

Ottobre 2013

## **Tobin Tax all'europea: il counterparty principle confligge con il diritto comunitario ?**

*Bruno Gangemi, Tax senior partner, Luigi Quaratino, Tax associate, Macchi di Cellere Gangemi*

L'Italia è uno degli Stati Membri dell'Unione Europea che ha introdotto un'imposta sulle transazioni finanziarie (*financial transaction tax*, di seguito "FTT"), anticipando l'applicazione di una FTT di matrice comunitaria, armonizzata prevista dalla proposta di Direttiva Comunitaria 2011/594 del 28 settembre 2011<sup>1</sup>.

La normativa italiana presenta divergenze rispetto alla proposta suindicata e, pertanto, all'atto dell'approvazione della Direttiva, l'Italia dovrà necessariamente adeguare la propria legislazione interna a quella comunitaria.

Esamineremo, di seguito, le criticità insite nella proposta di Direttiva presentata dalla Commissione e gli effetti distorsivi che la stessa potrebbe produrre nel sistema comunitario.

Durante le riunioni del Consiglio dell'Unione Europea nel corso del 2012, sono emerse divergenze non solo sugli aspetti tecnici, ma anche sull'opportunità di introdurre un prelievo comune sulle transazioni di natura finanziaria (in particolare, la Gran Bretagna si è mostrata contraria all'introduzione della FTT); al fine di neutralizzare l'ostruzionismo di alcuni Stati, la Commissione ha presentato una proposta di cooperazione rafforzata in materia di FTT<sup>2</sup> e successivamente una nuova proposta di Direttiva ("la Proposta")<sup>3</sup> sostitutiva di quella originaria.

La Proposta, tuttavia, suscita notevoli perplessità in ordine alla sua compatibilità con alcuni pilastri che sorreggono l'intero ordinamento comunitario, quali il corretto esercizio della giurisdizione da parte degli Stati Membri, il principio di non

<sup>1</sup> COM(2011) 594 definitivo. Il documento è disponibile al seguente indirizzo web: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0594:FIN:IT:PDF>

<sup>2</sup> COM(2012) 631 final/2. Il documento è disponibile al seguente indirizzo web: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/com\\_2012\\_631\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/com_2012_631_en.pdf)

<sup>3</sup> COM(2013) 71 final. Il documento è disponibile al seguente indirizzo web: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/resources/documents/taxation/com\\_2013\\_71\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/com_2013_71_en.pdf)

discriminazione e quello di libera circolazione dei capitali. A tal proposito, nei giorni scorsi un team di legali del Consiglio dell'Unione Europea ha rilasciato un parere riservato ("il Parere") in cui vi è conferma dei summenzionati dubbi di compatibilità tra alcuni aspetti applicativi della FTT e il diritto comunitario.

\* \* \*

Dal combinato disposto degli artt. 1, 3 e 5 della Proposta si desume che la FTT è dovuta agli Stati Membri partecipanti alla cooperazione rafforzata ("SM partecipanti") per ogni transazione finanziaria<sup>4</sup> a condizione (i) che almeno una delle parti della transazione sia stabilita nel territorio di uno SM partecipante e (ii) che un'istituzione finanziaria<sup>5</sup> stabilita nel territorio di uno SM partecipante prenda parte alla transazione, agendo per proprio conto o per conto di altri, o in nome di una delle parti della transazione.

Ai sensi del successivo articolo 10, la FTT è dovuta da ogni istituzione finanziaria che prende parte alla transazione a favore dell'amministrazione finanziaria dello SM partecipante in cui l'istituzione finanziaria si considera stabilita ai sensi dell'art. 4.

La disposizione che crea le perplessità circa la compatibilità della FTT con il diritto comunitario è l'art. 4, rubricato "*Stabilimento*", il quale delinea le condizioni al verificarsi delle quali un'istituzione finanziaria si considera stabilita nel territorio di uno SM partecipante.

Le condizioni contenute nelle lettere da a) ad e) e nella lettera g) del suindicato art. 4 sono chiare e non sollevano dubbi interpretativi. Esse danno attuazione al *principle of residence* prevedendo che, ai fini dell'applicazione della FTT, un'istituzione finanziaria si considera stabilita nel territorio di uno SM partecipante se è stata autorizzata ad operare in tal senso dallo SM partecipante (lettere a) e b)) ovvero se ha in tale SM partecipante la sede legale (lett. c)), il suo indirizzo permanente o la residenza abituale (lett. d)) ovvero una succursale (lett. e)) oppure quando l'ente finanziario sia parte di una transazione finanziaria avente ad oggetto strumenti finanziari<sup>6</sup> emessi nello SM partecipante in questione (lett. g)).

La norma che è ritenuta essere in contrasto con il diritto dei trattati è quella contenuta nella lettera f), la quale prevede che un ente finanziario si considera stabilito nel territorio di uno SM partecipante qualora "*partecipa, agendo per proprio conto o per conto di altri soggetti, a una transazione finanziaria con altro ente stabilito nello Stato membro di cui trattasi ai sensi delle lettere a), b), c), d) o e) o con un partecipante*

<sup>4</sup> Le operazioni che rientrano nel concetto di "transazione finanziaria" sono elencate nell'art. 2, n. 3(2) della Proposta.

<sup>5</sup> La definizione di "ente finanziario" è contenuta nell'art. 2, n. 3(8) della Proposta.

<sup>6</sup> Prodotti di finanza strutturata, valori mobiliari, strumenti del mercato monetario, quote di un organismo di investimento collettivo.

stabilito nel territorio di tale Stato membro che non è un ente finanziario o agisce in detta transazione a nome di uno dei partecipanti” (*counterparty principle*).

Il *counterparty principle* implica che un’istituzione finanziaria si considera stabilita nel territorio di uno SM partecipante se:

- (A) è parte di una transazione finanziaria – agendo per proprio conto o per conto di altri, o in nome di una delle parti della transazione – con un’altra istituzione finanziaria stabilita all’interno del territorio di uno degli SM partecipanti ai sensi delle lettere da a) a e) dell’art. 4;

ovvero

- (B) è parte di una transazione finanziaria la cui controparte (i) è stabilita nel territorio dello SM partecipante e (ii) non è un’istituzione finanziaria.

Il meccanismo applicativo della FTT previsto dalla Proposta, coerentemente con la nozione di stabilimento sopra delineata, comporterebbe che qualora le parti di una transazione finanziaria siano stabilite sul territorio di SM partecipanti diversi, ciascuno di questi ultimi eserciti il suo potere impositivo ed assoggetti la transazione all’imposta (*principle of residence*).

Tuttavia, l’applicazione combinata del *principle of residence* con il *counterparty principle* potrebbe produrre effetti distorsivi: ad esempio, la FTT si applicherebbe due volte qualora le parti della transazione fossero entrambe istituzioni finanziarie, una sola delle quali residente in uno SM partecipante (ipotesi *sub A* di applicazione del *counterparty principle*). Infatti, lo SM partecipante in cui è residente l’istituzione finanziaria sarebbe autorizzato ad assoggettare a tassazione due volte l’operazione: una prima volta perché una delle parti della transazione è un’istituzione finanziaria ivi residente (*principle of residence*) ed una seconda volta in quanto troverebbe applicazione l’art. 4, lettera f) e l’istituzione finanziaria non residente si considererebbe stabilita nello SM partecipante in cui è residente la sua controparte (*counterparty principle*).

Volendo esemplificare (ipotesi A di applicazione del *counterparty principle*): una banca residente in Italia (“B-ITA”) stipula un contratto con una banca residente in Cina (“B-CIN”) avente ad oggetto strumenti derivati. In tale ipotesi la FTT sarebbe dovuta due volte in Italia:

- (i) una prima volta, in base al *principle of residence*, la FTT è dovuta in Italia in quanto una delle parti della transazione finanziaria è la B-ITA, residente in Italia;
- (ii) una seconda volta, in base al *counterparty principle* di cui all’art. 4, lett. f), la FTT è dovuta in Italia perché la B-CIN si considera stabilita in Italia in

quanto è parte di una transazione finanziaria con un'altra istituzione finanziaria stabilita in Italia.

Nonostante la Commissione ritenga che la Proposta sia perfettamente in linea e compatibile con il diritto comunitario<sup>7</sup>, sorgono notevoli perplessità circa la conciliabilità tra il *counterparty principle* e alcuni principi cardine dell'ordinamento comunitario.

In primo luogo, l'applicazione della FTT da parte di uno SM partecipante anche nei confronti di istituzioni finanziarie stabilite non residenti, ma considerate stabilite nello SM partecipante ai sensi dell'art. 4(1) lettera f), comporterebbe l'estensione della giurisdizione al di là i confini nazionali, il che non sarebbe giustificato da alcun collegamento rilevante con l'istituzione finanziaria non residente.

In tale circostanza non esiste alcun collegamento che legittimi l'esercizio della giurisdizione dello SM partecipante nei confronti dell'ente finanziario non residente, né gli obiettivi perseguiti dalla FTT – vale a dire: armonizzazione in materia di imposizione indiretta delle transazioni finanziarie *in primis*, garanzia di ottenere un contributo dagli enti finanziari per il superamento della crisi dei mercati, disincentivo per le transazioni meramente speculative – sono tali da poter giustificare un tale smisurato esercizio della giurisdizione. Come sottolineato anche nel Parere, l'esigenza di combattere la frode e l'evasione fiscale non assume rilevanza tale da consentire ad uno SM partecipante di travalicare i propri confini nazionali ed imporre l'applicazione di una legislazione fiscale transnazionale nei confronti di operatori finanziari non residenti.

L'applicazione del *counterparty principle* provocherebbe anche la lesione del principio di non discriminazione, in quanto comporterebbe l'applicazione di un trattamento differente tra istituzioni finanziarie residenti in uno SM partecipante e istituzioni finanziarie non residenti in uno SM partecipante.

Infatti, la FTT si applicherebbe solo nello SM partecipante alle transazioni in cui una delle parti sia un'istituzione finanziaria residente in uno SM non partecipante; al contrario, non sconterebbe la FTT una transazione conclusa in uno SM non partecipante da parte di un'istituzione finanziaria residente in uno SM partecipante (in questo secondo caso ovviamente non potrebbe trovare applicazione il *counterparty principle*).

---

<sup>7</sup> Nella relazione alla Proposta, si legge “Nel complesso, grazie ai criteri di collegamento prescelti in combinazione con la norma generale sopramenzionata, viene garantito che l'imposizione possa aver luogo solo in presenza di un legame sufficiente tra la transazione e il territorio della giurisdizione ITF (“ITF” sta per “imposta sulle transazioni finanziarie”, n.d.r.). Analogamente a quanto previsto nella legislazione UE vigente nel settore della fiscalità indiretta, i principi di territorialità vengono pienamente rispettati”.

Il Parere evidenzia come situazioni analoghe da un punto di vista territoriale sarebbero trattate in maniera differente a causa del carattere discriminatorio del *counterparty principle*: un'istituzione finanziaria non residente si vedrebbe applicata una disciplina differente e discriminatoria a seconda che si consideri stabilita in uno SM partecipante diverso da quello della controparte ovvero si consideri residente nello SM partecipante della controparte ai sensi del suindicato art. 4(1) lett. f; nel primo caso, essa non sarebbe soggetta alla FTT nello SM partecipante della controparte, mentre nel secondo caso sconterebbe ivi l'imposta in applicazione del *counterparty principle*.

Un ulteriore aspetto che merita di essere considerato è quello relativo al rischio di doppia imposizione che un meccanismo del genere potrebbe provocare, perché adottato solo dai Paesi aderenti alla cooperazione rafforzata.

Si pensi al caso in cui un'istituzione finanziaria per una stessa transazione finanziaria sconti la FTT armonizzata in uno SM partecipante in quanto considerata ivi stabilita in base all'applicazione del *counterparty principle* e, contemporaneamente, sconti un'imposta sulle transazioni finanziarie nel suo Paese di residenza in base ai criteri di tassazione ivi previsti. In tale ipotesi, l'applicazione del *counterparty principle*, determinando un travalicamento dell'esercizio di giurisdizione da parte di uno SM partecipante potrebbe sovrapporsi al legittimo esercizio della funzione impositiva dello stato di residenza dell'istituzione finanziaria, dando vita ad un'evidente ipotesi di doppia imposizione. In tal caso, sarebbe difficile, peraltro, individuare meccanismi idonei a consentire l'eliminazione della doppia imposizione (quale dei due Stati rinunciarebbe alla propria potestà impositiva a favore dell'altro?).

Tali evidenti falle del sistema disincentiverebbero, rendendole meno "attraenti", la conclusione di transazioni finanziarie con istituzioni finanziarie residenti in SM non partecipanti e provocherebbero, così, forti limiti alla circolazione dei capitali e agli investimenti *cross border*.

Nonostante la Commissione abbia confermato la piena compatibilità della FTT con il diritto comunitario, la negoziazione si prevede ancora complessa e difficoltosa e non potrà non risentire delle pesanti conclusioni a cui sono pervenuti i legali del Consiglio con il Parere dello scorso 6 settembre.