento, non si possono tuttavia risparmiare all'operato della Corte anche alcune critiche.

In modo particolare, si ritiene che essa dovrebbe finalmente abbandonare l'approccio che caratterizza le sue pronunce più recenti, il quale privilegia un'applicazione soltanto formale delle libertà fondamentali e comporta un inspiegabile arretramento del fronte di affermazione del diritto comunitario e di tutela del contribuente<sup>505</sup>. Questo eccessivo riserbo, necessario nelle intenzioni della Corte per non urtare la sovranità degli Stati Membri, si scontra con la dimensione costituzionale dell'ordinamento europeo e si traduce in un andamento altalenante che pone molti problemi per gli operatori in termini di certezza del diritto e prevedibilità delle pronunce. Per di più, si riscontra in questo cambio di tendenza una contraddizione di fondo: nonostante la posizione attuale di *self restraint* sia giustificata dall'esigenza di non interferire giudizialmente con decisioni di natura politica, lo stesso cambio di atteggiamento della Corte è sorretto da una presa di posizione la cui natura è evidentemente politica. In altre parole, se pure il giudice comunitario non dispone né dell'autorità né degli strumenti per svolgere un'attività propriamente creativa del diritto, esso deve tuttavia prendere atto che il suo ruolo di interprete si è ormai trasformato nel ruolo di giudice di legittimità, di orientamento non solo dell'interpretazione del diritto comunitario, ma soprattutto della sua applicazione concreta, "politica", da parte degli Stati Membri, i quali sono destinatari di vere e proprie situazioni soggettive di obbligo nei confronti dell'Unione. D'altronde, si deve ricordare che le sentenze della Corte di Giustizia sono annoverate tra le fonti del diritto comunitario.

---

<sup>505</sup> Si fa riferimento alle sentenze *Kerckhaert e Morres*, *Block* e *Damseaux*, che arrestano il sindacato comunitario di fronte al riparto di poteri impositivi voluto dagli Stati, oppure alle sentenze *OyAA* e *SGI* che creano una pericolosa confusione nel campo degli argomenti di giustificazione, tra riparto di giurisdizione e lotta all'abuso del diritto.

Alla luce di ciò, sarebbe quindi preferibile un giudice sicuro del proprio ruolo, capace di gestire in modo coerente, trasparente e responsabile l'evoluzione dell'ordinamento comunitario. A ben vedere, infatti, ogni affermazione della Corte, anche semplicemente metodologica, ha risvolti politici.

Si pensi, banalmente, alla scelta tra metodo *overall* e *per country*. Il metodo *overall* è “politicamente” preferibile perché meglio si adatta a realizzare l'obiettivo di un mercato unico: solo seguendo i canoni di una valutazione globale della disciplina applicabile, infatti, si riesce ad abbattere efficacemente i particolarismi nazionali ed affermare così che le libertà fondamentali hanno portata costituzionale e sono diritti individuali di ogni singolo cittadino europeo. La scelta per questo metodo non è certo dettata da considerazioni metodologiche, in quanto l'*overall* presta il fianco a numerose perplessità applicative<sup>506</sup>. Discende, al contrario, dalla volontà di supportare un'evoluzione politica attraverso l'affermazione di principi generali, uno fra tutti quello di capacità contributiva. Parallelamente, rivela un preciso intento politico anche la scelta, in determinate circostanze, del diverso metodo *per country*. Si pensi alle ipotesi di doppia imposizione giuridica analizzate nella prospettiva dello Stato di residenza, e dunque a pronunce come *Kerckhaert e Morres*. Qui la Corte di Giustizia applica il ragionamento *per country*, mossa dall'evidente volontà di non alterare gli equilibri della sovranità nazionale: per fare ciò si trincerava dietro al motivo dell'intangibilità del riparto di giurisdizione, da cui derivano le ipotesi di doppia imposizione giuridica, e alla conseguente impossibilità di esprimere un giudizio comunitario. È lecito pensare che, se avesse applicato un metodo di analisi *overall*, la soluzione sarebbe stata diversa, e, segnatamente, avrebbe condotto alla censura della disciplina dello Stato di residenza che non assicura una parità di trattamento effettiva, discriminando tra i propri residenti a seconda del luogo in cui hanno effettuato i loro investimenti. Molto probabilmente, seguendo il metodo *overall* non si sarebbero potute nemmeno far valere come cause di giustificazione le esigenze di coerenza del sistema e di tutela del gettito erariale, tutelate, invece, per effetto del metodo *per country*. Del resto, l'esito sarebbe certamente stato diverso anche seguendo la diversa nozione di ripartizione dei poteri impositivi orientata in senso comunitario (v. *supra* par. 5.4).

---

<sup>506</sup> Se il metodo dà ottimi risultati nella valutazione della singola fattispecie concreta, esso tuttavia si presta a creare distorsioni quando viene applicato su un piano astratto di analisi della disciplina di uno Stato Membro: si vedano le incoerenze già sottolineate al par. 3.3.2.1, nel caso di pronunce relative a procedure d'infrazione (es. Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*). Sul punto, v. anche le osservazioni di Bardini, C., *The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ*, in *Intertax*, 2010, 1, p. 10.

Su questa scia, ancora, si pensi alle forti conseguenze sistematiche dell'assimilazione giurisprudenziale dello Stato della fonte a quello di residenza ai fini della valutazione della capacità contributiva del soggetto<sup>507</sup>. Precisando le modalità della comparazione voluta dal principio di non discriminazione, la Corte ha, in modo impercettibile, spostato l'oggetto del proprio sindacato e favorito il passaggio (politico) dalla visione "pubblicistica" a quella "privatistica" delle libertà fondamentali e il superamento della ripartizione di poteri impositivi come fattore capace di escludere l'applicazione del diritto comunitario. Questo è gradualmente accaduto grazie a quella giurisprudenza che ha istituito la comparazione oggettiva tra le situazioni personali, considerate nella loro globalità e autonomia, dei soggetti titolari delle libertà, e non invece tra le stesse due situazioni, ma valutate in rapporto agli obiettivi perseguiti dal legislatore nazionale.

Lo stesso si dica della funzione politica che assume la definizione giurisprudenziale dell'obbligo di pari trattamento: la dimensione di questo obbligo abbandona il piano formale e assume una decisa connotazione sostanziale. La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato che imputazione ed esenzione sono metodi equivalenti ai fini della rimozione della doppia imposizione; si possono cioè applicare metodi differenti per le situazioni domestiche e quelle internazionali, purché sia assicurato un uguale effetto economico<sup>508</sup>. Questa ultima precisazione specifica il contenuto dell'obbligo di pari trattamento conferendogli un significato di uguaglianza sostanziale, cosicché per verificarne l'adempimento occorre svolgere una valutazione di equità. Si tratta di quella stessa valutazione sull'equità dell'imposizione che la Corte attua anche nella giurisprudenza recente in cui analizza i regimi contro la doppia imposizione adottati dallo Stato della fonte, e contribuisce a delineare la concezione ampliata della doppia imposizione economica<sup>509</sup>. Ma soprattutto, dietro a questo assunto dell'equivalenza si nasconde un'ulteriore spinta verso l'adozione del metodo dell'esenzione e l'abbandono di quello del credito: per assicurare un uguale trattamento sostanziale, infatti, lo Stato che voglia continuare a prevedere il credito d'imposta è costretto a mettere in atto un sistema molto complesso, che prenda in considerazione le aliquote dell'imposta sulle società straniera, nonché gli abbattimenti di base imponibile

---

<sup>507</sup> V. paragrafo precedente e giurisprudenza ivi citata.

<sup>508</sup> Da ultimo, si vedano Corte di Giustizia, 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo e Commissione c. Germania*, cit..

<sup>509</sup> Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*; Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione c. Spagna*. V. *supra* paragrafo 4.8.

e gli eventuali incentivi concessi nell'altro Stato Membro interessato<sup>510</sup>. A dispetto del tenore letterale del principio di equivalenza, si finisce così per imporre di fatto l'adozione dell'esenzione, che – si è visto – è funzionale alla garanzia della *capital import neutrality*.

Tutti gli esempi ricordati dimostrano l'essenza intrinsecamente politica del ruolo della Corte di Giustizia. Alla luce di ciò, pertanto, è legittimo formulare l'auspicio che in futuro la Corte persegua con chiarezza gli obiettivi dell'Unione, e segnatamente l'eliminazione delle doppie imposizioni. Senza, cioè, quell'atteggiamento di *self restraint* che nuoce al raggiungimento di questi obiettivi e non risponde al vero ruolo costituzionale di tale organo.

Oltre a riformulare il significato dell'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi nel senso prima descritto, sarebbe opportuno reimpostare in termini chiari un ragionamento giurisprudenziale in cui il fulcro del bilanciamento di interessi sia assegnato al test di proporzionalità<sup>511</sup>.

Il rinnovamento costituzionale dell'ordinamento è foriero di molte altre suggestioni e apre la possibilità di prospettare nuovi scenari. Ad esempio, se le libertà fondamentali hanno assunto il rango di diritti soggettivi spettanti ad ogni individuo, è allora possibile ipotizzare una nuova dimensione del principio di non discriminazione, che tuteli anche le forme di discriminazione *a rovescio* e si trasformi, in ultima battuta, in principio di uguaglianza.

Infine, una volta che sono stati toccati gli "intoccabili" (il principio di sovranità) ed è stata messa mano anche al riparto dei poteri impositivi, si può auspicare un diverso rapporto tra le fonti comunitarie e quelle internazionali, e l'abbandono dell'approccio pericolosamente rinunciatario emerso in alcune recenti pronunce<sup>512</sup>. In altre parole, l'affermazione di ragioni di equità, la generalizzazione dell'approccio *overall*, e le altre tendenze in atto nell'ordinamento comunitario possono forse consentire un passo in avanti verso l'istituzione di un controllo di legittimità comunitario sul contenuto, sia formale, sia sostanziale, delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione.

---

<sup>510</sup> Denys, L., *The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited*, in *European Taxation*, 2007, 5, p. 237.

<sup>511</sup> Si tratterebbe di generalizzare l'impostazione già seguita dalla Corte di Giustizia in alcune materie, come la compensazione delle perdite transfrontaliere e le normative CFC. Sul punto, v. il precedente par. 5.4.

<sup>512</sup> Si pensa, segnatamente, al caso *Damseaux*, relativo alla Convenzione franco-belga, la cui decisione è stata manifestamente dettata dalla paura di prendere posizione sul riparto di poteri impositivi in favore dello Stato della fonte (v. par. 32).

## BIBLIOGRAFIA

### Dottrina

AA.VV., *A Vision of Taxes Within and Outside European Borders. Festschrift in Honor of Prof. Vanistendael*, a cura di L. Hinnekens e P. Hinnekens, 2008, Kluwer Law International;

AA.VV., *Double Taxation within the European Union*, a cura di A. Rust, 2011, Wolter Kluwer;

AA.VV., *Le dialogues de la fiscalité*, a cura di Traversa, E., Hermand, O., Navez, E., Deckers, V., Helleputte, C., 2010, ed. Larcier;

AA.VV., *Lo stato della fiscalità nell'Unione Europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, a cura di A. Di Pietro, 2003, Scuola della Polizia Tributaria della Guardia di Finanza;

AA.VV., *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di A. Di Pietro, 2008, Cedam;

AA.VV., *Source versus Residence. Problems arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, a cura di M. Lang, P. Pistone, J. Schuch e C. Staringer, 2008, Kluwer Law International;

AA.VV., *The Influence of European Law on Direct Taxation. Recent and Future Developments*, a cura di D. Weber, 2007, Kluwer Law International;

Adonnino, P., voce *Doppia imposizione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XIII, p. 3;

Ardizzone, G., voce *Doppia imposizione interna*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez. Comm., vol. V, p. 175;

Ault, H.J., *Corporate Integration, Tax Treaties, and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, in *Tax Law Review*, 1992, Vol. 47, p. 565;

Avery Jones, J., *What is the Difference between Schumacker and Gilly?*, in *European Taxation*, 1999, 1, p. 2;

Bardini, C., *The Ability to Pay in the European Market: An Impossible Sudoku for the ECJ*, in *Intertax*, 2010, 1, p. 2;

Barents, R., *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, 3, p. 709;

Beghin, M., *La disciplina del transfer pricing, tra profili sostanziali, profili procedurali, fattispecie di evasione e abuso del diritto*, Relazione per il Corso di perfezionamento per magistrati tributari, Università di Milano, reperibile su <http://www.corsomagistratitributari.unimi.it/STRUTTURA/DOTTRINA%20E%20RELAZIONI/IMPOSTE%20DIRETTE/Approfondimenti/17%20Beghin/A-17%20Beghin.pdf>;

Beghin, M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, p. 983;

Bellingwout, J., *Amurta: A Tribute to (the Late) Advocate General Geelhoed*, in *European taxation*, 2008, 3, p. 124;

Betten, R., *Aspects of the future EC corporation tax system - Commentary on the Ruding Report and the Commission guidelines*, in *European Taxation*, 1992, 9, p. 314;

Bizioli G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ case law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, 2008, 3, p. 133;

Bottazzi, C., *Tra affermazione delle libertà comunitarie e difesa della sovranità statale: la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il previgente sistema di ritenuta sui dividendi versati a non residenti. Nota alla sentenza Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, C-540/07, Commissione c. Italia*, in *Rass. Trib.*, 2010, 2,

Brokelind, C., *Ten years of application of the Parent-Subsidiary Directive*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 158;

Bulgarelli, F., *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, 2, p. 629;

Carinci, A., *Il Diritto Comunitario alla prova delle Exit Taxes, tra limiti, prospettive e contraddizioni*, in *Studi Tributari Europei*, 2009, 1, su <http://ste.seast.org/home/home.aspx>;

Cassinis, G., *Corte di Giustizia: i casi “Test Claimants” e “Denkavit”*, in *Fiscalità internazionale*, 2007, 2, p. 138;

Caumont Caimi, C., *Ancora sulla incompatibilità delle legislazioni tributarie volte a contrastare la thin capitalization con il principio comunitario della libertà di stabilimento*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2004, I, p. 331;

Cerioni L., *Double taxation and the internal market: reflections on the ECJ's decisions in Block and Damseaux and the potential implications*, *Bulletin for international taxation*, 2009, 11, p. 543;

Cerioni L., *Postponement of the Commission's Proposal for a CCCTB Directive: Possible Ways Forward*, in *Bulletin for International Taxation*, 2010, 2, p. 98;

CFE, *Opinion Statement on Outbound Dividends: Commission vs. Italy (C-540/07)*, in *European Taxation*, 2010, 7, p. 312;

Chown, J., *Commentary on the Ruding Report*, in *European Taxation*, 1992, 4-5, p. 123;

Cordewener A., Kofler G., Van Thiel S., *The Clash between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2009, 46, p. 1951;

Costantino, F., *L'elusione internazionale tra norma e fatto. Tesi di Dottorato*, LUISS Guido Carli, 2010;

Cougnon. J.M., *Plea for a Multilateral Approach in the Judgments of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 2011, 4, p. 179;

Dassesse M., *Double taxation des dividendes français en Belgique: 'Traité contre la double imposition' ne veut pas dire 'Traité pour organiser la double imposition'*, in *Revue Générale de Fiscalité*, 2005, 12, p. 19 ;

Dassesse M., *Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target! Criticism Should Be Directed towards France and not Belgium*, in *EC Tax Review*, 2010, 3, p. 117;

De' Capitani di Vimercate, P., *La Corte di Giustizia e la clausola della nazione più favorita nel D. case. Ovvero dietrofront: il diritto internazionale prevale su quello comunitario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2005, p. 1081;

Denys L., *The ECJ Case Law on Cross-Border Dividends Revisited*, in *European Taxation*, 2007, 5, p. 221;

De Wilde, *Some Thoughts on a Fair Allocation of Corporate Tax in a Globalizing Economy*, in *Intertax*, 2010, 5;

Di Pietro, A., *La nuova disciplina Ires: la tassazione dei redditi dei non residenti e i principi comunitari*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, 1, 593;

Donnarumma, M. R., *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione Europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e le giurisprudenze delle Corti Costituzionali*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2010, 2, p. 407;

Douma, S., *Non-discriminatory Tax Obstacles*, in *EC Tax Review*, 2012, 2, p. 67;

Douma S., *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, in *European Taxation*, 2006, 11, p. 522;

Elmalis, G., *Taxation of Cross-Border Dividends in Greece: In Line with EC Law Requirements*, in *EC Tax Review*, 2010, 1, p. 32;

Englisch J., *Fiscal Cohesion in the taxation of cross-border dividends*, in *European taxation*, 2004, 7/8, p. 323 (part I and II);

Englisch, J., *Shareholder relief and EC Treaty law – supranational ‘aims and effects’?*, in *Intertax*, 2005, 5, p. 200;

Englisch J., *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2010, 4, p. 197;

Englisch, J., *The European Treaties’ Implications for Direct Taxes*, in *Intertax*, 2005, 33, p. 310;

Evers, M., De Graaf, A., *Limiting Benefit Shopping: Measures of Four Large EU Member States to Counter Erosion of Their Dividend Tax*, in *EC Tax Review*, 2010, 5, p. 188;

Fantozzi, A., Vogel, K., *voce Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto Disc. Priv.*, Sez Comm., vol. V, p. 181;

Fontana, R., *Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving...in the Wrong Direction*, in *European Taxation*, 2007, 10, p. 431;

Galizia, G., *La tassazione dei dividendi in entrata di fonte UE ed I connessi doppi oneri fiscali: riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 2009, causa C-128/08*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2010, 6, p. 165;

Garcia, D., *Are There Reasons to Convert Reverse Discrimination into a Prohibited Measure?*, in *EC Tax Review*, 2009, 4, p. 179;

García Novoa, C., *Tax Neutrality in the Exercise of the Right of Establishment within the EU and Funding of Companies*, in *Intertax*, 2010, 11, p. 568;

Gassner, W., Lang, M., Lechner, E., *Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, London, 1997;

Gnaedinger, C., *Belgian Withholding Tax Treatment doesn’t infringe EC Treaty, AG Says*, in *Tax Notes International*, 2008, Vol. 52 n° 1, p. 23;

Graetz M.J., Warren A.C. jr., *Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy*, in *Common Market Law Review*, 2007, 44, p. 1577;

Graetz M.J., Warren A.C. jr., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, in *Yale Law Journal*, 2006, 6, p. 1186;

Grammie M., *Non discrimination and the taxation of cross border dividends*, in *World tax journal*, 2010, 6, p. 162;

Green, R.A., *The Troubled Rule of Nondiscrimination in Taxing Foreign Direct Investment*, in *Law and Policy in International Business*, 1994, 26, p. 113;

Greggi, M., *La Direttiva 2003/49/CE e il regime di tassazione degli interessi e delle royalties*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, 2, p. 505;

Hellerstein W., Kofler G.W., Mason R., *Constitutional Restraints on Corporate Tax Integration*, in *Tax Law Review*, 2008, 62, p. 1;

Helminen M., *The Future of Source State Dividend Withholding Taxes in Finland and the European Union*, in *European Taxation*, 2008, 7, p. 354;

Hinnekens, L., *European Arbitration Convention: Thoughts on Its Principles, Procedure and First Experience*, in *EC Tax Review*, 2010, 3, p. 109;

Hinnekens L., *The Uneasy Case and Fate of Article 293 Second Indent EC*, in *Intertax*, 2009, 11, p. 602;

Isenbaert M., *The Contemporary Meaning of 'Sovereignty' in the Supranational Context of the EC as Applied to the Income Tax Case Law of the ECJ*, in *EC Tax Review*, 2009, 6, p. 264;

Kemmeren E., *After repeal of Article 293 EC Treaty under the Lisbon Treaty: the EU objective of eliminating double taxation can be applied more widely*, in *EC Tax Review*, 2008, 4, p. 156;

Kemmeren E., Peeters H.P., *Avoidance of Double Taxation and Its Interaction with European Triangular Arrangements*, in *EC Tax Review*, 2010, 1, p. 4;

Kemmeren, E., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bulletin for international taxation*, 2006, 11, p. 430;

Kingston, S., *A light in the darkness: recent developments in the ECJ's direct tax jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1321;

Knöller, C. P., *The Efficacy of Thin Capitalization Rules and Their Barriers: An Analysis from the UK and German Perspective*, in *Intertax*, 2011, 6/7, p. 317;

Kofler G.W., Mason R., *Double Taxation: A European "Switch in Time"?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, 1;

Kovács, L., *La politica della Commissione Europea in materia di Exit Tax*, in *Studi Tributari Europei*, 2009, 1, su <http://ste.seast.org/home/home.aspx>;

Kovács, L., *Le prospettive della CCCTB*, in *Rassegna Tributaria*, 2008, 3, p. 699;

Lamensch M., van Thiel S., *The Elimination of Double Taxation of Dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium's Final Taxation*, in *Intertax*, 2009, 8-9, p. 473;

Lang M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, 3, p. 98;

Lupi, R., *Corte di Giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, p. 1181;

Malherbe, J., Berlin, D., *Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, p. 245;

Marchessou, P., *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, 3, pag. 595;

Marchetti, F., Rasi, F., *Raccolta di capitale di rischio e di capitale di debito: la disciplina italiana*, in *Studi Tributari Europei*, 2010, 1;

Martha, R.S.J., *The jurisdiction to tax in international law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*, Kluwer law and taxation publishers, 1989;

Marzano, M., *Ritenute alla fonte sui dividendi in uscita tra limiti applicativi della direttiva madre-figlia e libertà fondamentali*, in *Rassegna Tributaria*, 2010, 1, p. 251;

Mason R., *Flunking the ECJ's Tax Discrimination Test*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2007, 46;

Mason R., *Tax discrimination and capital neutrality*, in *World tax journal*, 2010, 6, p. 126;

Mathisen, *Consistency and Coherence as Conditions for Justification of Member States' Measures Restricting Free Movement*, in *Common Market Law Review*, 2010, 47, p. 1021;

Mathisen, G., Fredriksen, H., *Joined Cases C-436 & 337/08, Haribo Lakritzen Hans Riegel BetriebsgmbH and Österreichische Salinen AG v. Finanzamt Linz, Judgement of the Court of Justice (Third Chamber) of 10 February 2011, nyr*, in *Common Market Law Review*, 2011, 48, p. 1719;

Melis, G., *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in *Rassegna Tributaria*, 2008, 1486 ss.;

Menti, F., *La direttiva madre-figlia n. 90/435 e l'obbligo per gli Stati di astenersi dal sottoporre a imposizione i dividendi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, IV, p. 266;

Meussen, G., *Cross-border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, 5, p. 233;

Miraulo, A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè, Milano, 1990;

Mooij, R.A., Stevens, L.G.M., *Exploring the future of ability to pay in Europe*, *EC Tax Review*, 2005, 1, p. 9;

Munin, N., *Tax in Troubled Time: Is It the Time for a Common Corporate Tax Base in the EU?*, in *EC Tax Review*, 2011, 3, p. 121;

Nieminen M., *Abolition of double taxation in the Treaty of Lisbon*, *Bulletin for international taxation*, 2010, 6, p. 330;

O'Shea T., *Freedom of establishment tax jurisprudence: Avoir Fiscal re-visited*, in *EC Tax Review*, 2008, 6, p. 259;

Palanti, D., *La tutela dell'individuo contro la doppia imposizione internazionale*, in *Rassegna di fiscalità internazionale*, 2002, 4;

Palma, R.C., *The Paradox of Gross Taxation at Source*, in *Intertax*, 2010, 12, p. 624;

Panayi, C., *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community*, Kluwer Law International, 2007;

Pistone, P., *Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of Direct Taxes*, in *Intertax*, 2007, p. 70;

Pistone, P., *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia non convince*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, p. 76;

Pistone P., *Taxation of Cross-Border Dividends in Europe: Building Up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, 2008, 62, p. 67;

Pistone, P., *The Impact of Community Law on Tax Treaties*, Kluwer Law International, London, 2002;

Poulsen, M., *Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax jurisdiction*, in *Intertax*, 2012, 3, p. 200;

Roccatagliata, F., *Diritto tributario comunitario*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, CEDAM, Padova, 2002, p. 781 ss;

Russetti D., *L'incerta compatibilità tra diritto comunitario e art. 53 della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, su <http://www.forumcostituzionale.it>;

Santiago B., *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, p. 249;

Simader, K., *Withholding Taxes and the Effectiveness of Fiscal Supervision and Tax Collection*, in *Bulletin for international taxation*, 2010, 2, p. 115;

Sozzi, C., *Corte di Giustizia e clausole convenzionali di limitazione dei benefici*, in *Rassegna tributaria*, 2007, 3, p. 1015;

Spaas T., Weyn A., *The Lessons of European Smallcap Fund*, in *EC Tax Review*, 2009, 2, p. 53;

Spengel, C., Evers, L., *The Cross-border Taxation of Dividends in the Case of Individual Portfolio Investors: Issues and Possible Solutions*, in *EC Tax Review*, 2012, 1, p. 17;

Sullivan J., *The non-exercise of taxing powers by Member States and its compatibility with EC law*, in *European Taxation*, 2009, 4, p. 193;

Tarigo, P., *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2011, 5, p. 553;

Tarigo, P., *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, 10, p. 902;

Tarigo, P., *Gli elementi costitutivi della doppia imposizione internazionale quale fattispecie dei trattati*, in *Rass. Trib.*, 2009, 3, p. 670;

Tarigo Paola, *Principio generale comunitario di eliminazione della doppia imposizione, libertà fondamentali e obblighi convenzionali: il caso Damseaux*, in *Rass. Trib.*, 2010, 5, p. 1477;

Tenore, M., *La tassazione dei dividendi distribuiti a società non residenti: profili internazionali e comunitari*, in *Rassegna Tributaria*, 2006, 3, p. 823;

Tenore M., *Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future*, in *EC Tax Review*, 2010, 2, p. 74;

Tenore M., *Taxation of Dividends: A Comparison of Selected Issues under Article 10 OECD MC and the Parent-Subsidiary Directive*, in *Intertax*, 2010, 4, p. 222;

Terra, B.J.M., Wattel, P.J., *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2008;

Tomsett, E., *ECJ AG Opinion Issued on UK Foreign Dividend Taxation*, in *Intertax*, 2006, p. 374;

Traversa, E., Modonesi, D., *La neutralità fiscale nel finanziamento delle società nel diritto dell'Unione Europea*, in Studi Tributari Europei, 2010, 1, su <http://ste.seast.org/home/home.aspx>;

Tumpel M., *Legislative Action and Cross-Border Dividends*, in Tax Law Review, 2008, 62, p. 77;

Vanistendael F., *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?*, in EC Tax Review, 2008, 2, p. 52;

Vanistendael, F., *The ECJ at the crossroad: balancing tax sovereignty against the imperatives of the single market*, in European Taxation, 2006, p. 418;

Van Raad, K., *Nondiscrimination in International Tax Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986;

Wattel, P., *Home Neutrality in an Internal Market*, in European Taxation, 1996, p. 159;

Wattel P.J., *Judicial Restraints and Three Trends in the ECJ's Direct Tax Case Law*, in Tax Law Review, 2008, 62, p. 205;

Weber, D., *Is the limitation of tax jurisdiction a restriction of the freedom of movement? The ECJ should show more respect for the principle of territoriality and for its own basic assumptions*, in AA.VV., *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case Law*, a cura di Lang, M., e Vanistendael, F., 2008, EATLP International Tax Law Series;

Weber, D., *In Search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and Freedom of Movement Within the EC*, in Intertax, 2006, p. 585;

Zalasinski A., *The Limits of the EC Concept of 'Direct Tax Restriction on Free Movement Rights', the Principles of Equality and Ability to Pay, and the Interstate Fiscal Equity*, in Intertax, 2009, 5, p. 282;

Zernova, D., *Exit Taxes on Companies in the Context of the EU Internal Market*, in Intertax, 2011, 10, p. 471;

Zuddo, D., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sui rapporti tra Convenzioni contro le doppie imposizioni e diritto comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2002, III, p. 49.

### **Giurisprudenza della Corte di Giustizia (in ordine cronologico)**

Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*;

Corte di Giustizia, 5 maggio 1982, causa C-15/81, *Gaston Schul*;

Corte di Giustizia, 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione c. Francia (Avoir fiscal)*;

Corte di Giustizia, 8 maggio 1990, causa C-175/88, *Biehl*;

Corte di Giustizia, 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*;

Corte di Giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*;

Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*;

Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*;

Corte di Giustizia, 17 ottobre 1996, C-283, 291, 292/94, *Denkavit, Vitic, Voormeer*;

Corte di Giustizia, 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations*;

Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*;

Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*;

Corte di Giustizia, 13 aprile 2000, C-251/98, *Baars*;

Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*;

Corte di Giustizia, 6 giugno 2000, causa C-375/98, *Epson Europe*;

Corte di Giustizia, 4 ottobre 2001, C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE*;

Corte di Giustizia, 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*;

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C- 324/00, *Lankhorst-Hohorst*;

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot*;

Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*;

Corte di Giustizia, 18 settembre 2003, C-168/01, *Bosal Holding*;

Corte di Giustizia, 11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*;

Corte di Giustizia, 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*;

Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*;

Corte di Giustizia, 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp*;

Corte di Giustizia, 5 luglio 2005, causa C-376/03, *D*;

Corte di Giustizia, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*;

Corte di Giustizia, 19 gennaio 2006, causa C-265/04, *Bouanich*;

Corte di Giustizia, 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Keller Holding*;

Corte di Giustizia, 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*;

Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*;

Corte di Giustizia, 3 ottobre 2006, causa C-290/04, *Scorpio*;

Corte di Giustizia, 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*;

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*;

Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*;

Corte di Giustizia, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit*;

Corte di Giustizia, 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke*;

Corte di Giustizia, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*;

Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*;

Corte di Giustizia, 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*;

Corte di Giustizia, 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services*;

Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, causa C-101/05, *A*;

Corte di Giustizia, ordin. 23 aprile 2008, causa C-201/05, *CFC and Dividend Group Litigation*;

Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium*;

Corte di Giustizia, 20 maggio 2008, C-194/06, *Orange European Smallcap Fund*;

Corte di Giustizia, 26 giugno 2008, causa C-284/08, *Burda*;

Corte di Giustizia, 11 settembre 2008, causa C-43/07, *Arens-Sikken*;

Corte di Giustizia, 16 ottobre 2008, causa C 527/06, *Renneberg*;

Corte di Giustizia, 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Société Papillon*;

Corte di Giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-48/07, *Les Vergers du Vieux Tauves*;

Corte di Giustizia, 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*;

Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-138/07, *Cobelfret*;

Corte di Giustizia, 12 febbraio 2009, causa C-67/07, *Block*;

Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C-406/07, *Commissione c. Grecia*;

Corte di Giustizia, 23 aprile 2009, causa C-544/07, *Rüffler*;

Corte di Giustizia, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*;

Corte di Giustizia, 1 ottobre 2009, causa C-247/08, *Gaz de France*;

Corte di Giustizia, 19 novembre 2009, causa C-540/07, *Commissione c. Italia*;

Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, causa C-521/07, *Commissione c. Paesi Bassi*;

Corte di Giustizia, 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha*;

Corte di Giustizia, 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*;

Corte di Giustizia, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *Société de Gestion Industrielle (SGI)*;

Corte di Giustizia, 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X Holding BV*;

Corte di Giustizia, 15 aprile 2010, causa C-247/08, *CIBA*;

Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione c. Spagna*;

Corte di Giustizia, 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo*;

Corte di Giustizia, 21 luglio 2011, causa C 397/09, *Scheuten Solar Technology*;

Corte di Giustizia, 15 settembre 2011, causa C-310/09, *Accor*;

Corte di Giustizia, 30 giugno 2011, C-262/09, *Meilicke*;

Corte di Giustizia, 20 ottobre 2011, causa C-284/09, *Commissione c. Germania*;

Corte di Giustizia, 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus.*

Corte di Giustizia, 10 maggio 2012, cause riunite da C-338/11 a C-347/11, *Santander Asset Management*.

### **Giurisprudenza della Corte EFTA**

Corte EFTA, 23 novembre 2004, causa E-1/04, *Fokus Bank*;

Corte EFTA, 7 maggio 2008, causa E-7/07, *Seabrokers*.

## **Conclusioni di Avvocati Generali presso la Corte di Giustizia**

Conclusioni AG Mischo, 7 luglio 1998, causa C-255/97, *Pfeiffer*;

Conclusioni AG Mischo, 26 settembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH*;

Conclusioni AG Geelhoed, 23 febbraio 2006, causa C-374/04, *Test Claimants IV of the ACT GL*;

Conclusioni AG Geelhoed, 6 aprile 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*;

Conclusioni AG Geelhoed, 6 aprile 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert e Morres*;

Conclusioni AG Geelhoed, 27 aprile 06, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*;

Conclusioni AG Geelhoed, 29 giugno 2006, causa C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*;

Conclusioni AG Alber, 24 settembre 2002, causa C-168/01, *Bosal Holding*;

Conclusioni AG Jacobs, 21 marzo 2002, causa C-136/00, *Danner*;

Conclusioni AG Maduro, 7 aprile 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*;

Conclusioni AG Kokott, 15 febbraio 2007, causa C-464/05, *Geurts Vogten*;

Conclusioni AG Kokott, 19 novembre 2009, C-337/08, *X Holding*;

Conclusioni AG Kokott, 8 settembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus.*