



Il Meglio di **Newsmercati**

La newsletter delle imprese
che operano con l'estero

Edizione 2009



Copyright Newsmercati 2009 - www.newsmercati.com

Newsmercati è una testata registrata presso il Tribunale di Milano.
Autorizzazione n. 849 del 9/11/2005

*I testi, anche se curati con scrupolo e attenzione dal pool di esperti
che collaborano con la redazione di Newsmercati, non comportano
specifiche responsabilità per eventuali inesattezze o errori.*

Redazione: **Promos** - Azienda speciale della Camera di Commercio
di Milano per le attività internazionali
Via Camperio, 1 - 20123 Milano
info@newsmercati.com

Coordinamento editoriale: **Enrico Forzato**

Progetto grafico: **Toni Bullo** - www.lunaweb.it

Impaginazione: **Francesco Cinollo** - www.cidesign.it

Contrattualistica internazionale

- **La traduzione dei contratti** pag. 9
Avv. Vartui Kurkdjian
- **Legge applicabile ai contratti internazionali: il Reg. UE 593/2008** pag. 11
Avv. Francesca Falbo
- **L'importanza di verificare la prestazione prima della consegna** pag. 13
Avv. Giuliano Zamboni
- **Clausole di indicizzazione o parametriche: la tutela del valore dei corrispettivi - Avv. Giuliano Zamboni** pag. 16
- **I costi del contenzioso internazionale** pag. 18
Avv. Vartui Kurkdjian
- **Pianificare i costi dell'arbitrato internazionale** pag. 21
Avv. Vartui Kurkdjian

Dogane

- **Il nuovo Codice Doganale Comunitario** pag. 25
Alessandro Lomaglio
- **Nuove modalità operative di esportazione e transito** pag. 29
Alessandro Lomaglio
- **Trasferimenti infragruppo: risvolti doganali e fiscali** pag. 33
Pier Paolo Ghetti e Paolo Spagnol
- **Il regime comune delle importazioni** pag. 41
Alessandro Lomaglio
- **Il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 in materia di "made in"** pag. 45
Avv. Vincenzo Diego Cutugno
- **I partner di Newsmercati** pag. 48

Fiscalità

- **Direttiva 2008/8/CE: territorialità delle prestazioni di servizi** pag. 49
Massimiliano Mercurio
- **Modello Intra anche per i servizi intracomunitari** pag. 51
Giovanni Quagliana
- **Depositi Iva: virtuali a tempo determinato** pag. 53
Gian Luca Giussani

Marchi e Brevetti

- **La nuova legge cinese sui brevetti** pag. 57
Avv. Giampaolo Naronte
- **Il diritto d'autore sul design di fronte alla Corte di giustizia europea** pag. 59
Avv. Massimiliano Patrini
- **Marchio comunitario: diminuiscono le tasse** pag. 62
Raffaella Barbuto

Pagamenti

- **L'ingiunzione di pagamento europea** pag. 63
Avv. Maurizio Gardenal e Avv. Christian Montana
- **NUU 600: come modificare un credito documentario?** pag. 64
Domenico Del Sorbo
- **Crediti documentari: silent confirmation o star del credere?** pag. 67
Domenico Del Sorbo
- **Il credito rotativo (Revolving LC)** pag. 69
Domenico Del Sorbo
- **Diritto francese: novità sui termini di pagamento** pag. 71
Avv. Arianna Righi
- **Recupero crediti nell'Ue: decide il giudice dello Stato del compratore** pag. 74
Roberto Salini

Brasile, Cina, India e Russia

- **Tipologie societarie per investire in Brasile** pag. 77
Avv. Paolo Manzato
- **Il Transfer Pricing in Cina** pag. 80
Avv. Rosario di Maggio
- **Cina: in vigore dal 1° giugno la Food Safety Law** pag. 85
Avv. Giampaolo Naronte
- **L'esecuzione di sentenze e lodi arbitrali stranieri in India** pag. 88
Avv. Paolo Manzato
- **Le peculiarità dell'arbitrato in Russia** pag. 94
Avv. Vartui Kurkdjian

PRESENTAZIONE

Newsmercati è una **e-mail** newsletter quindicinale gratuita per le imprese che operano con l'estero. Nata nel settembre 2005, oggi offre:

- aggiornamenti normativi e approfondimenti tecnici su contratti, dogane, Iva, pagamenti e trasporti
- consigli utili su come operare nei vari mercati
- segnalazioni delle iniziative organizzate dai partner di progetto per favorire l'internazionalizzazione delle Pmi.

La newsletter è un progetto del Gruppo delle strutture camerali per l'internazionalizzazione e coinvolge 15 camere di commercio, due centri regionali per l'internazionalizzazione e tre Union-camere regionali. Sfruttando Internet, Newsmercati ha saputo creare sinergie editoriali all'interno del sistema camerale riscuotendo l'interesse di **34.000 imprenditori di tutte le regioni italiane**.

Dopo aver inviato 86 newsletter, abbiamo deciso di raccogliere **i migliori articoli scritti nel 2009** per valorizzare l'impegno e la competenza dei vari esperti che collaborano con la redazione. Nella scelta dei contenuti abbiamo privilegiato:

- gli aggiornamenti normativi
- gli approfondimenti che offrono consigli e indicazioni operative per migliorare la gestione del business internazionale.

Non ci resta che ricordare, a quanti non fossero ancora abbonati, che la registrazione on line è semplice e gratuita (www.newsmercati.com/Subscribe).

La Redazione

CONTRATTUALISTICA INTERNAZIONALE

La traduzione dei contratti

Avv. Vartui Kurkdjian

Nel commercio internazionale la lingua inglese è molto usata nello scambio di corrispondenza e nei contratti. Ma tradurre un contratto non equivale a tradurre una lettera commerciale e richiede una buona conoscenza della materia giuridica da parte del traduttore.

Il caso

La scelta della lingua di un contratto e la precisione della sua traduzione sono fondamentali, come dimostra una controversia sorta qualche anno fa tra un'azienda italiana e una tedesca.

Nel giudizio instaurato presso il tribunale tedesco i giudici hanno ritenuto che, per valutare la portata degli impegni concordati tra le parti, era necessario **approfondire il significato di alcuni termini usati nel contratto**.

Dato che il testo dell'accordo era stato redatto in inglese, i giudici tedeschi utilizzarono il significato corretto dei termini inglesi scelti dalle parti e presero la decisione dopo questo chiarimento.

Ciò potrebbe avere stupito non poco gli interessati, estranei alla realtà del diritto anglo-americano (*common law*), in quanto è possibile che la sentenza abbia considerato ipotesi che nel nostro sistema giuridico non sono identiche.

Un attento osservatore potrebbe commentare che i giudici tedeschi hanno esagerato nel dare priorità alla precisione rispetto al principio per cui si dovrebbe tener presente la volontà presumibile delle parti, entrambe estranee al mondo anglosassone.

Le difficoltà della traduzione

Nel commercio internazionale la lingua inglese è molto usata, ma tradurre un contratto richiede una buona conoscenza della materia giuridica da parte del traduttore che deve saper:

- individuare il termine giuridico corretto (ad esempio, a volte si traduce indifferentemente con *preferenza* o con *prelazione* lo stesso termine; ma le conseguenze giuridiche sono ben diverse:

la prelazione permette di ottenere l'adempimento dell'obbligo mentre la preferenza, in caso di inadempimento, dà diritto solo a un risarcimento del danno)

- gestire i *falsi amici*, termini che si somigliano molto, ma che hanno differenti significati, esistenti sia nell'ambito giuridico sia nella lingua comune: *instrument* (strumento/documento), *executed* (eseguito/firmato), *counterpart* (controparte/copia)
- riconoscere l'impossibilità di tradurre il termine italiano con il suo corrispondente in inglese o viceversa: la *frustration* del contratto non è traducibile con un concetto giuridico esistente nel nostro ordinamento (benché abbia effetti simili alla figura della forza maggiore, ha differenti presupposti)
- capire quando termini apparentemente identici e ben tradotti possono avere differente contenuto e differenti presupposti giuridici nel nostro sistema rispetto a quello inglese
- ridurre l'incertezza con cui sono definite alcune figure contrattuali, cosa che costringe spesso gli stessi inglesi e americani a ricorrere a una corposa lista di definizioni all'inizio dei contratti.

Anche altre lingue presentano molti dei problemi descritti, ma sicuramente l'inglese comporta una maggiore concentrazione di differenze rispetto ad altre lingue europee.

Precauzioni

Per procedere correttamente alla traduzione del contratto è importante:

- ricorrere a traduttori qualificati che abbiano una **specializzazione nelle traduzioni giuridiche**
- considerare che la traduzione giurata non è necessariamente garanzia di buona qualità della traduzione, dato che chiunque in Italia può assumersi la responsabilità di una traduzione davanti all'apposito ufficio del tribunale (la **verifica delle qualifiche e dell'esperienza del traduttore** è pertanto sempre necessaria)
- **coordinare la lingua del contratto con quella del Paese di cui si è scelto il tribunale competente** a risolvere eventuali controversie. Ciò eviterà che al momento di una causa ci si debba affidare a traduttori dell'ultima ora, dato che i documenti dovranno obbligatoriamente essere tradotti nella lingua locale
- definire nella **clausola compromissoria** che la stessa lingua in cui è scritto il contratto (e, si spera, la corrispondenza tra le parti) sarà adottata nel corso di un eventuale procedimento arbitrale, qualora si sia optato per questa soluzione.

Nel caso in cui si opti per un testo redatto in due lingue, infine, sarà bene ricordare che il rischio di discrepanze aumenta molto, per cui è bene scegliere sempre quale testo faccia fede in caso si rilevino differenze.

Legge applicabile ai contratti internazionali: il Reg. UE 593/2008

Avv. Francesca Falbo

Dal 17 dicembre 2009 la Convenzione di Roma sulla legge applicabile sarà sostituita dal Regolamento CE 593/2008 che entrerà in vigore in tale data e che sarà immediatamente applicabile in tutti i Paesi membri dell'Unione Europea.

Vi sono delle scelte effettuate durante la negoziazione del contratto con il partner estero che, inevitabilmente, si rifletteranno nella possibilità o meno di risolvere in modo favorevole eventuali dispute che dovessero insorgere nel corso della collaborazione. Tra queste, due sono di particolare importanza:

- la scelta della **legge da applicare** al rapporto contrattuale, legge che sarà utilizzata per dirimere eventuali controversie
- la **scelta del giudice** che dovrà giudicare su eventuali controversie.

In ogni business internazionale vengono presi in considerazione almeno due sistemi normativi: quello dell'imprenditore italiano e quello del partner straniero. Poiché un contratto non può essere regolato contemporaneamente da due diritti (e non è scontato che la legge regolatrice sia quella italiana) la scelta della legge da applicare dovrebbe essere una priorità.

Fino ad oggi, in mancanza di tale scelta, la legge applicabile veniva stabilita direttamente dalla **Convenzione di Roma sulla legge applicabile** alle obbligazioni contrattuali del 1980.

Dal 17 dicembre 2009 la Convenzione di Roma sarà sostituita dal **Regolamento CE 593/2008** che entrerà in vigore in tale data e che sarà immediatamente applicabile in tutti i Paesi membri dell'Unione Europea, senza necessità di norme interne di recepimento.

Il nuovo Regolamento, da un lato, ribadisce il principio fondamentale della Convenzione di Roma, *secondo il quale il contratto è disciplinato dalla legge scelta dalle parti. La scelta è espressa o risulta chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso.*

Le parti possono designare la legge applicabile a tutto il contratto ovvero a una parte soltanto di esso. Dall'altro, non si limita a recepire la Convenzione di Roma, ma chiarisce e specifica alcune situazioni che numerosi problemi avevano creato in passato.

Principali novità

Il Regolamento comunitario, innovando decisamente rispetto alla Convenzione di Roma - la quale si limitava a stabilire che in mancanza di scelta di legge, si sarebbe dovuta applicare la legge del Paese del soggetto che effettuava la prestazione caratteristica, senza specificare quale essa fosse

- detta **quale legge deve applicarsi ad alcune specifiche tipologie contrattuali in mancanza, appunto, di scelta:**

- il contratto di vendita di beni è disciplinato dalla legge del Paese nel quale il venditore ha la residenza abituale
- il contratto di prestazione di servizi è disciplinato dalla legge del Paese nel quale il prestatore di servizi ha la residenza abituale
- il contratto di franchising è disciplinato dalla legge del Paese nel quale l'affiliato ha la residenza abituale
- il contratto di distribuzione è disciplinato dalla legge del Paese nel quale il distributore ha la residenza abituale.

Considerazioni

Nel contratto di **vendita di beni** occorrerà armonizzare quanto previsto dal Regolamento con i termini e le condizioni di consegna previste dagli Incoterms.

Il contratto di **agenzia**, così come il contratto di **procacciamento d'affari** o di consulenza, rientra nel novero dei contratti di prestazione di servizi, con la conseguenza che, nel silenzio delle parti, troverà applicazione la legge del luogo di residenza dell'agente - procuratore - consulente.

Il contratto di **distribuzione** viene considerato nella sua essenza commerciale (vendita di prodotti al distributore al fine di rivendere su un mercato straniero con vantaggi commerciali indiretti anche da parte del produttore) e, quindi, si considera che presenti un collegamento più stretto con il Paese di residenza del distributore. Tale decisione, che **ribalta completamente la giurisprudenza italiana in materia**, comporta l'opportunità di valutare anche se all'interno del Paese sia prevista un'indennità per la cessazione del contratto di distribuzione (si veda, per esempio, la Spagna). Il Regolamento, nel dichiarare espressamente quale legge deve essere applicata ad alcuni tipi di rapporti contrattuali, certamente:

- consente ad ogni singolo imprenditore di individuare a priori quale possa essere nel concreto la legge applicabile ipotizzando il normale svolgimento del contratto
- rende ancor più palese l'importanza della scelta delle parti in materia di legge applicabile.

Da un lato si elimina il rischio che una parte possa, in un secondo momento, fondatamente sostenere l'applicazione di una legge o di un'altra (mediante l'individuazione di criteri di collegamento non particolarmente efficaci). Dall'altro, si consente l'applicazione di una legge che può contenere clausole lesive per l'imprenditore italiano.

L'importanza di verificare la prestazione prima della consegna

Avv. Giuliano Zamboni

Immaginiamo che tra due imprese che operano in mercati diversi e lontani si stabiliscano rapporti di compravendita o di lavorazione. Una volta avvenuta la consegna, il compratore e il committente si trovano a potere finalmente verificare se la merce consegnata corrisponde alle specifiche richieste.

Solo a partire da questo momento, sono in grado di verificare se i prodotti siano effettivamente quelli ordinati o se presentino vizi o difetti, anche a seguito delle lavorazioni effettuate dalla controparte. D'altro canto, è precisamente dal momento della consegna che possono decorrere gli eventuali termini di decadenza per muovere eventuali contestazioni.

Già, ma **quali termini?** Previsti dalla **legge di quale Paese?** E se per caso i prodotti, acquistati o lavorati, si fossero deteriorati per fatto del trasportatore?

Si tratta di situazioni che vengono oggettivamente complicate dalla distanza geografica e dalla diversità degli ordinamenti coinvolti.

È però possibile prevenirle, stabilendo concordemente che la **verifica dei prodotti e/o delle lavorazioni sia effettuata congiuntamente** dalle Parti, anche mediante terzi, *in un momento anteriore alla spedizione*, di norma presso il domicilio del venditore/appaltatore e dunque prima della consegna.

Verifica anticipata

L'interesse del **compratore/committente** a una verifica anticipata è del tutto evidente: la constatazione di vizi o difformità palesi permetterà alle Parti di risolvere il problema al netto dei tempi e dei costi di una duplice spedizione.

D'altro canto, anche il **venditore/lavorante** ha tutto l'interesse che la correttezza del proprio adempimento sia riscontrata quando i beni ancora si trovano presso i propri stabilimenti. Ciò consente non solo un risparmio di tempi e costi di trasporto, imballaggio e disimballaggio; ma permette anche al venditore/lavorante di **conservare il possesso dei beni che siano oggetto di eventuali contestazioni infondate**, in vista di un intervento dell'autorità giudiziaria.

In definitiva, è interesse pure del venditore che la verifica avvenga quanto prima, tanto è vero che la **Convenzione delle Nazioni Unite 11.04.80** sulla vendita internazionale di beni mobili stabilisce che *il compratore deve esaminare i beni o farli esaminare nel più breve tempo possibile e avuto riguardo alle circostanze*, fra le quali v'è ovviamente il trasporto.

Cosicché, la disponibilità delle Parti ad una verifica anticipata costituisce e testimonia reciprocamente l'esistenza di uno **spirito di collaborazione** in virtù del quale esse intendono prevenire l'insorgere di eventuali contenziosi e comunque limitare i rispettivi danni.

L'oggetto della verifica anticipata

È ovviamente costituito dalla conformità dei beni acquistati o lavorati alle specifiche convenute dalle Parti, le quali sono ovviamente libere di stabilire il **livello di precisione della verifica** da effettuare o addirittura i singoli esami da effettuare sul prodotto.

In difetto di un simile e puntuale accordo, occorre tenere presente che sono normalmente considerati **vizi apparenti** tutti quei vizi che siano rilevabili ad un diligente esame rapido e sommario. Per questo tipo di vizi, gli eventuali termini di contestazione decorrono dal momento della verifica anticipata cui abbia preso parte anche il compratore.

Invece per i **vizi occulti** (e cioè non rilevabili in base al predetto esame sommario), i termini di decadenza decorrono dal momento della scoperta.

L'effettuazione della verifica anticipata fa decorrere i termini per la denuncia dei vizi apparenti sin dal momento della verifica stessa; è quindi assolutamente importante verificare per tempo:

- quale sia la legge applicabile
- in base ad essa, quali siano i termini decadenziali di denuncia
- quali siano le caratteristiche che consentono di ritenere un vizio apparente oppure occulto.

Sarà in ogni caso opportuno prevedere espressamente nel contratto che la verifica non pregiudica i diritti spettanti al compratore/committente per i **vizi che vengano scoperti dopo la consegna**.

La verifica anticipata effettuata dal solo venditore/appaltatore

Accade frequentemente, soprattutto nel caso della distribuzione su larga scala, che le Parti stabiliscano analiticamente una serie di controlli (eventualmente anche a campione) **che il produttore dovrà porre in essere individualmente e prima della consegna** e, sovente, rilasciare apposite certificazioni (in materia ad esempio di sicurezza dei prodotti, o in tema di correttezza del montaggio o di integrità strutturale o esterna).

In questi casi il produttore/appaltatore è normalmente dotato di un proprio **protocollo di controllo** e/o di un **sistema di qualità interna** proprio allo scopo di limitare le proprie responsabilità contrattuali (nei confronti del compratore) e extracontrattuali (nei confronti dei terzi utenti finali). Va infatti rammentato che ambo le Parti hanno interesse a tutelarsi nei confronti della cosiddetta **responsabilità solidale da prodotto difettoso**, oramai prevista in un numero crescente di ordinamenti giuridici, ovvero dal rischio di dovere risarcire il terzo utilizzatore per il danno che il prodotto difettoso gli abbia arrecato.

È peraltro evidente che la verifica unilaterale di cui stiamo parlando non può pregiudicare in alcun modo il diritto del compratore/committente alle garanzie per i vizi dei beni, bensì risponde all'interesse di ambo le Parti a che il processo produttivo o di lavorazione avvenga in condizioni di massimo controllo, limitando così in modo indiretto la possibilità dell'insorgere di vizi nei prodotti contrattuali.

La verifica anticipata congiunta

Nel caso dell'**appalto**, l'ordinamento italiano prevede automaticamente che il committente abbia il diritto di effettuare **verifiche in corso d'opera** (artt. 1662 e 1666 c.c.) o **prima della consegna** (art. 1665 c.c.).

Occorre quindi verificare se la diversa legge nazionale eventualmente applicabile consenta automaticamente tali facoltà oppure se sia necessario od opportuno stabilirle e disciplinarle analiticamente con una apposita clausola contrattuale.

Eguali facoltà di verifica anticipata di **prodotti oggetto di compravendita** non sono normalmente previste dalle diverse leggi nazionali. In questi casi è dunque assai opportuno disciplinare analiticamente:

- i tempi
- le modalità
- il carico dei costi
- le conseguenze della verifica congiunta anticipata.

Può ad esempio essere previsto che, ad una certa data anteriore alla consegna e comunque prima della spedizione, il venditore e il compratore, anche a mezzo di propri tecnici, **effettuino in contraddittorio e presso la fabbrica del venditore un controllo sommario dei beni**, verificandone le quantità e l'aspetto esteriore, ma può essere anche previsto che si proceda a una verifica a campione dei prodotti o addirittura a prove di funzionamento. In ogni caso, va prevista la redazione di un apposito **verbale sottoscritto da ambo le Parti** e dal personale che ha partecipato alla verifica. È certamente opportuno disciplinare preventivamente chi dovrà organizzare le verifiche e sopportarne il **costo** (normalmente, il venditore, che s'incarica di procurare a sue spese la strumentazione eventualmente necessaria, il personale per utilizzarla, etc.).

È poi altamente suggeribile prevedere espressamente che la presenza del compratore o di chi per esso in sede di verifica non pregiudica le responsabilità del fornitore per vizi rilevati ad un **esame più approfondito** compiuto da personale del compratore **a seguito della consegna**.

Infine, può essere opportuno stabilire già in sede contrattuale cosa accada nel caso in cui vengano riscontrati vizi o difformità nei beni oggetto di fornitura: ad esempio, prevedendo che debbano seguire ulteriori e più analitici controlli per stabilire quanti siano i beni difettosi rispetto alla complessiva fornitura; o prevedendo sostituzioni, riparazioni o riduzioni del prezzo.

Conclusioni

La verifica individuale o congiunta della merce o dei beni oggetto di vendita o di appalto è uno strumento contrattuale che consente alle Parti di anticipare il momento in cui esse hanno consapevolezza dell'esistenza di vizi o difformità; ciò consentirà loro - e tanto più se il contratto avvenga a grande distanza e tra soggetti di ordinamenti diversi - di **affrontare le conseguenze dei vizi e delle difformità con notevole risparmio di tempi e di costi**.

Clausole di indicizzazione o parametriche: la tutela del valore dei corrispettivi

Avv. Giuliano Zamboni

Le clausole di indicizzazione o parametriche consentono alle parti di reagire al cambiamento di valore della moneta e al conseguente e inevitabile modificarsi dell'equilibrio contrattuale posto a base degli accordi conclusi.

Nel caso di operazioni con l'estero, le condizioni di incertezza sulla redditività dell'affare sono maggiori rispetto a quelle che s'incontrano nel mercato domestico (lontananza del mercato di riferimento, instabilità del quadro giuridico e istituzionale locale, marcate dinamiche inflazionistiche, **valore d'acquisto della moneta** utilizzata dalle parti per la determinazione dei corrispettivi).

Qualora il contratto preveda di essere eseguito in forma differita, continuativa o periodica (ad esempio: appalti di lungo corso, forniture periodiche, etc.), il variare del valore della moneta può modificare anche notevolmente **l'equilibrio delle prestazioni originariamente previsto dalle parti**, persino determinando il venir meno dei profili di economicità che avevano determinato la conclusione dell'affare.

Queste situazioni si possono verificare non solo quando il corrispettivo spettante all'impresa italiana sia determinato nella valuta dello stato straniero, ma anche quando il prezzo del bene o del servizio forniti siano espressi in valuta forte (è il caso del dollaro e dell'euro, il cui andamento nel corso degli anni recenti ha registrato sensibili variazioni).

La tutela dal "rischio monetario"

Per tutelarsi dal "rischio monetario" si possono prevedere nel contratto apposite clausole di indicizzazione, talvolta dette anche clausole "parametriche".

Tali clausole hanno lo scopo di garantire le parti del contratto contro i mutamenti di valore della moneta, assicurando al creditore, al momento di ricevere il pagamento, una prestazione in denaro di **valore intrinsecamente eguale a quello originariamente pattuito** dalle parti.

Occorre precisare che le clausole di indicizzazione o parametriche possono essere utilizzate per tutelare il valore della prestazione in danaro rispetto a **mutamenti sia negativi che positivi del valore della valuta** (ad esempio inflazione e deflazione), potendo quindi agire sia in diminuzione che in aumento del quantitativo di danaro previsto nel contratto. La funzione di tali clausole è infatti volta ad assicurare l'originario equilibrio contrattuale e **non mira a favorire l'una o l'altra parte al verificarsi di circostanze relative al valore della moneta.**

Occorre inoltre tenere distinte le clausole in esame dalle previsioni normative o contrattuali che stabiliscono l'applicazione di **interessi in caso di tardivo adempimento**. Mentre le clausole di indicizzazione hanno lo scopo di influire sulla determinazione della prestazione originariamente dovuta, le previsioni relative agli interessi nel ritardo costituiscono una **voce risarcitoria**.

Il funzionamento delle clausole di indicizzazione o parametriche

In via generale, allorquando le parti stabiliscano tra di loro un obbligo di pagamento in denaro, trova applicazione il cd. **principio nominalistico**, stabilito nell'ordinamento italiano dall'art. 1277, co. 1, c.c., secondo cui "*I debiti pecuniari si estinguono con moneta avente corso legale nello Stato al tempo del pagamento e per il suo valore nominale*".

Ciò significa che, sempre in via generale, allorquando le parti di un contratto determinino un corrispettivo in denaro facendo riferimento a una certa quantità di valuta (ad esempio, 1.000 euro), quella quantità è la misura della prestazione monetaria dovuta. Rimarrà quindi invariabilmente dovuta proprio quella determinata quantità, indipendentemente dal fatto che il potere d'acquisto e il valore della moneta siano cambiati nel tempo che intercorre tra la conclusione del contratto e il momento del pagamento.

Le clausole di indicizzazione o parametriche operano appunto mediante **l'esclusione diretta o indiretta del principio nominalistico** e attraverso la previsione di un criterio sostitutivo di determinazione quantitativa della prestazione in danaro.

È il caso delle clausole di rivalutazione, che ancorano la determinazione del corrispettivo alla variazione di indici diversi (ISTAT, EURIBOR, prezzo dell'oro, etc.) da applicarsi su una somma base prevista dal contratto.

È ancora il caso delle **clausole che riferiscono il prezzo da corrispondersi a variazioni di mercato preventivamente stabilite** dalle parti o demandate a un terzo arbitratore. L'applicazione di tali clausole può essere:

- automatica
- subordinata a una esplicita manifestazione di volontà della parte che intende avvalersene.

Può inoltre darsi che, al superamento di determinati valori monetari, subentri l'applicabilità di **clausole di rinegoziazione**.

Profili critici

La clausola può essere ritenuta parametrica o di indicizzazione soltanto se mira a preservare l'equilibrio tra le contrapposte prestazioni contrattuali.

Qualora invece l'applicazione della clausola possa condurre a una ulteriore sperequazione tra gli interessi economici delle parti (ad esempio, imponendo l'applicazione di un aumento superiore a

quello del mercato valutario), essa dovrà essere considerata quale **clausola aleatoria**, volta cioè a introdurre un elemento di rischio o “scommessa” tra le parti.

La distinzione è particolarmente rilevante, in quanto queste ultime clausole possono essere sottoposte a vari limiti nei diversi ordinamenti. A titolo di esempio e riguardo all’ordinamento italiano, si pensi ai problemi di compatibilità delle clausole aleatorie con la disciplina:

- della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.
- della revisione dei prezzi dell’appalto ex art. 1664, co. 1, c.c.

Sarà quindi assolutamente opportuno **verificare anche nell’ordinamento straniero d’interesse i limiti di validità delle clausole di indicizzazione e la casistica in uso**, onde formulare attentamente i presupposti di applicazione e i meccanismi sostitutivi di determinazione della prestazione in danaro senza incorrere in ipotesi di invalidità o inefficacia. E sarà sempre opportuno chiarire in modo esplicito che la clausola di indicizzazione opera solo e nella misura in cui consente di preservare l’equilibrio economico previsto dalle parti.

I costi del contenzioso internazionale

Avv. Vartui Kurkdjian

I costi per iniziare una causa internazionale variano da Paese a Paese. Nella stesura del contratto con la controparte straniera si possono compiere delle scelte per evitare costi eccessivi o situazioni svantaggiose nel far valere i propri diritti.

La spesa principale è costituita dalla parcella degli avvocati, da considerarsi anche per quanto concerne il rischio di dover rifondere almeno parzialmente la controparte in caso di soccombenza (salvo i Paesi in cui questo non sia previsto dalla legge, come ad esempio negli USA).

Ma quali sono le **tariffe degli avvocati e i criteri per stabilirle** nelle aree in cui, più frequentemente, operano le imprese italiane?

USA

Negli Stati Uniti le cause commerciali internazionali sono molto costose e hanno, al pari di quelle domestiche, una **lunga durata**.

È uso degli avvocati americani sottoscrivere un **contratto di incarico** con il cliente (*attorney-client fee agreement*) e una proposta di questo tipo da parte del legale va vista come una garanzia di correttezza.

Gli **avvocati americani** sono generalmente **retribuiti su base oraria**, ma i costi variano per specializzazione e rinomanza dello studio legale, con tariffe più modeste nelle zone di provincia e nelle città meno importanti.

Le tariffe orarie possono variare da meno di 100 sino a 1.000 dollari all'ora. A questi si aggiungono i costi per i cosiddetti paralegali, che vanno da 50 a 100 dollari l'ora. In alternativa:

- per gli incarichi su questioni molto semplici e ben delineabili è possibile che un avvocato americano accetti un compenso globale in precedenza contrattato
- oppure è possibile concordare un patto di quota lite (accordo con cui l'avvocato partecipa al rischio con il cliente) che comporta la mancanza di onorario del legale in caso di insuccesso. In caso di vittoria, al legale spetterà una percentuale che si aggira sul 30% dell'importo ottenuto.

I costi amministrativi per il tribunale non incidono significativamente sulle spese totali.

Paesi emergenti

In **India** le tariffe degli avvocati sono sicuramente tra le più modeste, benché alcuni grandi studi locali applichino tariffe vicine a quelle di uno studio "medio" italiano.

In **Brasile** la parcella di un avvocato specializzato in diritto commerciale, se non è calcolata sul valore della causa, può variare da 50 a 250 dollari l'ora (con punte di 500 dollari per alcuni qualificati studi). Anche in questo Paese il costo della vita e dei servizi professionali è più caro nelle metropoli industrializzate, per cui in città come San Paolo e Rio de Janeiro i costi dei legali e di tutti i professionisti in genere sono più alti che in altre città dove è pure possibile reperire professionisti molto qualificati.

Un tribunale brasiliano può **chiedere una cauzione** a un soggetto non residente che intenda citare in giudizio un residente.

La **Russia** si caratterizza per la forte presenza di studi legali stranieri, per lo più americani e nord europei, con tariffe adeguate a quelle dei grandi studi internazionali, generalmente su base oraria. A differenza di Brasile e India, in Russia sono preferibili gli avvocati locali formati dopo l'inizio degli anni Novanta rispetto a quelli formati con il precedente sistema giuridico. Tale situazione si riscontra anche negli altri Paesi ex-socialisti.

In **Cina** esiste una situazione simile a quella russa per cui molti giovani legali cinesi si sono specializzati in Europa o negli USA. Benché le tariffe di uno studio cinese siano in genere abbordabili, vi sono alcuni studi di professori avvocati in cui può essere richiesta una parcella anche di 1.000 dollari all'ora a cui si aggiungono i costi orari dei paralegali e della segretaria, generalmente non modesti (da 50 a 100 dollari per ora).

Gli studi legali dei **Paesi del Golfo**, particolarmente se sono specializzati in diritto degli affari, applicano tariffe decisamente molto più alte della media internazionale.

Europa continentale

In quest'area i costi dei legali sono simili a quelli applicati in Italia. Le tariffe sono un po' più contenute nei Paesi ex socialisti della **Nuova Europa** mentre rincarano lievemente nel **Nord Europa**.

In tutti questi Paesi è frequente che i compensi dei legali siano calcolati sul **valore della causa**. Nella maggior parte dei casi il costo finale del giudizio di primo grado può aggirarsi, per cause di valore non inferiore ai 100.000 Euro, tra il 10 e il 15% del valore della domanda.

Nei casi in cui si applica una tariffa su base oraria, questa varia in media da 150 a 300 Euro.

Le parcelle divengono particolarmente costose in **Inghilterra**, dove invece sono rapportate al **costo orario**. Londra, in particolare, ospita studi legali che applicano tariffe piuttosto alte, con un picco per i grandi studi situati nel centro città (meno cari gli avvocati di medi studi di provincia).

Anche gli studi inglesi, come quelli americani, si caratterizzano per:

- l'alto numero di avvocati
- la specializzazione degli stessi
- la suddivisione delle carriere tra senior partner, junior partner, manager e giovani avvocati.

I giovani avvocati di norma svolgono il loro lavoro sotto la supervisione di un senior partner o di un manager. Spesso il costo dell'assistenza è distinto tra la parte trattata dal senior partner, che ha un costo orario più alto, e quella affidata ai giovani dello studio, generalmente meno costosi.

In merito alle spese legali si deve anche sottolineare che in Inghilterra l'avvocato (**solicitor**) che cura i rapporti con il cliente normalmente non è quello che si presenta poi in tribunale (**barrister**): quest'ultimo risiede in apposite *chambers* a cui si rivolgono i *solicitors* per conferire l'incarico di trattare la causa dinanzi ai giudici. La conseguenza immediata è che, per affrontare una causa in Inghilterra, si avrà un ovvio aggravio dei costi.

Africa

Gli avvocati egiziani e nordafricani in genere hanno tariffe medie contenute nell'ambito dei 100 dollari orari o tariffe anche inferiori per gli studi abituati a trattare con soggetti locali.

In **Sudafrica** si richiedono compensi più alti, tra i 130 e i 250 dollari all'ora per un avvocato che abbia una decina d'anni di esperienza. A volte, soprattutto con gli stranieri, l'avvocato può proporre un fee mensile che spesso può rivelarsi esorbitante a consuntivo. In tutti i casi in quest'area è comune contrattare la parcella con il legale.

Un'osservazione comune alle tariffe orarie riguarda la scarsa possibilità di verificare come sia stato misurato il **tempo dedicato al cliente**. È noto infatti che lo studio della controversia comporta delle valutazioni che non sono necessariamente frutto del solo tempo trascorso sui codici e sulla

giurisprudenza esistente, ma che comportano una riflessione che impegna il professionista durante un certo periodo, sino a quando è certo della soluzione migliore da dare al caso. L'interrogativo quindi resta aperto, ma è molto raro che per una causa di media importanza siano fatturate meno di 100 ore.

In merito alle **modalità di pagamento**, in tutti i Paesi esaminati non sempre l'avvocato straniero accetta un incarico a fronte del pagamento del solo fondo-spese. Nelle cause internazionali, infatti, la preoccupazione di eliminare il rischio di dover recuperare il credito degli onorari comporta comunemente la richiesta del pagamento anticipato dell'onorario previsto per l'intera causa.

Costi amministrativi, di traduzione e trasferta

Non è usuale che i **costi amministrativi** costituiscano un ostacolo all'accesso alla giustizia per cui, nella maggior parte dei Paesi, i diritti e i bolli non hanno un grande rilievo rispetto al costo globale della causa.

Nel definire il budget vanno considerate anche le spese di:

- **traduzione** di tutti i documenti da allegare agli atti (tutto il materiale in lingua straniera va tradotto nella lingua ufficiale del luogo in cui ha sede il tribunale competente)
- **trasferta delle parti e dei loro testimoni** qualora questi siano ammessi o chiamati a deporre
- l'intervento e le trasferte dell'**avvocato italiano** dell'impresa che potrà dare il proprio contributo al collega locale verificando che la strategia legale sia ben impostata.

Pianificare i costi dell'arbitrato internazionale

Avv. Vartui Kurkdjian

L'arbitrato si presta bene a risolvere agevolmente le controversie commerciali internazionali e, con i dovuti accorgimenti, potrebbe costare meno di una causa di tribunale anche per controversie di modesto valore.

Va innanzitutto ricordato che l'arbitrato può essere indispensabile per **ottenere l'esecuzione della sentenza all'estero** qualora manchino trattati o convenzioni che permettano di eseguire sentenze italiane nel Paese della controparte.

All'arbitrato si rimprovera spesso di avere costi proibitivi, considerata la necessità di **remunerare gli arbitri oltre agli avvocati**. Tuttavia, a fronte del costo degli arbitri, in questo procedimento vi è **un solo grado di giudizio**, con un risparmio considerevole sugli onorari degli avvocati nel caso, quasi sempre inevitabile dopo una causa in tribunale, che si ricorra a un giudizio d'appello.

Il lodo infatti normalmente non è soggetto all'appello, ma può essere solo impugnato in alcuni casi, peraltro infrequenti (mancanza della firma, della motivazione, della data, comprovata corruzione dell'arbitro...).

Arbitro unico o collegio?

Un primo stratagemma per risparmiare più della metà del costo dell'arbitrato si potrà avere concordando di far decidere la controversia da un arbitro unico (nominato da un'istituzione o dal presidente del tribunale a garanzia della totale neutralità dell'arbitro) **anziché da un collegio di tre arbitri**.

Un collegio di tre arbitri, infatti, in base a quasi tutti i tariffari costa il 250% in più del procedimento con arbitro unico.

Ad esempio, scorrendo il **tariffario italiano** per gli avvocati che svolgano il ruolo di arbitri, si potrà infatti osservare che, per una causa del valore di 500.000 Euro, il costo per un arbitro unico varia circa tra i 10.000 e i 20.000 Euro. Lo stesso caso risolto da un collegio di tre arbitri ha un costo che varia circa dai 18.000 ai 46.000 Euro.

Il tariffario della **Camera Arbitrale di Milano** ha ripreso tali criteri, ma si dovranno aggiungere al conto le **spese amministrative** (5.000 Euro) che permettono di fruire del servizio di sala udienze, segreteria, nomina degli arbitri, archivio dei fascicoli, verifica del rispetto dei termini e interventi a tutela della neutralità del procedimento.

Onorario arbitri e tariffari camere arbitrali europee

La differenza tra minimi e massimi tariffari è data dalla difficoltà del caso, che può avere comportato per l'arbitro una molteplicità di udienze, l'acquisizione di prove, viaggi finalizzati all'attività istruttoria, lodi parziali in corso di procedimento...

In linea di principio gli onorari degli arbitri sono calcolati in **percentuale sul valore della domanda**, ma sono decrescenti e spesso passano, per un arbitro unico:

- dal 3% sui valori più bassi
- sino allo 0,2 - 0,3% quando il valore supera lo scaglione dei 5 milioni di Euro.

Un aspetto da non trascurare riguarda **l'anticipo dei costi**, richiesto in genere all'inizio del procedimento. In caso di contumacia della controparte, la parte che ha presentato la domanda di arbitrato dovrà anticipare anche i costi della controparte che non vi provveda, altrimenti il procedimento si paralizza.

Le camere arbitrali offrono vari **servizi a supporto del procedimento** (regolamento di procedura, sala udienze e servizi di segreteria) e garantiscono l'applicazione del loro tariffario, con ciò impedendo agli arbitri di stabilire direttamente la propria parcella.

Il costo per il **servizio svolto da una camera arbitrale**, escluse le parcelle degli arbitri, ha un valore che varia **dai 400 ai 5.000 Euro**, ma può salire di molto soprattutto quando il valore della causa è elevato.

Confrontiamo i tariffari di alcune camere arbitrali nel caso di un arbitrato del valore **fino a 1.000.000 di Euro**:

- Camera di Commercio Internazionale 19.500 Euro
- Centro arbitrale presso la Camera di Commercio di Stoccolma 13.900 Euro
- Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano 8.000 Euro.

Questo esempio dimostra che può essere molto utile confrontare il tariffario di più istituzioni arbitrali (che godano di stima a livello internazionale). Anche se, chiaramente, **la scelta non deve essere influenzata solo da considerazioni economiche** posto che vi sono molte ragioni per preferire una camera arbitrale.

In Europa le principali Camere arbitrali hanno costi che possono variare molto in base all'istituzione prescelta.

Di sicuro interesse sono i tariffari della Camera Arbitrale di **Vienna** e del Centro arbitrale di **Stoccolma**, entrambe presso le rispettive camere di commercio. Esse sono particolarmente ambite dagli operatori dei Paesi dell'Est Europa e dai cinesi, e rappresentano una soluzione affidabile quando la controparte straniera non accetta di sottoporre le eventuali controversie all'arbitrato amministrato dalla camera arbitrale milanese o da altra camera arbitrale italiana idonea a gestire un arbitrato internazionale.

Per un caso del valore di 500.000 Euro la Camera di Vienna prevede un **costo amministrativo di 7.500 Euro** a cui si aggiungono 16.500 Euro se le parti hanno convenuto di incaricare un arbitro unico.

La **London Court of International Arbitration** ha una tariffa oraria che non deve superare **350 sterline all'ora** per ogni arbitro, ma si deve prevedere che a consuntivo raramente si contabilizzano meno di 100 ore. Essa prevede inoltre un compenso per il personale paralegale e di segreteria che va da 100 a 200 sterline all'ora oltre a vari diritti di segreteria per registrazione e nomina di arbitri, assistenza alle udienze, ecc.

La **Camera di Commercio Internazionale** per un caso del valore di 500.000 Euro prevede un costo medio di 32.000 Euro circa per un arbitro unico, e di 74.000 per il collegio di tre arbitri, inclusi i diritti amministrativi.

In **Russia** l'arbitrato amministrato da un'istituzione arbitrale privata e indipendente è gestito dalla Camera arbitrale presso la Camera di Commercio e Industria di **Mosca** (da non confondersi con le corti arbitrali statali) e prevede dei costi in linea con i valori medi europei.

Procedimenti brevi

Anche se il valore della causa è modesto, oppure se non vi sono molti punti da discutere, è possibile ricorrere all'arbitrato senza spendere troppo.

Alcune camere arbitrali hanno infatti previsto appositi procedimenti brevi con:

- un arbitro unico
- una o due udienze.

Il centro arbitrale presso la Camera di Commercio di **Stoccolma** prevede un Expedited Arbitration che, con un solo arbitro, porta i costi al 40% del corrispondente procedimento ordinario.

La **Camera di Milano** prevede un costo, per controversie sino a 25.000 Euro con un arbitro unico, che va da 600 a 1500 Euro a cui si aggiungono 400 Euro di spese amministrative.

Un modo decisamente rapido, affidabile ed economico per risolvere le controversie commerciali anche se di modesto valore.

Risoluzione on line

Da non trascurare infine i procedimenti di risoluzione on line delle controversie, generalmente legate all'e-commerce.

Oltre a **Risolvionline.it** della Camera Arbitrale di Milano, esistono procedimenti di questo tipo gestiti dall'americana AAA e, da settembre 2009, anche dalla CIETAC, principale camera arbitrale cinese. Quest'ultima per la gestione degli arbitrati prevede costi inferiori a quelli delle principali camere arbitrali europee, ma vi sono altri aspetti che dovrebbero essere attentamente valutati prima di effettuare questa scelta.

Attenzione alle "false" clausole di riservatezza

Da tempo circolano clausole di riservatezza attribuite falsamente alla International Chamber of Commerce (ICC). Ecco un esempio: "ICC Non-circumvention / non-disclosure agreement and working agreement". Tali clausole non hanno valore giuridico e non offrono protezione.

La clausola autentica di "Non-circumvention and Non-disclosure agreement" è contenuta nella **pubblicazione n. 619** che prevede l'impegno delle parti, in un contratto di intermediazione occasionale, a non divulgare le informazioni confidenziali di cui possono venire a conoscenza durante la trattativa.

La ICC ha redatto anche l'ICC Model Confidentiality Agreement (**Pubblicazione n. 664**), un modello di accordo di riservatezza contenente un'apposita clausola tipo che può essere applicata a vari tipi di contratto.

Informazioni: www.cciitalia.org

Il nuovo Codice Doganale Comunitario

Alessandro Lomaglio

Il Reg. (CE) n. 450/2008 del 23 aprile 2008 – pubblicato sulla G. U. L 145 del 4 giugno 2008 - ha adottato il nuovo Codice Doganale Comunitario abrogando quello emanato con Reg. (CEE) n. 2913/1992. Il nuovo Codice si compone di 188 articoli rispetto ai 253 del precedente.

Riportiamo alcune delle nuove disposizioni destinate a ristrutturare il rapporto doganale con l'utilizzo delle **procedure informatiche**.

Art 2: ruolo delle autorità doganali

La dogana, il cui ruolo era disperso in varie disposizioni, trova ora la sua definizione nell'Art. 2. L'amministrazione competente in materia doganale ha la responsabilità istituzionale della **supervisione sugli scambi** dei beni dell'Unione Europea, al fine di:

- realizzare il commercio libero e legittimo contrastando le pratiche sleali e illegali
- attuare gli aspetti esterni del mercato comunitario e delle altre politiche comunitarie riguardanti il commercio
- garantire la sicurezza dell'intera catena logistica e la tutela dell'ambiente
- aggiornare costantemente i sistemi elettronici per lo scambio delle informazioni tra gli uffici doganali
- perseguire un adeguato equilibrio tra le agevolazioni riconosciute agli operatori negli scambi legittimi dei beni e le esigenze di verifica della dogana, riducendo gli ostacoli e le spese.

Alla dogana, oltre alla tradizionale funzione della riscossione dei dazi e dei tributi nazionali e di controllo sulle merci, è demandata l'applicazione di **misure non tariffarie** in tema di sicurezza dei prodotti, di lotta alla contraffazione e al riciclaggio del denaro, al traffico degli stupefacenti e delle armi, nonché di misure in materia di igiene, salute, ambiente e tutela dei consumatori.

Art. 5: scambio e archiviazione dei dati

Per realizzare i nuovi compiti affidati la dogana deve poter contare su uno scambio rapido di dati, documenti, decisioni, notifiche fra gli uffici, anche di Stati diversi, e fra questi e gli operatori me-

dante i procedimenti informatici, come già avviene per le esportazioni nel **sistema AES**.

Le autorità doganali mettono a disposizione di chiunque, in previsione di operazioni commerciali, la normativa doganale, le decisioni amministrative generali, i moduli di domanda, anche via internet. Solo il malfunzionamento del sistema di una o di entrambe le parti del rapporto può interrompere il dialogo e consentire il ricorso ai supporti cartacei.

Art. 11: rappresentante doganale

L'art. 4 - punto 6 - del nuovo CDC definisce rappresentante doganale qualsiasi persona, nominata da un altro, affinché la rappresenti presso le autorità doganali per l'espletamento di atti e formalità previsti dalla normativa in materia. Il successivo Art. 11 conferma la dicotomia tra:

- rappresentanza diretta, esercitata in nome e per conto di altra persona
- rappresentanza indiretta esercitata in nome proprio, ma per conto di altra persona.

Gli Stati membri possono fissare, conformemente al diritto comunitario, le condizioni in base alle quali il rappresentante doganale può prestare servizi nello Stato membro in cui è stabilito, **senza far riferimento al doganalista, come in precedenza**.

Il soggetto, che intende esercitare la rappresentanza fuori del proprio Stato, deve soddisfare determinate condizioni e ottenere lo status di **Operatore Economico Autorizzato (OEA)**, disciplinato dall'Art. 13, la cui autorizzazione è considerata una certificazione di qualità e di affidabilità, valida su tutto il territorio comunitario.

In tal modo l'istituto è sottratto alla legislazione degli Stati membri, che hanno visto limitata la facoltà di concedere la rappresentanza in dogana – diretta e indiretta – a una determinata categoria di professionisti. La riforma si è resa necessaria per non ostacolare il mercato interno e per garantire il libero esercizio nella fornitura dei servizi.

Art. 16: applicazione della normativa doganale

Art. 20: informazioni vincolanti

Sono state rimodulate le procedure relative alle decisioni in materia doganale. Ad ogni soggetto interessato viene riconosciuto il diritto di essere sentito prima dell'emissione di un provvedimento sfavorevole. È una **specie di interpello**, disciplinato da norme uniformi su tutto il territorio doganale comunitario.

Tra le decisioni menzionate a parte meritano le informazioni vincolanti, **tariffarie (ITV) e d'origine (IVO)**, la cui applicazione è divenuta obbligatoria per il destinatario e la dogana, in precedenza unica obbligata. Il termine di validità per entrambe le tipologie è di **tre anni**, mentre in precedenza era diversificato: sei anni per le ITV e tre anni per le IVO.

Art. 21: sanzioni

In caso di violazioni della normativa comunitaria ciascun Stato membro può applicare le sanzioni sotto forma di un onere pecuniario oppure di revoca, sospensione o modifica di qualsiasi autorizzazione nei confronti del trasgressore. Si è tuttavia **ben lontani da un sistema sanzionatorio armonizzato** a livello comunitario.

Art. 22: decisioni prese da un'autorità giudiziaria

Art. 24: sospensione dell'applicazione

I due articoli (già inseriti nel codice precedente, rispettivamente, negli artt. 246 e 244) concernono i **ricorsi** che qualsiasi persona, direttamente e individualmente interessata, può proporre avverso una decisione emessa dall'autorità doganale nelle materie di competenza.

La procedura non trova applicazione, se l'annullamento, la revoca o la modifica dell'autorizzazione derivano da provvedimenti in materia doganale adottati dall'autorità giudiziaria o dalla stessa autorità doganale in veste di autorità giudiziaria.

Il ricorso va presentato alle autorità dello Stato membro che ha emesso la decisione e la sua presentazione non sospende l'applicazione del provvedimento impugnato, tranne che sia ritenuto concretamente infondato ovvero la sospensione possa arrecare un danno irreparabile all'interessato. Se è previsto il pagamento di diritti, il soggetto deve garantirli, a meno che non dimostri che da ciò gli possano derivare gravi difficoltà economiche.

Art. 25: controlli doganali

Art. 28: voli e traversate marittime intracomunitari

La dogana effettua i controlli di competenza **tutte le volte che li ritiene necessari** e che si concretizzano in una serie di operazioni: visita delle merci, prelievo di campioni per analisi, esame dei dati delle dichiarazioni, verifica della regolarità e dell'autenticità dei documenti, controllo delle scritture e della contabilità degli operatori, dei mezzi di trasporto, dei bagagli dei viaggiatori.

Le nuove disposizioni fondano i controlli sull'analisi dei rischi, gestita non più a livello nazionale, ma comunitario con lo **scambio delle informazioni in tempo reale** fra le autorità doganali degli Stati membri mediante il sistema telematico.

L'altra novità riguarda l'istituzione dello **sportello unico**, introdotto dall'art. 26, che consente di effettuare sulle merci presentate in dogana **controlli diversi da quelli doganali** da parte di autorità non doganali contemporaneamente e nello stesso luogo dove opera la dogana, evitando spostamenti di merci, perdite di tempo, aggravii di spese.

L'Art 28, non presente nel precedente codice, introduce l'altra novità sui controlli ai **bagagli**

a mano e a quelli registrati in occasione di voli o traversate marittime intracomunitari, da eseguire soltanto se previsti dalla normativa doganale, senza pregiudizio dei controlli di sicurezza e di quelli connessi con i divieti o con altre restrizioni di politica commerciale.

Art. 36: acquisizione dell'origine

Il nuovo CDC definisce originarie di un paese le merci ivi interamente ottenute, come in passato, e quelle ottenute dalla lavorazione di materiali di altri paesi, dando rilevanza soltanto al paese dove è avvenuta l'ultima trasformazione sostanziale, unica condizione, con esclusione di altre previsioni. Le **disposizioni non indicano i criteri da applicare**, ma li rimanda all'emanazione delle disposizioni di applicazione, necessarie per evitare contrasti di interpretazione.

Art. 40: valore in dogana delle merci – Art. 43: misure di attuazione

Il nuovo codice ha confermato il criterio che il valore in dogana è quello di transazione, cioè il **prezzo effettivamente pagato o da pagare** per merci vendute per l'esportazione verso il territorio doganale comunitario.

Sono ripresi anche i metodi sostitutivi per la sua determinazione, ma l'assetto si presenta più snello e semplificato e non ripropone l'elenco degli elementi delle spese da aggiungere o da sottrarre per definire il valore imponibile in dogana. Questo aspetto richiede un'adeguata valutazione in attesa dell'emanazione delle disposizioni di applicazione del codice.

Art. 106: sdoganamento centralizzato

Un istituto del tutto nuovo è il cosiddetto sdoganamento centralizzato, che consente all'operatore, che ne faccia richiesta, di essere **autorizzato a**:

- dichiarare in dogana in via telematica il regime doganale delle merci
- assolvere i tributi presso la dogana del luogo dove è stabilito
- presentare fisicamente le merci, oggetto della dichiarazione, presso altra dogana comunitaria.

Si tratta di uno **sdoganamento a distanza**, che presuppone la piena realizzazione del progetto e-customs, purché eventuali inadeguatezze informatiche da parte di un singolo Stato membro non provochino difformità applicative o addirittura disapplicazioni.

In breve, **l'obbligazione doganale sorge presso la dogana dove è stata depositata la dichiarazione**, che procede all'espletamento delle formalità di registrazione e dei controlli, all'analisi dei rischi, allo scambio elettronico delle informazioni con le altre dogane e uffici interessati nell'ambito dello sportello unico, al recupero dei diritti e, al termine, consente lo sdoganamento.

Il nuovo istituto può essere considerato una dichiarazione domiciliata, subordinata a determinate condizioni.

Art. 135: regimi speciali

Altra novità di rilievo è la rivisitazione dei **regimi doganali**, denominati **speciali**, che risultano semplificati e ridefiniti con nuovi criteri di accertamento in passato poco evidenziati, in relazione all'obbligazione doganale. Le modifiche riguardano l'abolizione:

- della distinzione tra deposito franco e zona franca
- delle zone franche non intercluse
- della zona franca come destinazione doganale, inserita ora tra i regimi doganali speciali, per cui le merci sono sottoposte ai controlli sia all'entrata che all'uscita
- del perfezionamento attivo con il sistema del rimborso
- della trasformazione sotto controllo doganale, fusa col perfezionamento attivo - sistema della sospensione.

Inoltre i regimi doganali passano a quattro (rispetto agli otto precedenti):

- transito interno ed esterno
- deposito (custodia temporanea, deposito doganale, zone franche)
- uso particolare, comprendente l'ammissione temporanea e l'uso finale
- perfezionamento attivo - sistema della sospensione con l'inclusione della trasformazione sotto controllo doganale non più considerata, e il perfezionamento passivo.

Nuove modalità operative di esportazione e transito

Alessandro Lomaglio

Dal 1° luglio 2009 è obbligatorio presentare in dogana per via telematica le dichiarazioni di esportazione, di esportazione abbinata al transito, di transito e del carnet TIR, in procedura ordinaria e di domiciliazione, per l'assolvimento delle formalità doganali.

Oltre all'obbligo dell'invio di tali dichiarazioni in formato elettronico, l'altra novità consiste nella loro compilazione con i **dati/sicurezza**, indicati nell'Allegato 30 bis al Reg. (CEE) n. 2454/1993, che vanno riportati **anche nelle dichiarazioni di transito in uscita**.

In questo modo è completata:

- la seconda fase dell'ECS (esportazione)
- la quarta fase dell'NTCS (transito).

Resta facoltativa, fino al 31 dicembre 2010, soltanto la presentazione delle **dichiarazioni sommarie di entrata e di uscita**.

Nell'ambito delle attività previste dal progetto MASP e ai fini della creazione in dogana di un ambiente paper less (Direttiva 70/2008/CE) hanno trovato applicazione anche le procedure informatizzate relative alla **presentazione in dogana delle spedizioni in regime TIR** (carnet TIR).

Per rendere operative le nuove procedure occorre:

- inviare il messaggio ET
- compilare i formulari dei documenti di accompagnamento, introdotti dal **Reg. (CE) n. 414/2009** al fine di sottoporre a controlli mirati le dichiarazioni doganali mediante l'analisi dei rischi, che viene svolta a livello centrale in via automatica, fermo restando che può essere integrata a livello locale.

All'atto della presentazione in dogana delle dichiarazioni e dopo il controllo generale automatizzato, permessa la loro ammissibilità, il sistema attribuisce il **numero progressivo di registrazione e l'MRN**, entrambi notificati all'interessato.

I controlli: automatizzato, scanner, documentale e visita merci

Successivamente all'accettazione, il sistema seleziona in via automatica uno dei seguenti tipi di controllo:

- CA (**controllo automatizzato**), in forza del quale le merci non sono sottoposte a ulteriori controlli e vengono immediatamente svincolate da parte della dogana di esportazione
- CS (controllo **scanner**), che opera solo in caso di presentazione in procedura ordinaria della dichiarazione alla dogana, purché sia dotata della necessaria apparecchiatura. In caso di procedura di domiciliazione è l'ufficio di uscita nazionale delle merci che procederà al relativo controllo su segnalazione telematica da parte della dogana di esportazione
- CD (controllo **documentale**) o VM (**visita merci**), in base ai quali le merci vengono svincolate soltanto dopo l'esito dei controlli.

In caso di procedura ordinaria, i controlli sono eseguiti con merce presente in dogana. In caso di procedura di domiciliazione, la dogana notifica all'operatore l'esito del controllo mediante il **messaggio "non svincolabile"**, con l'avvertenza di attendere ulteriori disposizioni.

Messaggio ET e codice Eori

L'Agenzia delle Dogane:

- ha aggiornato il Manuale per l'Utente, nel quale sono riportati i tracciati in ambiente di addestramento del messaggio ET (che sostituisce i messaggi B3 e UX) e consente **l'invio delle dichiarazioni complete dei dati sulla sicurezza** di cui all'Allegato 30 bis DAC

- ha concesso (tenuto conto che i dati sulla sicurezza non sono allo stato obbligatori nel dominio comunitario) una **proroga** per un limitato periodo della data di entrata in vigore delle procedure, per cui **è ancora possibile utilizzare** nella terza suddivisione della casella 1 del DAU (tipo di spedizione) **i messaggi B3 e UX**
- ha avviato una **verifica per la corretta attribuzione del codice EORI**, in vigore dal 1° luglio, ai soggetti nazionali, a cominciare da coloro che risultano iscritti in albi professionali.

Attestazioni di uscita da parte dell'ufficio di esportazione

L'ufficio di esportazione, che autorizza lo svincolo delle merci, consegna all'interessato il documento di accompagnamento dell'esportazione (**DAE**) e trasmette mediante il messaggio di esportazione, **integrato con i dati sulla sicurezza**, all'ufficio doganale di uscita indicato nella casella 29 del DAU, gli estremi dell'operazione.

Questo ufficio, previsto o effettivo, se l'itinerario ha subito dei cambiamenti, dopo aver verificato la corrispondenza delle merci alla dichiarazione, accerta l'uscita fisica delle merci dal territorio doganale della Comunità e, al più tardi il primo giorno lavorativo successivo, trasmette il **messaggio "risultati di uscita"** all'ufficio doganale di esportazione, il quale procede ad annotare conformemente la bolletta, rendendola in tal modo valida sia ai fini doganali che fiscali, e considera appurata l'operazione.

Presentazione telematica delle dichiarazioni

In procedura ordinaria, la presentazione delle dichiarazioni di esportazione, di esportazione abbinata al transito, di transito e del carnet TIR avviene, come accennato, mediante l'invio del messaggio ET, munito di firma digitale e redatto secondo le istruzioni del Manuale per l'Utente.

L'accettazione delle dichiarazioni presentate in via telematica è notificata al dichiarante mediante l'invio di un unico messaggio contenente il numero progressivo di registrazione meccanografica e l'**MRN (Movement Reference Number)**, i cui estremi vanno riportati, nella casella in alto a destra, sui seguenti formulari disposti dal Reg. (CE) n. 414/2009 e allegati alle DAC:

- per l'esportazione/sicurezza e, se ricorre il caso, l'elenco articoli, sui rispettivi DAU, i cui tracciati sono indicati rispettivamente negli allegati 45 duodecies (DES) e 45 terdecies (EADES)
- per le operazioni di transito/sicurezza e, se ricorre il caso, l'elenco articoli, sui rispettivi DAU, i cui tracciati sono indicati rispettivamente negli allegati 45 decies (DS) e 45 undecies (EAS)
- per le operazioni di transito senza i dati/sicurezza sul DAU.

È cura dell'operatore presentare tali formulari, debitamente compilati, all'ufficio di esportazione/ di partenza con la documentazione necessaria, da produrre a sostegno dell'operazione.

Per le **procedure di domiciliazione/semplificate** la presentazione delle dichiarazioni avviene in modo analogo con l'invio del messaggio ET. Sono stati aboliti il preavviso della spedizione e la copia cartacea della dichiarazione complementare.

L'accettazione della dichiarazione è notificata dalla dogana al dichiarante con l'invio del numero di registrazione e l'MRN, oppure mediante l'invio di due esiti:

- il primo col numero di registrazione e l'MRN
- il secondo con l'esito del controllo automatico dal sistema per l'analisi dei rischi.

Restano comunque immutate le modalità di stampa degli esemplari **3a e 3b del DAU** nei casi in cui sono richiesti.

Operazioni di esportazione e di transito in ambito ECS e NTCS

Le **dichiarazioni doganali di esportazione** presentate in forma elettronica con i dati sulla sicurezza debbono essere trasmesse, a seconda del mezzo di trasporto, **entro il tempo stabilito dall'art. 592 ter DAC** allo scopo di consentire l'analisi dei rischi e porre in essere, di conseguenza, i controlli appropriati.

Operazioni in procedura ordinaria

- Il sistema a fronte di ogni operazione fornisce gli estremi della presa in carico nel relativo registro meccanografico e l'MRN
- l'ufficio doganale di partenza attraverso la funzione "richiesta esito C.D.C." in corrispondenza dell'MRN, riceve l'esito del controllo che, se risulta CA (controllo automatizzato), è notificato all'operatore e l'ufficio procede immediatamente allo svincolo delle merci e alla stampa del DAE/Sicurezza, che munito di timbro e firma del funzionario, è consegnato al dichiarante. In caso di controllo di tipo diverso lo svincolo rimane sospeso fino alla conclusione del controllo.

Operazioni in procedura di domiciliazione/semplificata

Gli adempimenti connessi all'esemplare 3 del DAU vanno riferiti al DAE o al DAT, la cui stampa è fatta dallo stesso operatore se la risposta dell'esito del controllo è stato "svincolabile".

Se l'esito del controllo è "**non svincolabile**", il sistema trasmette all'operatore i documenti di accompagnamento previsti soltanto dopo che il funzionario addetto al controllo ha proceduto:

- alla registrazione dell'esito del controllo
- alla rettifica della dichiarazione
- al rilascio dell'operazione con il messaggio "STRADA" per quelle di transito e "AES" per quelle di esportazione.

Per le **dichiarazioni di transito** è necessario che tra la dogana e l'obbligato principale si svolga uno scambio di informazioni sia per appurare l'operazione sia per attivare le procedure di ricerca, come allo stesso modo avviene tra gli uffici interessati: dogana di partenza, dogana di destinazione e dogana di passaggio. Sostanzialmente le modalità di appuramento delle procedure di transito non si discostano, *mutatis mutandis*, da quelle dell'esportazione.

Procedura di soccorso (malfunzionamento sistemi informatici)

In caso di malfunzionamento dei sistemi informatici della dogana o dell'operatore o di entrambi, va fatto ricorso alla **procedura cartacea** per la presentazione delle dichiarazioni, sulle cui copie deve essere fatto esplicito riferimento mediante un apposito **timbro di fall-back**.

Se il malfunzionamento riguarda soltanto il sistema dell'operatore, questi può presentare la dichiarazione in forma cartacea con i dati preventivamente registrati su supporto informatico nel rispetto del tracciato ET.

Se l'interruzione dell'applicazione "STRADA" (Sistema Transito Doganale Automatizzato) o "AES" impedisce, rispettivamente, l'invio dei messaggi "notifica di arrivo" o "esito del controllo" per le operazioni di transito, ovvero dei messaggi "risultati di uscita" per le operazioni di esportazione, gli uffici di destinazione o di uscita annotano il risultato del controllo sul DAT oppure il risultato di uscita sul DAE. Alla ripresa del sistema saranno attivate le funzionalità di "STRADA" e di "AES" per registrare a sistema le informazioni riportate in precedenza sul DAT o sul DAE.

Trasferimenti infragruppo: risvolti doganali e fiscali

Pier Paolo Ghetti e Paolo Spagnol

I trasferimenti infragruppo possono essere strumentalizzati al fine di spostare, ad libitum, "materia imponibile" da un luogo a un altro. Analizziamo come si costruiscono, negli scambi di merci tra imprese di un gruppo multinazionale residenti in Paesi diversi, il "valore ai fini doganali" e il "prezzo di trasferimento".

Il processo di integrazione dell'economia mondiale e la liberalizzazione degli scambi commerciali ha portato tanto all'affermazione delle multinazionali quanto all'internazionalizzazione delle imprese di più piccole dimensioni.

Proprio in tale contesto "globalizzato", **si sono sviluppate alcune problematiche fiscali e doganali concernenti i trasferimenti infragruppo**, *i.e.* quegli scambi (di natura sia commerciale che finanziaria) tra imprese correlate che, a livello di gruppo, implicano un trasferimento interno di valori (cessioni di beni o prestazioni di servizi; accordi di ripartizione dei costi o *cost-sharing* agreement; accordi di "service" infragruppo; finanziamenti infragruppo).

Il prezzo di trasferimento secondo le linee guida OCSE, cenni

Il timore di un'allocazione di reddito finalizzata al **risparmio fiscale** e il preciso intento di evitare una **doppia imposizione** a livello mondiale hanno portato alla definizione di regole comuni volte alla determinazione di un valore - o meglio, un range di valori (il *transfer pricing* non è una scienza esatta) - delle singole transazioni tra due parti appartenenti al medesimo soggetto economico.

Il prezzo della transazione potrebbe non riflettere le condizioni di mercato perché tra due parti correlate, in genere, l'interesse è quello di massimizzare il profitto a livello di gruppo. Per tale ragione, sia a livello internazionale che a livello interno, gli Stati si sono preoccupati di definire **il valore normale della transazione** al di sotto del quale le autorità fiscali sono legittimate a contestarne la congruità.

A livello internazionale, gli Stati membri dell'OCSE hanno deciso di adottare, nei singoli trattati contro le doppie imposizioni, il cosiddetto *arm's length principle*¹ o **principio di libera concorrenza**. La descrizione di tale principio, previsto all'articolo 9 par. 1 del modello di convenzione OCSE, è contenuta nei paragrafi da 1.6 a 1.12 delle *guidelines OCSE sui prezzi di trasferimento*. Il riconoscimento di queste ultime, peraltro, è confermato (nel nostro Paese) e dalla loro traduzione italiana a cura del Ministero delle Finanze (ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato) e dal riferimento che ad esse viene fatto in recenti sentenze della Cassazione.

Le fasi attraverso le quali si sviluppano lo studio e la determinazione del prezzo di libera concorrenza (*at arm's length*) sono articolate e decisamente complesse nella loro applicazione pratica. L'attuazione dell'*arm's length principle* si basa innanzitutto sulla **comparazione** della transazione controllata **con le transazioni realizzate da imprese indipendenti**². Ovviamente le diverse transazioni poste a confronto devono essere comparabili: a tal fine, in base sia alla tipologia dell'operazione in analisi sia al metodo di determinazione del prezzo di libera concorrenza, le *guidelines* OCSE individuano alcuni fattori che influiscono sul grado di comparabilità delle operazioni. Tra questi, è di notevole importanza **l'analisi funzionale**: il profitto originato dalle operazioni viene altresì suddiviso in base al ruolo concretamente svolto dall'impresa (in termini di funzioni, rischi assunti e capitale impiegato).

Individuato il ruolo svolto dall'impresa in analisi, la fase successiva consiste nella scelta del metodo (e poi del criterio) di determinazione del prezzo di trasferimento *at arm's length*.

I metodi previsti dalle *guidelines* OCSE non sono esaustivi. Il contribuente, infatti, potrà utilizzarne altri (anche congiuntamente) purché forniscano la migliore valutazione circa il prezzo di libera concorrenza.

¹ "[When] conditions are made or imposed between ... two [associated] enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly."

² Le *guidelines* OCSE consentono, in alcuni casi, l'utilizzo sia di un confronto interno (impresa in analisi - impresa indipendente) sia di un confronto esterno (transazioni tra imprese indipendenti).

Le guidelines OCSE suddividono i metodi in due categorie:

- i metodi tradizionali basati sul prezzo della transazione (metodo del confronto del prezzo, del prezzo di rivendita, del costo maggiorato);
- i metodi alternativi che prendono in considerazione, invece, l'utile generato nelle transazioni controllate.

1. Metodi tradizionali

Metodo del confronto del prezzo o CUP (*comparable uncontrolled price method*).

Il CUP costituisce "l'espressione più tipica dell'*arm's length principle*" e consiste nel comparare il prezzo della transazione controllata con il prezzo applicato (in circostanze simili) in transazioni comparabili indipendenti.

Tale confronto, tuttavia, non è di agevole attuazione a causa soprattutto della difficoltà di reperire transazioni simili. Allorché l'effetto di tali differenze non possa essere rimosso con gli opportuni aggiustamenti occorre ricorrere all'utilizzo degli altri metodi, di seguito brevemente descritti.

Metodo del prezzo di rivendita (*resale price method*)

Questo metodo si basa sul prezzo al quale il prodotto, acquistato dall'impresa nella transazione controllata, è rivenduto ad un'impresa indipendente. Tale prezzo **viene successivamente ridotto** di un adeguato margine lordo (o *resale price margin*) a mezzo del quale il rivenditore intenderebbe coprire le spese di vendita, altre spese di gestione e - in base alle funzioni esercitate, ai rischi assunti ed alle risorse impiegate - realizzare un utile adeguato. Ciò che residua, anche a seguito di aggiustamenti per tener conto di altri costi "collegati" all'acquisto del prodotto, può considerarsi un prezzo *at arm's length*.

Metodo del costo maggiorato (*cost plus method*)

Questo metodo parte dai costi sostenuti dal fornitore di un bene o di un servizio nel corso di una transazione tra imprese correlate. Successivamente **viene aggiunto** un adeguato *mark-up* tale da remunerare le funzioni svolte dall'impresa in analisi (avendo riguardo dei rischi assunti e delle risorse impiegate) e prendendo in considerazione le condizioni di mercato. La somma dei predetti costi e del *cost plus mark up* può considerarsi un prezzo *at arm's length* relativamente alla transazione controllata.

2. Metodi alternativi

I metodi alternativi basati sulla **comparazione dell'utile della transazione** (*transactional profit methods*), secondo le direttive OCSE del 1995, possono essere utilizzati nei casi in cui la complessità della reale attività d'impresa crea difficoltà nei modi di applicazione dei metodi tradizionali ovvero, a loro supporto, quale ulteriore verifica della bontà della stima del prezzo di libera concorrenza calcolato applicando uno dei metodi tradizionali. Nella pratica, vi è un largo uso di tali metodi, tanto che una rivalutazione del loro ruolo è al vaglio dell'OCSE. I metodi cosiddetti alternativi sono: il metodo della ripartizione degli utili e il metodo dei margini netti della transazione.

Metodo della ripartizione degli utili (*profit split method*)

Questo metodo considera il profitto che le imprese associate realizzano complessivamente in una transazione. Tale profitto, sulla base di un fondamento economicamente valido, dev'essere in seguito ripartito (in base alle funzioni svolte, i rischi assunti e i beni impiegati) tra le imprese stesse in modo tale da avvicinarsi quanto più possibile all'utile che imprese indipendenti avrebbero dovuto realizzare in transazioni similari.

Metodo dei margini netti della transazione (*transactional net margin method*)

In questo metodo viene analizzato il margine dell'utile netto (relativo ad una base adeguata) che l'impresa in analisi realizza da una transazione controllata. Viene richiesta, in particolare, un'analisi funzionale dell'impresa associata (e di quella indipendente, nel caso si utilizzi un confronto esterno) per determinare la comparabilità delle transazioni ed eventualmente gli aggiustamenti che si rendano necessari al fine di livellare le differenze riscontrate ed ottenere risultati attendibili.

Una volta scelto il metodo (ed il relativo criterio), la sua applicazione pratica permette di giungere alla determinazione del prezzo di libera concorrenza da porre a **confronto con il prezzo applicato nella transazione controllata al fine di verificarne la congruità**.

Nel caso in cui quest'ultimo non rispetti il principio di libera concorrenza e sottragga quindi reddito nello Stato di residenza dell'impresa in analisi, l'Amministrazione finanziaria, in sede d'accertamento, andrà ad apportare una variazione in aumento del reddito per tener conto del valore normale della transazione così determinato.

Aspetti doganali degli scambi internazionali fra imprese collegate

Le transazioni mercantili internazionali poste in essere da imprese tra le quali sussiste un legame di tipo societario vengono gestite, sotto il profilo operativo, in maniera del tutto simile a quanto avviene fra soggetti indipendenti. Per tali transazioni è pertanto previsto un **duplice momento doganale**:

- la dichiarazione doganale di esportazione nel paese della società cedente/esportatrice
- la dichiarazione doganale di importazione nel paese della società cessionaria/importatrice.

Particolare rilievo assume **l'operazione di importazione** nel paese di destinazione delle merci; ivi dovranno, infatti, essere liquidati i diritti doganali di importazione sulla base degli elementi essenziali dell'accertamento: la quantità, la qualità, l'origine e il valore delle merci presentate in dogana.

- **La quantità** dei beni ha rilievo nel caso in cui alla merce sia applicato un dazio specifico (dazio calcolato in base al peso, al volume o al numero di unità di merce da importare) o un dazio misto (dazio calcolato in parte in base al quantum, in parte in base al valore). Non ha invece impatto nel caso in cui il dazio applicato sia un dazio ad valorem (dazio espresso in percentuale sul valore doganale). Rimane comunque determinante l'accertamento della quantità di merce oggetto dell'importazione nel caso in cui la dogana ritenesse non accettabile il valore riportato nella documentazione commerciale e procedesse quindi a costruire il valore normale anche sulla base della verifica della quantità di merce oggetto della spedizione.

- **La qualità** dei beni da importare è un elemento decisivo dell'accertamento, poiché da essa discende la classificazione doganale e la conseguente imposizione daziaria secondo la tariffa doganale del paese importatore.
- **L'origine** può avere un forte impatto sul dazio applicabile sia nella sua declinazione non preferenziale, sia in quella preferenziale. Sulla base dell'origine non preferenziale del prodotto (c.d. country of origin) vengono applicate le varie misure di politica commerciale quali: dazi anti-dumping, dazi compensatori, misure di salvaguardia, contingenti e restrizioni. L'origine preferenziale, invece, ha l'effetto di ridurre l'impatto daziario mediante la concessione di "preferenze tariffarie" in virtù di accordi di libero scambio in vigore fra i paesi tra i quali la merce viene scambiata.
- **Il valore** è l'elemento dell'accertamento che più ci interessa nell'analisi del prezzo di trasferimento. È infatti sulla base del valore doganale della merce che viene calcolato il dazio. Pertanto, una variazione in aumento o in diminuzione del prezzo di trasferimento, oltre ad avere l'effetto di spostare base imponibile fra le società del gruppo, ha l'effetto di modificare il valore doganale della merce variando il conseguente impatto daziario.

Il valore ai fini doganali

Nella determinazione del valore ai fini doganali il quadro normativo lascia meno spazio alla discrezionalità rispetto alla determinazione del prezzo di trasferimento ai fini fiscali. L'ordine gerarchico dei metodi da applicare è infatti contenuto nelle norme doganali interne dei paesi appartenenti all'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC/WTO).

Tali norme riprendono puntualmente quanto disposto nell'accordo relativo all'attuazione dell'**articolo VII dell'Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio del 1994** che, all'articolo 1, recita:

"Il valore in dogana delle merci importate è il valore di transazione, ossia il prezzo effettivamente pagato o da pagare per le merci all'atto della vendita per l'esportazione nel paese d'importazione, dopo rettifica secondo quanto disposto dall'articolo 8, a condizione che:

- a) non esistano restrizioni in merito alla cessione o l'utilizzazione delle merci da parte del compratore*
- b) la vendita o il prezzo non siano subordinati a condizioni o prestazioni il cui valore non possa essere determinato in relazione alle merci da valutare*
- c) nessuna parte dei proventi di qualsiasi rivendita, cessione o utilizzazione successiva delle merci da parte del compratore ritorni, direttamente o indirettamente, al venditore*
- d) compratore e venditore non siano collegati o, se lo sono, che il valore di transazione sia accettabile ai fini doganali a norma del paragrafo 2.**

Il valore ai fini doganali, in buona sostanza, altro non è che il prezzo pagato o da pagare per i beni oggetto della dichiarazione di importazione (valore riportato nella documentazione commerciale della compravendita) a patto che siano soddisfatte le condizioni dei paragrafi a-d.

La condizione "d" non può essere soddisfatta allorché il legame esistente fra le parti abbia influenzato il valore di transazione in modo tale che non risulti accettabile dal punto di vista doganale. Infatti, il successivo **paragrafo 2, lettera a), dell'articolo 1** citato, recita:

"Nel determinare se il valore di transazione è accettabile ai fini dell'applicazione del paragrafo 1, il fatto

che compratore e venditore siano collegati ai sensi dell'articolo 15 non costituisce di per sé un motivo sufficiente per considerare inaccettabile il valore di transazione. In tal caso, le circostanze proprie della vendita sono esaminate e il valore di transazione è accettato purché tali legami non abbiano influenzato il prezzo.

*Se, tenuto conto delle informazioni fornite dall'importatore o ottenute da altre fonti, l'amministrazione doganale ha **fondati motivi** di ritenere che detti legami abbiano influenzato il prezzo, essa comunica tali motivi all'importatore, fornendogli una ragionevole possibilità di replicare. Qualora l'importatore lo richieda, i motivi gli saranno comunicati in forma scritta".*

Pertanto, nel caso in cui l'autorità doganale raccolga **sufficienti indizi** utili a dimostrare che i legami hanno inciso sulla formazione del prezzo, **l'onere della prova** si inverte passando in capo al dichiarante. Sarà quest'ultimo quindi a dover **dimostrare l'ininfluenza del legame societario sul valore dichiarato in dogana**. Egli dovrà quindi fornire prova che tale valore si avvicina molto al valore di transazione che sarebbe stato pattuito, in occasione di compravendite di merci identiche o simili, fra soggetti indipendenti (**valore per analogia**).

Nel caso in cui tale prova non possa essere fornita (non disponibilità di dati relativi a transazioni di merci identiche o simili fra soggetti indipendenti), le linee guida da prendere a riferimento per la costruzione di un valore reale di transazione con il quale confrontare il valore doganale dichiarato all'atto dell'importazione sono contenute nell'articolo 5 dell'accordo di attuazione dell'articolo VII del GATT (valore dedotto).

Articolo 5

*1. a) Se le merci importate, ovvero merci identiche o simili importate, sono vendute nel paese d'importazione nello stato in cui sono importate, il valore in dogana delle merci importate, a norma del presente articolo, si basa **sul prezzo unitario applicato per la vendita delle merci importate o di merci identiche o simili importate, nel quantitativo complessivo maggiore, a compratori non collegati ai venditori, esattamente o quasi nel momento dell'importazione delle merci da valutare**, fatte salve le deduzioni relative agli elementi che seguono: i) commissioni generalmente pagate o convenute, oppure margini generalmente applicati per utili e spese generali relativamente alle vendite, in quel paese, di merci importate della stessa categoria o dello stesso genere; ii) spese abituali di trasporto e di assicurazione, nonché spese connesse sostenute nel paese d'importazione; iii) se del caso, costi e spese di cui all'articolo 8, paragrafo 2; e iv) dazi doganali e altre imposte nazionali da pagare nel paese d'importazione in ragione dell'importazione o della vendita delle merci.*

b) Se né le merci importate, né merci identiche o simili importate sono vendute esattamente, o quasi nel momento dell'importazione delle merci da valutare, il valore in dogana si basa, ferme restando le disposizioni del paragrafo 1, lettera a), sul prezzo unitario al quale le merci importate o merci identiche o similari importate sono vendute nel paese di importazione, nello stato in cui sono importate, alla data più vicina successiva all'importazione delle merci da valutare, e comunque entro 90 giorni dall'importazione.

2. Se né le merci importate, né merci identiche o simili importate, sono vendute nel paese di importazione nello stato in cui sono importate, il valore in dogana si basa, su richiesta dell'importatore, sul prezzo unitario al quale, dopo l'ulteriore lavorazione trasformazione, le merci importate vengono vendute nel quantitativo complessivo maggiore, a compratori nel paese d'importazione non collegati ai venditori, tenendo debitamente conto del valore aggiunto connesso alla lavorazione o alla trasformazione, nonché delle deduzioni di cui al paragrafo 1, lettera a).

Qualora, per mancanza di informazioni, le disposizioni ivi contenute non possano essere applicate, si dovrà prendere in considerazione quanto stabilito dal successivo articolo 6, paragrafo 1 (**valore calcolato**).

Articolo 6

1. Il valore in dogana delle merci importate, a norma del presente articolo, si basa su un **valore calcolato, che consisterà nella somma dei seguenti elementi:**

- a) costo o valore dei materiali e dei processi di fabbricazione o altre lavorazioni utilizzate per la produzione delle merci importate
- b) un importo per utili e spese generali uguale a quello generalmente considerato nella vendita di merci della stessa categoria o dello stesso tipo delle merci da valutare, effettuata da produttori del paese esportatore, per l'esportazione nel paese di importazione
- c) costo o valore di qualsiasi altra spesa di cui è necessario tener conto in base alla scelta in materia di valutazione effettuata dal membro in questione a norma dell'articolo 8, paragrafo 2.

In base a quanto stabilito dalle citate norme la **società importatrice ha, una duplice tutela:**

- innanzitutto l'autorità doganale non può richiedere una rettifica del valore dichiarato se non per fondati motivi che devono essere comunicati all'importatore
- in secondo luogo, è possibile, per il dichiarante, replicare dimostrando che il valore dichiarato non si discosta in maniera significativa dal valore calcolato con i metodi sopradescritti.

Transfer pricing e valore in dogana, un problema aperto

Oggi una parte sempre più consistente degli scambi viene posta in essere da società appartenenti allo stesso gruppo multinazionale e, per tali ragioni, le autorità mondiali prestano crescente attenzione alle valutazioni doganali e ai prezzi di trasferimento. Come correttamente evidenziato dalle guidelines OCSE, (par. 1.67) un'impresa:

- da una parte, potrebbe essere interessata a determinare per la transazione un prezzo basso al fine di pagare **minori diritti doganali**
- dall'altra, invece, potrebbe essere interessata a dichiarare un prezzo più alto per quella stessa merce al fine di ottenere un **maggior livello di costi deducibili**.

Tale contrasto, tuttavia, si pone anche per le Amministrazioni statali. Infatti, nei paesi (come l'Italia) dove le autorità fiscali e doganali sono ancora separate:

- per l'**Agenzia delle Entrate** il costo di un bene incide negativamente ai fini delle imposte dirette;
- per l'**Agenzia delle Dogane**, invece, un più elevato valore di quello stesso bene influirebbe positivamente sulla base imponibile cui applicare il dazio.

Altri elementi che, nelle transazioni infragruppo, portano a ritenere "transfer price" e "customs value" due **concetti correlati, ma non necessariamente congruenti** e per i quali, talvolta, la determinazione del valore doganale conduce a risultati diversi rispetto al valore normale, sono i seguenti:

- il differente momento impositivo rilevante per le due Amministrazioni (il momento di trasferimento della proprietà piuttosto che il momento di importazione della merce);
- la rapidità con la quale si devono svolgere le operazioni doganali;
- la differenza nelle metodologie di determinazione del valore doganale (le differenze nei criteri adottati per la determinazione del valore in dogana rispetto a quelli utilizzati per determinare il prezzo di libera concorrenza nelle transazioni controllate)³.

Anche l'impresa multinazionale più virtuosa, stante la divergenza tra i due sistemi (fiscale e doganale) e le diverse metodologie volte a stabilire il valore normale dei beni trasferiti, potrebbe vedersi così riconoscere la deducibilità del costo ai fini fiscali e non invece il valore dichiarato ai fini doganali, o viceversa. Sarebbe pertanto auspicabile che le autorità doganali prendessero in considerazione eventuali studi relativi ai prezzi di trasferimento effettuati internamente dall'impresa multinazionale.

In altre parole, al fine di evitare spiacevoli situazioni in cui valutazioni ritenute corrette ai fini fiscali siano considerate non accettabili ai fini doganali, **gli studi di transfer price potrebbero essere tenuti in considerazione quale base attendibile per riconoscere il valore ivi determinato come accettabile anche ai fini doganali.**

Verrebbero così a ridursi le incertezze associate alle possibili divergenze fra prezzo di trasferimento (*at arm's length*) e valore doganale, dando possibilità di dimostrare congiuntamente la congruità fiscale e doganale del prezzo elaborato utilizzando uno dei metodi previsti dalla *guidelines* OCSE.

³ Vedasi, P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, I ed., 2009, Cap. XIII, "Transfer pricing e valore doganale", par. 13.5, pagg. 965 e 966.

Il regime comune delle importazioni

Alessandro Lomaglio

La Commissione dell'U.E. ha emanato il Regolamento (CE) n. 260/2009, pubblicato il 31.3.2009, relativo al regime delle importazioni.

Il nuovo Regolamento persegue un duplice obiettivo:

- chiarire lo scenario normativo a seguito delle numerose e sostanziali modifiche apportate al precedente Reg. (CEE) n. 3285/1994 nel corso della sua quindicennale vigenza
- semplificare e armonizzare le formalità d'importazione, a prescindere dal luogo di sdoganamento, facendo ricorso anche all'utilizzo di formulari comuni a tutto il territorio doganale della Comunità.

Campo di applicazione

Le disposizioni si applicano a **tutte le merci, originarie dei Paesi terzi**, da importare nella Comunità, **ad eccezione**:

- dei **prodotti tessili**, regolati da uno specifico regolamento, il n. 517/1994
- dei prodotti originari di **alcuni Paesi** terzi elencati nel Reg. (CE) n. 625/2009: Armenia, Azerbaijan, Bielorussia, Corea del Nord, Kazakistan, Russia, Tagikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, Vietnam.

Il regolamento si applica, anche se **in modo complementare, a taluni prodotti agricoli**, soggetti all'organizzazione comune dei mercati: carni, vini, uova, sementi, cereali, riso, ecc.

Caratteristiche del provvedimento

- Completa liberalizzazione delle importazioni e assenza di misure restrittive quantitative
- analisi delle importazioni dai Paesi terzi e dei diversi elementi della situazione economica e commerciale del prodotto considerato, nonché dell'impatto sul mercato interno e sui produttori comunitari
- rispetto degli impegni internazionali assunti dall'U.E. nei confronti dei Paesi terzi
- durata delle misure, limitata nel tempo.

Procedure d'informazione e di consultazione

Presupposto per emanare qualsiasi misura è la **richiesta avanzata da uno o più Stati membri** che paventino un incremento delle importazioni quali causa di situazioni di perturbamento del mercato interno. Pertanto, anche su richiesta di un solo Stato membro o di propria iniziativa la Commissione, accertato che l'andamento delle operazioni d'importazione nella Comunità potrebbe rendere necessaria l'**adozione di misure restrittive**, promuove le opportune consultazioni e, sulla base degli elementi messi a sua disposizione, convoca un Comitato allo scopo di:

- esaminare le condizioni e l'andamento delle importazioni del prodotto considerato
- valutare le eventuali misure da adottare.

L'adozione di qualsiasi misura è subordinata all'accertamento, sulla base degli elementi di prova disponibili, che è in atto un considerevole **deterioramento della situazione economica** generale, o la minaccia di aspetti pregiudizievoli per gli **interessi dei produttori comunitari**.

A conclusione dei lavori preparatori, la Commissione avvia un'inchiesta, verifica le informazioni di cui è in possesso ed emette la decisione, positiva o negativa, che viene pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'U.E. L'esame degli elementi riguarda:

- il volume e l'ammontare del valore delle importazioni
- l'impatto sui produttori
- l'andamento dei diversi fattori economici che possono influire sul mercato, quali la produzione e la sua capacità, le scorte, le vendite, le quote di mercato, i prezzi, gli utili, la disoccupazione.

Qualora i risultati lo giustificino, la Commissione adotta o propone al Consiglio di adottare misure di controllo comunitario nei termini prestabiliti, che possono essere abbreviati in situazioni di emergenza.

Misure di vigilanza

Le misure di controllo per sottoporre il prodotto a vigilanza sono di due tipi:

- vigilanza comunitaria **a posteriori**, applicata dopo lo sdoganamento delle merci, che ha carattere statistico
- vigilanza comunitaria **preventiva**, applicata al momento dell'immissione in libera pratica, che richiede la presentazione di un **documento d'importazione**, per poter effettuare l'operazione.

Con l'avvento delle misure comunitarie, **vengono a decadere le procedure nazionali**, in particolare quelle relative al rilascio delle autorizzazioni e le procedure sulla sorveglianza all'importazione. Di regola, la **durata** delle misure di vigilanza, salvo disposizioni contrarie, scade al termine del secondo semestre successivo a quello in cui sono state introdotte.

Il documento è **valido su tutto il territorio doganale comunitario**, indipendentemente dallo Stato membro che lo emette, è rilasciato gratuitamente dalle autorità competenti in due esemplari entro 5 giorni dalla data di ricevimento della domanda per tutti i quantitativi richiesti e deve essere redatto su un **apposito modulo**, il cui fac simile è riportato in allegato al regolamento in esame. Se previsto, è obbligatorio presentare per i prodotti sottoposti a vigilanza il certificato d'origine al momento dell'espletamento delle formalità doganali.

Misure di sorveglianza

La Commissione, su richiesta anche di un solo Stato membro o di propria iniziativa, ove verifichi che le importazioni di un prodotto risultano talmente accresciute oppure a condizioni tali che analoghi prodotti comunitari o direttamente concorrenti possono subire **gravi pregiudizi** o rischiano di subirli, si attiva, disponendo:

- l'abbreviazione dei termini di utilizzo dei documenti di vigilanza preventiva
- la modifica del regime d'importazione del prodotto considerato, subordinando la sua immissione in libera pratica all'autorizzazione.

Le misure, valide in tutta la Comunità, sono immediatamente applicabili.

Per quanto riguarda i **Paesi membri dell'OMC**, le condizioni dell'incremento delle importazioni e del perturbamento del mercato interno, debbono verificarsi cumulativamente per determinare l'adozione di misure restrittive.

Nel caso in cui venisse instaurato un **contingente**, la cui procedura di gestione è disciplinata dal Reg. (CE) n. 717/2008, va tenuto conto, in particolare, dell'interesse di mantenere, per quanto possibile, l'interscambio dei beni tradizionale con i Paesi terzi, di rispettare l'osservanza dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore delle misure e di commercializzare quantità di prodotto identiche a quelle importate mediamente negli ultimi tre anni.

Le misure, dopo la loro entrata in vigore, sono applicate nei confronti di ogni prodotto immesso in libera pratica, ma non ostano alle importazioni delle merci che risultano già spedite verso il territorio doganale comunitario.

Nessuna misura di salvaguardia può essere applicata nei confronti di un prodotto originario di un **Paese in via di sviluppo, membro dell'OMC**, fino a quando la quantità di prodotto importato da quel Paese non supera il 3%.

La durata di validità delle misure di salvaguardia è limitata a **quattro anni**, salvo proroghe fino al massimo di otto anni.

Altri provvedimenti

Il Consiglio può adottare anche altri provvedimenti restrittivi, per consentire l'esercizio dei diritti o l'osservanza degli obblighi della Comunità o degli Stati membri sul piano internazionale, in particolare in materia di commercio dei **prodotti di base**.

Le disposizioni, che possono essere emanate, non ostano all'adempimento degli obblighi derivanti da accordi specifici, conclusi dall'U.E. con i Paesi terzi, né ai divieti imposti da uno Stato membro per motivi di moralità, di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, di tutela della salute degli uomini e degli animali, di preservazione dei vegetali, di tutela del patrimonio storico - artistico, di protezione della proprietà industriale e commerciale o di speciali formalità in materia di cambio.

Ogni Stato membro è obbligato a comunicare alla Commissione qualsiasi misura o formalità sin dalla loro emanazione.

Considerazioni complementari

Un altro **regolamento, il n. 625/2009**, relativo ai prodotti originari di alcuni Paesi, nei quali il commercio estero era esercitato dallo Stato, mentre ora si sono avviati verso la liberalizzazione dell'economia, presenta le medesime caratteristiche di quello sommariamente trattato.

La differenza tra le due normative è rappresentata dalla circostanza che il Reg. (CE) n. 625/2009 si applica soltanto nei confronti di alcuni Paesi terzi: **Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Corea del Nord, Kazakistan, Russia, Tagikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, Vietnam**, mentre l'altro ha efficacia generale.

Sono esclusi anche in questo caso i **tessili**, disciplinati da specifiche disposizioni.

Le importazioni dei prodotti originari di detti Paesi sono libere ed esenti da restrizioni quantitative, tranne il caso in cui la situazione può determinare l'emanazione di misure di salvaguardia o l'instaurazione di contingenti.

La procedura, in linea di massima, è identica per l'adozione delle misure di vigilanza, anche se condizioni particolari possono prevedere maggiore rigosità, come limitando il termine di utilizzazione del documento d'importazione.

Altrettanto simile è la procedura per istituire le misure di salvaguardia, giustificate da un aumento delle importazioni e/o dal rischio di un grave pregiudizio economico per i produttori comunitari.

Il **verificarsi di una sola delle condizioni** può determinare l'adozione delle misure, diversamente da quanto avviene per tutti i Paesi terzi, membri dell'OMC, nei cui confronti le due condizioni debbono verificarsi cumulativamente.

Il d.l. 25 settembre 2009, n. 135 in materia di “made in”

Avv. Vincenzo Diego Cutugno

L'ampio dibattito suscitato dall'entrata in vigore dell'art. 17, comma 4° della lg. 99/2009 giunge ad un compromesso con la pubblicazione del decreto legge 135/2009. Restano aperte, tuttavia, spinose questioni interpretative.

Il decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 abroga le norme in vigore dal mese di agosto 2009 in tema di “made in” e traccia un nuovo quadro legislativo che acquisirà efficacia a decorrere dall'11 novembre 2009. Il decreto contempla tre diverse condotte oggetto di sanzione:

- l'uso di indicazioni di vendita che presentino il prodotto come interamente realizzato in Italia (e.g.: “100% Made in Italy”)
- la falsa indicazione di provenienza (i.e.: uso della dicitura “Made in Italy” su prodotti non originari dell'Italia)
- la fallace indicazione di provenienza (i.e.: uso di segni e marchi tali da ingenerare nel consumatore l'erroneo convincimento che il prodotto sia di origine italiana).

Riteniamo utile esporre il nuovo quadro normativo con la seguente lista di quesiti e di risposte.

1. Quando è lecito l'uso di indicazioni come “100% Made in Italy”, “interamente realizzato in Italia”, “tutto italiano” etc.?

Il decreto dispone che l'uso di tali espressioni è consentito soltanto con riguardo a prodotti per i quali il disegno, la progettazione, la lavorazione ed il confezionamento sono compiuti esclusivamente sul territorio italiano. Eventuali futuri decreti ministeriali potranno definire ulteriori modalità di applicazione di questa norma.

2. È lecito l'uso della dicitura “Made in Italy” (e non “100% made in Italy”) su prodotti non realizzati interamente in Italia?

La risposta è affermativa, purché i prodotti in parola siano classificabili come **originari** dell'Italia ai sensi del Codice Doganale europeo. A tale riguardo, non esiste una regola valida per tutti i tipi di prodotti, benché in via generale si possa affermare che l'origine è italiana se l'ultima trasformazione sostanziale del prodotto è avvenuta in Italia.

Per poter usare l'espressione “Made in Italy” non è dunque indispensabile che il prodotto sia interamente realizzato in Italia, ma è quanto meno necessario che esso sia di origine italiana ai sensi delle norme comunitarie.

Naturalmente, se il prodotto è interamente realizzato in Italia, si potrà usare indifferentemente l'espressione "Made in Italy" o "100% Made in Italy" et similia.

3. Che differenza intercorre tra "falsa indicazione di provenienza" e "fallace indicazione di provenienza"?

La "**falsa indicazione**" si configura nel caso di uso improprio dell'indicazione "Made in Italy" o di simili locuzioni, e dunque quando queste si riferiscono a prodotti che non siano - quanto meno - di "origine" italiana.

La fattispecie della "**fallace indicazione**" allude invece all'uso di segni, figure marchi aziendali o quant'altro possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto sia di origine italiana.

4. Si configura la fattispecie di "falsa indicazione di provenienza" anche se, accanto alla dicitura "Made in Italy", viene specificato che il prodotto è realizzato all'estero?

Se l'espressione "Made in Italy" viene usata per contrassegnare un prodotto non originario dell'Italia ai sensi del Codice Doganale europeo, si configura una "falsa indicazione" a prescindere dall'eventuale contemporanea presenza di locuzioni che affermino l'origine estera del prodotto.

5. Si configura la fattispecie di "fallace indicazione di provenienza" anche nel caso di un marchio aziendale che possa indurre il consumatore a ritenere che il prodotto sia di origine italiana ma che, al tempo stesso, sia accompagnato dall'indicazione che il prodotto è stato realizzato all'estero?

L'attuale assetto normativo è piuttosto ambiguo sul punto. In attesa delle linee-guida ministeriali, sembrerebbe astrattamente corretto distinguere tra due diverse situazioni:

- l'uso del marchio è fallace o furviante ai sensi della disciplina sulle pratiche commerciali ingannevoli: in tal caso, la fattispecie vietata si configura a prescindere dall'eventuale presenza di indicazioni che chiariscano la vera origine estera del prodotto
- l'uso del marchio (da parte del titolare o del licenziatario) è stato condotto con modalità tali da non poter costituire una pratica commerciale ingannevole: in tal caso, non si configurerà la fattispecie della "fallace indicazione" se:
 - a. il prodotto è accompagnato da indicazioni precise ed evidenti sull'origine o provenienza estera o comunque sufficienti ad evitare qualsiasi fraintendimento sulla sua effettiva origine; ovvero
 - b. il prodotto è accompagnato da attestazione, resa da parte del titolare o del licenziatario del marchio, circa le informazioni che a sua cura verranno rese in fase di commercializzazione sull'effettiva origine estera del prodotto.

In concreto, tuttavia, appare molto difficile distinguere tra le due fattispecie sopra descritte. Per esemplificare, l'ipotesi sub (i) sembra realizzarsi certamente nel caso in cui si utilizzi il marchio "Bella Italia" su un prodotto realizzato in Cina mentre l'ipotesi sub (ii) potrebbe prospettarsi nel caso in cui si utilizzi un marchio che suona come un nome italiano ma che non è di per sé suggestivo dell'origine italiana del prodotto (potrebbe essere, ad esempio, il caso in cui il marchio

corrisponde ad un cognome italiano non notorio né particolarmente diffuso).

In assenza di linee interpretative che chiariscano con maggiore tassatività i confini tra le due fattispecie, appare preferibile – prudenzialmente – accompagnare il prodotto con le informazioni di cui ai punti (a) e (b) *supra*.

6. Quali sono le sanzioni applicabili?

L'uso improprio di indicazioni di vendita che presentano il prodotto come **interamente realizzato in Italia** è punito con le pene previste dall'art. 517 c.p. (reclusione fino a due anni o multa fino a 20.000 Euro), aumentate di un terzo. Si potrà inoltre disporre il sequestro della merce.

Le false indicazioni di provenienza o di origine sono invece punite con le pene di cui all'art. 517 c.p. (senza aumento di un terzo delle stesse).

Con riguardo alle "fallaci indicazioni", sono anch'esse generalmente sanzionate applicando le pene di cui all'art. 517 c.p.. Tuttavia, nello specifico caso di cui al punto 5 (ii) *supra* (uso decettivo del marchio, che tuttavia non è fallace o fuorviante ai sensi delle norme in tema di pratiche commerciali ingannevoli), sarà applicata una sanzione amministrativa pecuniaria da Euro 10.000 ad Euro 250.000, alla quale si accompagnerà sempre la confisca amministrativa della merce, salvo che siano apposte le indicazioni sull'origine del prodotto da parte del responsabile dell'illecito.

7. È possibile sanare le condotte sanzionate?

La falsa indicazione può essere sanata sul piano amministrativo attraverso l'esatta indicazione dell'origine o l'asportazione della stampigliatura "Made in Italy".

Quanto alla fallace indicazione, anch'essa può essere sanata - soltanto sul piano amministrativo - con l'asportazione a cura e spese del contravventore dei segni o delle figure o di quant'altro induca a ritenere che il prodotto sia di origine italiana.

I partner di Newsmercati

La redazione di Newsmercati si avvale della collaborazione e del contributo di alcuni partner istituzionali ed editoriali. Questo gioco di squadra alimenta costantemente la newsletter di contenuti specialistici e qualificati.

China Briefing

Magazine mensile con informazioni operative su come fare business in Cina. Realizzato da Dezan Shira & Associates, premiato nell'ambito dei China Awards 2009 come Studio Professionale più attivo sul mercato cinese.

www.china-briefing.com/it

FiscoOggi

Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate offre commenti alla normativa e giurisprudenza tributaria. La finestra sulla fiscalità internazionale è dedicata all'analisi dei diversi sistemi di tassazione e alle novità tributarie dei vari Paesi.

www.nuovofiscooggi.it

ICC Italia

Il Comitato nazionale italiano della Camera di Commercio Internazionale è punto di riferimento in materia di scambi commerciali internazionali. Edita pubblicazioni sugli Incoterms, sui crediti documentari, sui modelli di contratto...

www.cciitalia.org

SACE

Il Gruppo SACE offre prodotti per l'assicurazione, il finanziamento e la gestione dei crediti in 155 paesi e soluzioni integrate di credit management. L'Ufficio Studi redige previsioni sull'export italiano e analisi sul rischio Paese.

www.sace.it

SIMEST

La finanziaria di sviluppo e promozione delle imprese italiane all'estero sottoscrive fino al 25% del capitale delle società estere partecipate da imprese italiane; gestisce fondi di Venture Capital; finanzia studi di fattibilità e programmi di assistenza tecnica.

www.simest.it

Direttiva 2008/8/CE: territorialità delle prestazioni di servizi

Massimiliano Mercurio

Il 1° gennaio 2010 entrerà in vigore la direttiva sulla territorialità dei servizi. Per i servizi resi a soggetti di imposta e agli enti non commerciali si applicherà il criterio generale del luogo in cui risiede il committente. Verranno inoltre eliminate le attuali incertezze nell'individuazione dei servizi in deroga.

Per i servizi resi a soggetti di imposta e agli enti non commerciali il criterio generale che si applicherà sarà quello del luogo in cui risiede il committente. Di conseguenza, dovrebbero sensibilmente **ridursi le pratiche di rimborso dell'IVA** versata in altro Stato membro della UE. Si segnala che i rimborsi sono oggetto di altra direttiva (la n. 2008/9/CE anch'essa in vigore dal 1 gennaio 2010) in base alla quale si instaurerà una **procedura elettronica** che, almeno negli intenti, renderà più celeri i rimborsi.

L'altro punto degno di nota è l'eliminazione delle attuali incertezze nell'individuazione dei **servizi in deroga**, che potrebbe portare a conseguenze rilevanti e dannose. A tale riguardo è sicuramente emblematico il caso della **sentenza della Corte di Giustizia europea** del 15 marzo 2007, nella causa C-35/05 *Reemtsma*.

Un'impresa italiana presta servizi di natura promozionale. Il cliente risiede in Germania. L'operatore italiano nutre dubbi sulla possibilità di inquadrare i servizi nelle "prestazioni pubblicitarie" di cui all'art. 7 quarto comma, lettera d), d.p.r. 633/72, che comporta la territorialità della prestazione nel Paese in cui ha domicilio il cliente committente, quindi un'operazione "*fuori campo*" in Italia. In ragione di tali dubbi, il prestatore italiano emette fattura imponibile IVA. Il cliente tedesco richiede successivamente il rimborso dell'IVA versata in Italia, così come previsto dall'ottava direttiva (articolo 37-ter), vedendosi però negare il rimborso dall'Amministrazione fiscale italiana, la quale ritiene che l'imposta non dovesse essere applicata.

La Corte afferma che l'IVA non dovuta non è né detraibile, né rimborsabile, e che spetterebbe alla ditta che ha emesso la fattura errata di stornare il documento. Ma la normativa sulla rettifica di tali fatture prevede lo storno solo entro un anno dall'effettuazione dell'operazione (articolo 26, terzo comma), cioè ben prima che l'amministrazione riesca a muovere la contestazione e che si concluda il prevedibile contenzioso.

Il criterio oggi in essere del domicilio del prestatore del servizio rimarrà, anche con l'entrata in vigore della nuova direttiva, come **regola generale nei servizi resi a consumatori finali**. Per contro, in casi ben determinati il criterio prevalente sarà quello del luogo in cui il servizio viene utilizzato: servizi di ristorazione o di catering, servizi di trasporto, culturali, sportivi, scientifici ed educativi.

Noleggio dei mezzi di trasporto

La principale novità riguarda il noleggio dei mezzi di trasporto, con la distinzione tra:

- noleggio a breve termine (sino a 30 giorni - 90 per le navi) - luogo di messa a disposizione del bene
- noleggio a lungo termine - applicazione dei nuovi criteri generali.

Conseguentemente, sarà preclusa l'opportunità di approfittare del regime di detrazione, e del conseguente rimborso dell'IVA, stipulando un **contratto di noleggio a lungo termine** in un Paese che consente la detraibilità del tributo ai propri soggetti di imposta.

Il soggetto passivo d'imposta italiano riceverà fatture senza applicazione dell'IVA estera, e dovrà rendersi debitore di quella italiana con il regime del *reverse charge* (autofattura). La detrazione avverrà però con le regole interne, e pertanto il noleggio dall'estero di un'auto a detrazione limitata comporta gli stessi effetti del noleggio effettuato presso un'impresa italiana, salvo per quanto riguarda il materiale pagamento del tributo sull'acquisto, rispettivamente calcolato a proprio debito nella liquidazione periodica, piuttosto che oggetto di rivalsa da parte del fornitore nazionale.

La **generalizzazione del reverse charge nei servizi tra imprese** o con soggetti identificati comporta per logica conseguenza l'introduzione di un *listing* per i servizi, obbligo oggi circoscritto al caso delle cessioni intracomunitarie di beni.

I criteri specifici di territorialità

Indipendentemente dalla tipologia di committente, restano confermati alcuni criteri già oggi in vigore:

- Prestazioni relative ad immobili, comprese quelle di progettazione e di intermediazione - luogo di ubicazione dell'immobile
- Trasporto di passeggeri - tratta del percorso sul territorio nazionale
- Prestazioni artistiche, culturali, ricreative, didattiche - luogo di svolgimento della manifestazione
- Ristorazione e catering - luogo della prestazione
- Ristorazione e catering su navi, treni e aerei - luogo di partenza del trasporto passeggeri.

In caso di **committenti privati**, le regole specifiche sono analoghe a quelle attuali.

- Prestazioni degli intermediari - Luogo di effettuazione dell'operazione principale (ad esempio luogo di immatricolazione di una imbarcazione da diporto)
- Trasporto di beni all'interno della comunità - luogo di inizio del trasporto

- Trasporto di beni con provenienza o destinazione extra-UE: tratta del percorso sul territorio nazionale
- Attività accessorie al trasporto e perizie sui beni - luogo di svolgimento della prestazione
- Prestazioni di consulenza e altre prestazioni indicate dal quarto comma, lettera d) dell'articolo 7 - luogo di residenza o domicilio del committente fuori dalla comunità, con la conseguente esclusione da IVA. Per questi clienti residenti nella comunità si applica la regola generale dell'imposta del Paese del prestatore.

È consentito agli Stati membri di integrare alcuni di questi criteri con il luogo dell'utilizzo del servizio (si veda il nostro articolo 7, quarto comma, lettera f, legge IVA, nei rapporti con soggetti extra-comunitari), nozione questa che si presta a varie interpretazioni. La recente sentenza – 19 febbraio 2009 - della Corte di Giustizia europea nella causa C-1/08 – Athesia Druck – individua come luogo di utilizzo dei servizi di un'emittente radiofonica per un committente extra-UE (tale era l'Austria nel periodo di imposta oggetto di contestazione) come quello del luogo da cui vengono diffusi i messaggi pubblicitari.

E sempre in questo ambito sono significative due risoluzioni dell'amministrazione finanziaria che, per situazioni sostanzialmente analoghe (cessione di diritti immateriali in Paese extra-CE):

- nel primo caso affermano che il luogo di utilizzo è quello in cui il soggetto estero introiterà i proventi conseguenti alla concessione dei **diritti televisivi**, indipendentemente dal fatto che si tratta di corrispettivi per la trasmissione anche in Italia (risoluzione 174/E dell'8 agosto 2003)
- nel secondo lo individuano nel luogo dove i diritti (nelle specie **formule di fabbricazione**) consentiranno di produrre, in base alla licenza concessa al soggetto extra-CE (risoluzione 227/E del 21 agosto 2007).

Nel primo caso viene individuata una operazione *fuori campo* per mancanza del requisito territoriale, nel secondo un'operazione rilevante in Italia.

Modello Intra anche per i servizi intracomunitari

Giovanni Quagliana

Dal 1° gennaio 2010 scatta l'obbligo di comunicare le prestazioni effettuate con operatori comunitari.

Con il recepimento delle direttive 2008/8/Ce e 2008/117Ce, che modificano e integrano la direttiva 206/112/Ce, i soggetti passivi Iva che effettuano scambi di servizi intracomunitari hanno l'obbligo di comunicare le prestazioni effettuate con operatori comunitari.

È prevista l'introduzione nel sistema delle operazioni intracomunitarie di un nuovo modello, chiamato **Intrastat servizi**, nel quale verranno riportate una serie di informazioni relative alle prestazioni di servizio effettuate. Il nuovo obbligo risponde all'esigenza di contrastare in modo sempre più efficace le frodi intracomunitarie all'Iva.

La previsione del modello Intra per i servizi, pur comportando un aggravio degli adempimenti a carico degli operatori, fornirà una serie di informazioni che saranno rapidamente disponibili per le Amministrazioni fiscali.

Anche la **direttiva comunitaria 2008/117Ce** è intervenuta in modo incisivo, poiché ha previsto, come regola generale, l'obbligo a carico del prestatore o del committente del servizio, della **presentazione mensile del modello Intrastat** per tutte le prestazioni poste in essere nel mese solare precedente.

La stessa direttiva ha inoltre previsto la possibilità, solo sulla base di un'autorizzazione che verrà concessa su richiesta dell'interessato, di derogare alle regole generali e pertanto permettere *l'invio trimestrale* dei modelli in modo da comprendere tutte le operazioni effettuate in un trimestre.

Con provvedimento del direttore dell'agenzia delle Entrate, di concerto con il direttore dell'agenzia delle Dogane, da **emanare entro 90 giorni dall'entrata in vigore** della legge di recepimento della direttiva comunitaria, saranno:

- approvati i modelli Intrastat per i servizi
- stabilite le modalità di compilazione
- definite le caratteristiche tecniche di trasmissione.

Dal punto di vista sostanziale, con il recepimento della direttiva 2008/8/CE, si attua la **tassazione dei servizi nel luogo in cui questi vengono effettivamente fruiti**. In pratica, viene sovvertita la regola in vigore oggi, per cui le operazioni relative allo scambio di servizi si considerano effettuate nel Paese del committente e non in quello del prestatore.

La previsione della descritta modalità di tassazione è significativa in quanto rappresenta un primo passo verso la tassazione dei beni e servizi nel Paese di destinazione, che ricordiamo è il sistema a regime per gli Stati membri. In tal modo, infatti, il gettito erariale va direttamente nelle casse dello Stato che ha diritto alla percezione dell'imposta, sistema che per ragioni politiche e amministrative ancora non si applica nel settore dello scambio di beni.

Va evidenziato che la direttiva stabilisce che, qualora i servizi siano resi in uno Stato in cui gli stessi sono esenti, non esiste l'obbligo di presentazione del modello Intra. Se tale esclusione ha senza dubbio una valida ragione, che si sostanzia nell'evitare inutili insorgenze di un credito Iva in capo al committente, comporta per coloro che forniscono servizi un aggravio di competenze, in quanto, per un corretto adempimento degli obblighi connessi all'invio del modello Intrastat, devono **conoscere la normativa vigente negli altri Stati**.

La norma prevede anche un **ampliamento della soggettività passiva** relativamente alla territorialità delle prestazioni. Infatti, si considerano soggetti passivi, per cui obbligati a trasmettere i modelli Intrastat relativamente ai servizi acquisiti, gli enti non commerciali, anche per le attività non commerciali o agricole, e tutti gli enti che svolgono esclusivamente attività istituzionale. Quanto descritto costituisce per gli enti indicati un aggravio degli adempimenti ogni qual volta ricevono prestazioni dall'estero.

Restano escluse dall'obbligo le **operazioni effettuate nei confronti di un privato** cittadino, quindi non soggetto passivo Iva, nel qual caso continua a vigere l'attuale sistema della tassazione nel Paese del prestatore.

Infine, va sottolineato che, per una corretta applicazione della norma, è prevista l'estensione dell'utilizzo del sistema del reverse charge. Infatti, il ricorso al criterio dell'inversione contabile deve necessariamente divenire la regola generale ogni qual volta viene effettuata nel territorio nazionale un'operazione da un soggetto passivo non residente, nei confronti di un soggetto Iva nazionale. Pertanto, su quest'ultimo operatore grava, oltre a tutti gli adempimenti connessi all'Iva, l'ulteriore obbligo connesso all'invio del modello Intrastat.

In collaborazione con www.nuovofiscooggi.it

Depositi Iva: virtuali a tempo determinato

Gian Luca Giussani

Chiarimenti in materia di depositi IVA sono stati forniti prima con la Risoluzione Ministeriale n. 440 del 12 novembre 2008. Poi con l'interpretazione autentica fornita con il Decreto Legge anticrisi n. 185/08 (convertito con modifiche dalla Legge n. 2/09). Infine con la nota dell'Agenzia delle Dogane n. 22321 del 24 febbraio 2009.

Il comma 1 dell'articolo 50-bis **DL 331/1993** definisce i depositi Iva come speciali depositi fiscali per la **custodia di beni nazionali e comunitari** che non siano destinati alla vendita al minuto nei locali dei depositi medesimi. Non viene quindi operata alcuna distinzione, in ordine alla natura o qualità delle merci che possono essere accolte nei depositi.

Non vi sono preclusioni, in merito alle operazioni, in relazione al compimento delle quali vi può essere l'immissione in deposito. I beni possono quindi esservi introdotti:

- in seguito a un'operazione di **compravendita**, e più in generale a un atto traslativo della proprietà
- in relazione a un accordo di **consignment stock**, e più in generale in base a un contratto i cui effetti traslativi o costitutivi si producano posteriormente al ricevimento dei beni per essere assoggettati a lavorazione

- in occasione di una **importazione da Paesi extra - Ue**. Questi ultimi potranno essere introdotti in deposito Iva solo **in seguito ad immissione in libera pratica**, operazione che li rende a tutti gli effetti comunitari sotto il profilo del trattamento doganale.

I depositi Iva si possono suddividere in:

- **istituzionali**, i gestori non necessitano di una specifica autorizzazione per istituire e gestire il deposito (possono essere immessi anche beni che non appartengono al depositario)
- **in conto terzi**, per la loro costituzione occorre una specifica autorizzazione (possono esservi immessi anche beni per conto terzi)
- **in conto proprio**, occorre specifica autorizzazione (**non** possono esservi custoditi beni per conto terzi).

Vantaggi per gli operatori

In generale, i depositi IVA **assumono particolare rilevanza nel sistema applicativo del tributo**. Sono effettuate “senza pagamento dell’IVA” determinate operazioni, aventi ad oggetto beni nazionali o comunitari, eseguite mediante l’introduzione o l’estrazione delle merci nei o dai depositi IVA, ovvero durante la giacenza delle merci nei depositi IVA o mediante trasferimento delle merci tra depositi IVA.

Da questo meccanismo gli operatori riescono a trarre un notevole vantaggio finanziario, in quanto possono **effettuare determinati acquisti senza pagare materialmente l’IVA**.

Per tale motivo i depositi IVA offrono ai contribuenti, in particolare a quelli che soffrono di **credito IVA strutturale** o che non godono delle agevolazioni degli esportatori abituali-plafond, un efficace strumento di riequilibrio finanziario per la propria azienda.

Inoltre la disposizione non detta limiti in merito alla **soggettività degli operatori** che possono usufruire dell’agevolazione. Possono quindi beneficiarne anche i soggetti economici esteri, sia comunitari che di Paesi terzi, avviando in alcuni casi all’obbligo di nomina del rappresentante fiscale. Altre agevolazioni riguardano gli **operatori economici che importano beni**, ma che svolgono attività esenti IVA sul territorio nazionale e che hanno adottato il pro-rata di detrazione.

Luogo fisico o regime giuridico?

Il deposito IVA può essere interpretato senza ombra di dubbio:

- come luogo fisico (magazzini coperti, piazzali, aree recintate, eccetera) e/o
- come regime giuridico (l’insieme delle procedure che si applicano in relazione alle operazioni effettuate sui beni vincolati al regime di deposito IVA).

È importante considerare questa **duplice valenza** per capire se, al fine di beneficiare delle speciali facilitazioni legate all'istituto dei depositi IVA:

- è necessario **introdurre materialmente** i beni in deposito, attribuendo fondamentale rilevanza al luogo fisico
- è sufficiente **espletare le procedure** previste dal regime giuridico.

Gli operatori economici (aziende e spedizionieri internazionali) hanno ovviamente privilegiato un'interpretazione del deposito IVA legata prettamente al sistema giuridico, andando quindi a istituire il cosiddetto **deposito IVA "virtuale"** ossia senza la materiale introduzione/estrazione della merce dai depositi IVA (documentata solo a livello "cartaceo").

L'autorità doganale e fiscale italiana ha invece privilegiato **l'interpretazione legata al luogo e alla giacenza fisica dei beni** nel deposito.

Con la **circolare n. 16/D del 28/04/06** l'Agenzia delle Dogane ha ribadito che "...i beni devono essere materialmente introdotti nel deposito... non essendo sufficiente la mera presa in carico documentale degli stessi nell'apposito registro.... Non vi è dubbio che... deve assolvere le funzioni di stoccaggio e di custodia dei beni introdotti: **non è pertanto ammissibile alcuna forma di deposito virtuale...**"

Inoltre è stato ribadito che **l'operazione doganale si conclude con la dimostrazione dell'avvenuta introduzione fisica dei beni** in questione, a cui deve fare esplicito riferimento l'attestazione che il depositario deve sottoscrivere sul relativo documento doganale.

Novità interpretative

L'Articolo 16, comma 5-bis) Decreto Legge anticrisi n. 185/08 (L. 2/09) prevede che siano effettuate senza pagamento dell'Iva le **prestazioni di servizi**, comprese le operazioni di perfezionamento e le manipolazioni usuali, relative a beni custoditi in un deposito Iva, **anche se materialmente eseguite non nel deposito stesso**, ma nei locali limitrofi sempre che, in tal caso, le suddette operazioni siano di **durata non superiore a 60 giorni**.

La disposizione della lettera h) si interpreta nel senso che le prestazioni di servizio, relative a beni consegnati al depositario, costituiscono a ogni effetto introduzione nel deposito Iva.

Il chiarimento legittima i comportamenti adottati in precedenza alla circolare 16/06 sopra specificata, che prevedevano lo spostamento delle merci negli spazi limitrofi, senza un'effettiva introduzione nei locali adibiti a deposito.

L'Agenzia delle Dogane, con **nota n. 7521/06** ha, inoltre, osservato che non è prescritto un tempo minimo di giacenza o che tali merci siano necessariamente scaricate dai mezzi di trasporto.

Il depositario, secondo l'interpretazione del D.L., esercita il suo diritto sui beni fruendo del regime sospensivo dell'Iva, per il tempo necessario all'effettuazione delle prestazioni, tempo che, ai sensi della medesima lett. h) dell'art.50, non deve essere superiore a sessanta giorni, in attesa del momento impositivo che stabilirà il regime Iva appropriato di imponibilità o non imponibilità (cessione interna, all'esportazione o intracomunitaria).

In merito alle disposizioni di cui sopra è intervenuta l'Agenzia delle dogane con la **nota 22321 del 24 febbraio 2009** ribadendo la posizione espressa precedentemente ricordando la inapplicabilità dell'art. 50-bis in esame in caso di inesistenza giuridica o simulazione del contratto di deposito, presupposto imprescindibile per l'applicazione dell'istituto.

La Risoluzione Ministeriale n. 440 del 12 novembre 2008 ha ulteriormente chiarito gli aspetti legati all'introduzione di beni in deposito IVA che nella fattispecie riguardava la combinazione del deposito IVA con il deposito doganale su beni in di origine Extra UE.

In proposito è stata sottolineata l'opportunità che i beni custoditi nell'ambito di uno stesso deposito siano visibilmente distinguibili in ragione dello specifico regime fiscale cui sono sottoposti. Sarà, pertanto, necessario porre in essere ogni utile accorgimento per **rendere visibilmente chiaro il regime cui sono sottoposti i beni**, quale ad esempio l'apposizione di specifici contrassegni.

In conclusione, gli ultimi provvedimenti vanno nella direzione di legittimare la costituzione e l'utilizzo dei cosiddetti depositi "virtuali", fermo restando l'esistenza giuridica e la non simulazione del contratto di deposito, tanto apprezzati dagli operatori economici.

La nuova legge cinese sui brevetti

Giampaolo Naronte

La materia brevettuale è stata regolata dal Legislatore cinese con la legge del 1984, poi modificata nell'agosto 2000. Il 27 dicembre 2008 è stata approvata la nuova disciplina che è entrata in vigore il 1 ottobre 2009.

La Patent Law del 2000

Rispetto alla legge del 1984, la novella del 2000 ha introdotto un controllo giudiziario a cui sono sottoposte tutte le procedure amministrative per l'esame, la registrazione e la revoca del brevetto.

Il sistema brevettuale, così come avviene per il marchio, è retto dal principio **first to file** per cui non importa chi abbia inventato per primo bensì chi sia stato più sollecito a presentare la domanda di registrazione.

Oggetto del brevetto sono le invenzioni, i modelli di utilità nonché il design, che devono presentare:

- il requisito della novità che è soddisfatto quando al momento della domanda non sia stata divulgata in Cina o all'estero «*tramite pubblicazione o utilizzata pubblicamente*» un'identica invenzione né sia stata in precedenza sottoposta alle autorità cinesi una domanda per un'invenzione o modello di utilità simile
- il requisito dell'originalità che varia a seconda dell'oggetto (per i **modelli di utilità**, è sufficiente che la creazione abbia elementi tali da apparire un progresso nella tecnica rispetto al momento della presentazione della domanda; per le **invenzioni** è invece richiesto che l'originalità sia *evidente* e manifesti quindi un progresso *notevole* rispetto al precedente stato della tecnica).

L'autorità competente ad esaminare e rilasciare i brevetti è la SIPO (*State International Property Office*) mentre la *Patent Commission for Reexamination* è l'organo deputato a decidere i ricorsi proposti contro i provvedimenti di rigetto delle domande di registrazione di un brevetto.

Il titolare del diritto di brevetto (*patentee*) ha la facoltà di sfruttare in via esclusiva l'invenzione o la creazione, nonché trasferire il proprio diritto a terzi o autorizzare terze persone all'uso dell'invenzione/creazione. Esistono casi previsti dalla legge in cui la concessione della licenza è obbligatoria (es. in presenza di un'emergenza nazionale...).

Il brevetto ha **durata** di 20 anni per le invenzioni e 10 anni per i modelli di utilità e design; il termine decorre dalla data di presentazione della domanda. Il diritto può tuttavia estinguersi prima della scadenza del termine anzidetto qualora il titolare rinunci al proprio diritto, oppure non versi la **tassa annuale**. Il semplice ritardo nel pagamento della tassa non comporta la caducazione del diritto bensì la semplice irrogazione di una pena pecuniaria.

Così come avviene per i marchi, anche in tema di brevetti il soggetto interessato può **alternativamente utilizzare la tutela amministrativa o quella giudiziaria**.

Le novità introdotte dalla Legge del 28 dicembre 2008

Il motivo che ha ispirato la novella del 2008 è l'adeguamento alle convenzioni internazionali a cui ha aderito la Cina e, in particolare, l'Accordo sugli Aspetti della Proprietà Intellettuale inerenti al Commercio (TRIPS) del 2001.

In base alla legge del 2000 la domanda di brevetto per un'invenzione realizzata in Cina doveva essere prima depositata in Cina e poi estesa all'estero. La legge del 2008 ha abrogato questo requisito, stabilendo che sia sufficiente la previa autorizzazione del SIPO (fatta eccezione per i brevetti di design per i quali non occorre neppure la suddetta autorizzazione).

La Legge Brevetti precedente prevedeva il criterio della *novità relativa* secondo cui una tecnologia non era considerata nuova se veniva divulgata fuori dalla Cina anche attraverso una pubblicazione.

La novella del 2008 invece stabilisce che sia idonea a privare del carattere di novità la divulgazione che avvenga attraverso "ogni mezzo" quindi non solo una pubblicazione bensì anche il semplice uso (questo criterio è noto come **novità assoluta** per distinguerlo dalla novità relativa che caratterizzava la Legge Brevetti prima in vigore).

La nuova legge consente a **due o più modelli per lo stesso prodotto di essere presentati come richiesta per un modello unico**; conseguentemente il titolare del brevetto potrà godere di una protezione più ampia.

Per quanto attiene il **trasferimento del brevetto** la nuova legge richiede una autorizzazione amministrativa nel caso il cui il target del trasferimento sia un **soggetto estero**. Questa previsione si pone in contrasto con la normativa sul trasferimento di tecnologia, secondo la quale solo le tecnologie "riservate" sono soggette ad approvazione amministrativa mentre per le altre è sufficiente la registrazione.

In base alla legge prima in vigore, quando un **contenzioso relativo alla violazione di un brevetto oggetto di un modello di utilità** veniva indirizzato all'autorità brevettuale competente era possibile che tale autorità richiedesse al titolare di sottoscrivere un *search report* emesso dal SIPO (*State Intellectual Property Office*). Il *search report* viene ora sostituito dall'*evaluation report* che contiene analisi e valutazioni espresse dal SIPO.

L'evaluation report potrà essere direttamente utilizzato come prova qualora la controversia dovesse essere radicata di fronte ad un organo giurisdizionale.

La nuova normativa prevede i seguenti **metodi di calcolo del risarcimento** conseguente alla violazione del *patent right*:

- le perdite sofferte dal titolare della privativa
- i guadagni illeciti conseguiti dal contraffattore
- se il danno provocato fosse di difficile determinazione, il calcolo della somma dovuta potrà essere effettuato valutando le royalty del brevetto.

Si segnala infine la **procedura di acquisizione** che la Legge Brevetti precedentemente in vigore non prevedeva.

La novella stabilisce che il titolare di un brevetto possa chiedere alla Corte l'autorizzazione di una prova prima di radicare il giudizio; la Corte potrebbe anche chiedere al titolare/istante di depositare una cauzione per tale richiesta.

Nel caso in cui la cauzione venga versata, la Corte nelle successive 48 ore deve decidere se accogliere o meno la richiesta presentata dal titolare della privativa.

Complessivamente le modifiche apportate dal Legislatore cinese ribadiscono la tendenza delle autorità ad assumere un atteggiamento di intransigenza rispetto alle violazioni dei diritti inerenti la proprietà intellettuale. La Cina è infatti la terza potenza mondiale per quello che concerne il deposito di brevetti: la novella del 2008 intende incoraggiare l'innovazione e consolidare la competitività del Paese a livello internazionale.

Il diritto d'autore sul design di fronte alla Corte di giustizia europea

Avv. Massimiliano Patrini

Con la legge 23 luglio 2009 n. 99 ("legge sviluppo" entrata in vigore il 15 agosto) il legislatore ha nuovamente considerato l'applicabilità della tutela garantita dalla legge sul diritto di autore (legge 22 aprile 1941 n. 633) alle opere di industrial design. Ma il quadro normativo non è ancora definito...

Torna al centro dell'intervento riformatore **l'art. 239 codice della proprietà industriale (CPI)** il quale nella nuova versione introdotta dall'art. 19 della "legge sviluppo" così recita:

La protezione accordata ai disegni e modelli ai sensi dell'articolo 2 numero 10, della legge 22 aprile 1941, n. 633 non opera nei soli confronti di coloro che, anteriormente alla data del 19 aprile 2001, hanno intrapreso la fabbricazione, l'offerta o la commercializzazione di prodotti realizzati in conformità

con disegni o modelli che erano oppure erano divenuti di pubblico dominio. **L'attività in tal caso può proseguire nei limiti del preuso.** I diritti di fabbricazione, di offerta e commercializzazione non possono essere trasferiti separatamente dall'azienda."

Il tortuoso iter normativo

Ricapitoliamo i vari passaggi del percorso che ha condotto all'odierna formulazione per chiarire dubbi e perplessità sulla reale portata della previsione in commento.

- La protezione garantita dalla legge sul diritto di autore per i modelli e disegni è stata introdotta nel nostro ordinamento con l'art. 25 bis del **d.lgvo 95/01**, che ha attuato la Direttiva Comunitaria 98/71. Tale norma prevedeva un **periodo di grazia di 10 anni, a partire dal 19 aprile 2001** (data di entrata in vigore del d. lgvo 95/01), durante il quale le norme della legge sul diritto di autore non erano invocabili nei confronti di quei soggetti che, anteriormente alla data predetta, avessero già intrapreso la fabbricazione, l'offerta e la commercializzazione di prodotti realizzati in conformità con disegni o modelli che erano, oppure erano divenuti, di pubblico dominio
- L'art. 239 CPI ha poi recepito il contenuto dell'art. 25 bis del d.lgvo. 95/01, mantenendo, nella sua versione originaria, il periodo di grazia decennale.
- L'art. 239 CPI è stato successivamente oggetto di nuova revisione, per mezzo del d.l. 15 febbraio 2007 n. 10, il quale ha eliminato il periodo di grazia decennale, limitando quindi la possibilità di azionare la tutela in parola rispetto a quei prodotti che, alla data del 19 aprile 2001, non fossero già caduti in pubblico dominio, a nulla più rilevando il decorso del periodo di dieci anni. Sul punto occorre anche precisare che l'interpretazione giurisprudenziale prevalente era comunque nel senso di escludere dall'applicazione delle norme a tutela del diritto di autore **soltanto quei soggetti che avessero iniziato la fabbricazione delle "copie" prima del 2001.**
- L'art. 239 CPI nell'ultima e attuale versione conserva questa impostazione e impedisce di invocare il diritto di autore in relazione a quei prodotti che fossero già in pubblico dominio alla data del 19 aprile 2001. Al contempo, la modifica introdotta dalla "legge Sviluppo" **stabilisce il limite del c.d. "preuso"**, recependo l'indicazione dei nostri Tribunali e traducendola in pre-cetto normativo.

Il "preuso"

Iniziare oggi una attività di fabbricazione di modelli proteggibili alla luce delle norme sul diritto di autore costituisce **attività illecita (a prescindere dalla circostanza che l'opera fosse in pubblico dominio alla data del 19 aprile 2001).**

Da un lato, la nuova formulazione dell'articolo 239 CPI **conferma la limitazione della protezione** accordata dal diritto di autore, **senza alcun periodo di grazia**, a favore di coloro i quali ebbero a iniziare la produzione di "copie" di opere dell'industrial design **prima del 2001** (allorché, lo ripetiamo, tale protezione non poteva essere invocata, a causa del vuoto legislativo a quel tempo esistente).

Dall'altro lato, circoscrive la possibilità di proseguire in questa attività, esclusivamente nei limiti entro i quali la riproduzione dell'opera protetta è stata realizzata (a questo riguardo sarà comun-

que interessante comprendere quale **interpretazione del concetto di “preuso”** sarà adottata dalle Sezioni Specializzate dei nostri Tribunali).

Interpretazione che potrà anche andare nella direzione della definitiva “stabilizzazione” del diritto di preuso a favore di quei soggetti che abbiano iniziato la produzione di copie di prodotti proteggibili ai sensi delle norme sul diritto di autore, anteriormente al 19 aprile 2001.

La descritta soluzione costituisce recepimento delle istanze già sollevate da parte della giurisprudenza nazionale, della avvocatura nonché, ovviamente, degli stessi operatori del settore (architetti, stilisti, designer, creatori del gusto e della moda). Per questi ultimi è chiaro che il riconoscimento del diritto di autore rappresenta ragione di prestigio professionale, con importanti riflessi sui diritti di utilizzazione economica allo stesso collegati e che, in virtù dell’art. 44 CPI durano per **tutta la vita dell’autore e sino al termine del settantesimo anno solare dopo la sua morte o dopo la morte** dell’ultimo dei suoi coautori.

Il Tribunale di Milano chiama in causa la Corte di Giustizia Europea

Ancor prima dell’entrata in vigore del nuovo testo dell’art. 239 CPI, la Sezione Specializzata del Tribunale di Milano ha deciso, con due distinte ordinanze di rimessione in data **31 aprile e 28 maggio 2009**, di rivolgersi alla Corte di Giustizia Europea chiedendo al massimo organismo Comunitario di pronunciarsi sui seguenti quesiti:

- se gli articoli 17 e 19 della Direttiva 98/71 (in base alla quale la tutela del diritto di autore per l’industrial design è stata introdotta nel nostro ordinamento) vietino di escludere tale tutela per le opere anteriori alla entrata in vigore della norma di attuazione (19 aprile 2001)
- se, in caso di risposta affermativa al quesito n. 1, l’applicazione del diritto di autore alle opere anteriori pregiudichi da subito oppure solo dopo un periodo di grazia i diritti dei terzi utilizzatori.

Proprio alla luce di questa iniziativa della Corte milanese e delle risposte che verranno fornite dalla Corte di Giustizia, la questione si presenta tutt’altro che conclusa, sia nelle aule del Parlamento, che in quelle dei Tribunali. Vedremo quali saranno i prossimi sviluppi e le indicazioni che il Giudice comunitario fornirà al nostro ordinamento.

Nell’attesa, ricordiamo che **la possibilità di invocare il diritto di autore è ormai una realtà anche per creazioni più recenti** che, dal 2001 ad oggi, ben possono aver trovato quell’accreditamento e quella visibilità (esposizioni, mostre, cataloghi specializzati, pubblicazioni editoriali, recensioni ecc.) che sono utili, se non indispensabili, per dimostrare che la singola creazione possa ricadere nell’alveo delle opere protette dalla legge sul diritto di autore e, dunque, avvantaggiarsi anche degli strumenti di tutela processuale garantiti dal Codice della Proprietà Industriale.

Marchio comunitario: diminuiscono le tasse

Raffaella Barbuto

La Commissione Europea ha deciso di ridurre le tasse da pagare all'UAMI per la registrazione dei marchi comunitari e di semplificare la procedura di registrazione, allo scopo di rendere più conveniente e facile la protezione dei marchi nell'UE.

La preventiva registrazione dei segni distintivi rappresenta uno strumento imprescindibile per la lotta alla contraffazione. Tuttavia, le spese elevate per la registrazione spesso scoraggiano le PMI. Fino ad aprile 2008, oltre alla **tassa di deposito** da pagare con la domanda di registrazione, occorreva pagare anche una **tassa alla fine della procedura di esame**. Il totale dovuto (deposito + registrazione) era di **1.750,00 euro**.

A partire dal 1 maggio, la tassa di deposito per ottenere un Marchio comunitario è aumentata leggermente, ma **sparisce completamente la tassa di registrazione**.

Le riduzioni implicano una diminuzione di circa il 40%: l'unica tassa dovuta è di **900,00 euro** per un deposito di **un marchio, fino a tre classi**, con procedura E-filing. È previsto un supplemento di 150,00 euro per il deposito con la procedura ordinaria (deposito cartaceo).

Questo abbassamento significativo delle tasse permette alle imprese di:

- registrare nell'Unione Europea i propri marchi a un costo contenuto
- ottenere dei titoli per la protezione dei propri marchi.

L'intento è quello di incentivare la registrazione dei marchi e permettere anche **alla piccole e medie imprese** di tutelare i propri segni distintivi e le idee creative che rappresentano elementi fondamentali della loro forza competitiva.

Come affermato da Charlie Mc. Crevy, Commissario per il mercato interno, *"La diminuzione delle tasse e la semplificazione della procedura rendono molto più conveniente e facile ottenere la protezione dei marchi in tutta l'UE, con conseguente incentivo allo spirito imprenditoriale e al commercio, essenziale in tempi di crisi economica"*.

L'ingiunzione di pagamento europea

Avv. Maurizio Gardenal e Avv. Christian Montana

Il 12 dicembre 2008 è entrato in vigore il Regolamento CE n. 1896/2006 che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento. Questo nuovo strumento semplifica ulteriormente le procedure di recupero dei crediti commerciali nei rapporti tra creditori e debitori residenti o domiciliati all'interno della UE, ad eccezione della Danimarca.

Il Regolamento – emanato dal Parlamento e dal Consiglio UE il 12 dicembre 2006 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 30.12.2006, L 399 - introduce un'ingiunzione di pagamento che prevede meccanismi uniformi e semplificati, particolarmente efficaci soprattutto nel **recupero di crediti non contestati**. Ecco, in estrema sintesi, le principali caratteristiche.

La **domanda di ingiunzione** di pagamento europea è presentata dinanzi al giudice competente (determinato secondo le norme comunitarie e in particolare il Regolamento 44/2001) utilizzando un **modulo standard** allegato al Regolamento, avente pertanto un contenuto tipico e predeterminato.

Il Regolamento prevede la possibilità di presentare la domanda su supporto cartaceo oppure tramite qualsiasi altro mezzo di comunicazione, anche elettronico, accettato dallo Stato in cui la domanda viene presentata.

Il Giudice deve esaminare la fondatezza della domanda e il soddisfacimento dei requisiti previsti dal Regolamento. Se dette condizioni sono soddisfatte, deve emettere quanto prima, di norma **entro trenta giorni dalla presentazione della domanda**, l'ingiunzione di pagamento europea. Anche in tal caso verrà utilizzato un **apposito modulo** allegato al Regolamento 1896/2006.

Procedure semplificate sono previste in tema di **notifiche degli atti**, posto che il Regolamento ammette varie possibilità (tra cui le notifiche via **fax** o via **posta elettronica**), fermo restando il ricorso alle procedure generali di cui al Regolamento 1348/2000.

L'**eventuale opposizione** all'ingiunzione europea va presentata dinanzi al Giudice che l'ha emessa, **entro 30 giorni dalla notifica** della stessa, anche in tal caso **utilizzando un modulo standard** allegato al Regolamento. L'opponente non è tenuto a precisare in tale sede le ragioni dell'opposizione.

A seguito dell'opposizione, si apre dinanzi al Giudice d'origine una procedura di accertamento del credito secondo le proprie norme di procedura civile interne.

Va tuttavia segnalato che **il creditore**, nel presentare la domanda di ingiunzione di pagamento, **ha la facoltà di dichiarare la propria contrarietà al passaggio al rito ordinario**. In tal caso, l'eventuale opposizione del debitore determina l'estinzione del procedimento.

In caso di mancata opposizione, entro i termini e con le modalità di cui sopra, il Giudice d'origine **dichiara esecutiva l'ingiunzione di pagamento europea, utilizzando** anche in tale ipotesi **un apposito modulo** accluso al Regolamento 1896.

L'ingiunzione, una volta divenuta esecutiva nello Stato membro d'origine, è **riconosciuta ed eseguita negli altri Stati membri senza che sia necessaria alcuna dichiarazione di esecutività** in tali Stati e senza che sia possibile opporsi al suo riconoscimento, fatti salvi soltanto alcuni casi eccezionali in cui è ammesso il riesame del provvedimento di ingiunzione.

Il Regolamento contiene altresì disposizioni in materia di **spese di giudizio e di assistenza legale**, quest'ultima espressamente definita come non obbligatoria, sia per il ricorrente, sia per l'opponente. Tali disposizioni necessiteranno peraltro di essere coordinate con le norme nazionali in materia di rappresentanza processuale.

Infine, è opportuno sottolineare come lo strumento dell'ingiunzione di pagamento europea costituisca una procedura alternativa, che **non pregiudica la possibilità per il creditore di avvalersi di altri procedimenti e meccanismi previsti da altre normative**, sia europee che nazionali, ove ne ricorrano i presupposti (ad esempio, ricorso per decreto ingiuntivo, sequestri ed altre misure cautelari, altre procedure europee semplificate di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni).

NUU 600: come modificare un credito documentario?

Domenico Del Sorbo

Le Norme ed Usi Uniformi relativi ai Crediti Documentari NUU 600/07, disciplinano all'art. 10 le Modifiche al credito documentario, prassi molto comune nell'ambito delle transazioni commerciali internazionali regolate a mezzo L/C.

Modificare un credito documentario vuol dire cambiare uno o più termini previsti dalla garanzia, a causa dell'**impossibilità del compratore e/o del venditore di rispettare le condizioni originarie fissate nell'accordo commerciale** e riflesse nello strumento di pagamento.

Questi gli elementi che più frequentemente sono oggetto di modifica:

- la data ultima di spedizione della merce (e quindi la data di validità del credito)
- il luogo di spedizione e/o di arrivo della merce
- i documenti da presentare per l'utilizzo del credito
- la possibilità o meno di effettuare spedizioni parziali
- la richiesta di conferma
- l'importo del credito.

Nonostante le parti definiscano preventivamente termini e condizioni, spesso a ricevimento dell'apertura di un credito in suo favore, il beneficiario può trovarsi nella condizione di non poter adempiere ad alcune obbligazioni originarie, perché incongruenti con quanto stabilito nel contratto di compravendita internazionale sottostante o perché non si è più in grado di rispettare tali obbligazioni.

In questi casi è di fondamentale importanza **apportare le modifiche prima che il credito venga utilizzato** e capire come comportarsi affinché le stesse possano ritenersi operative ed efficaci. L'art. 10, commi a), b), c) NUU 600, riprende, pressoché, integralmente i punti d (i) – d (ii) – d (iii) dell'art. 9 NUU 500. Rimangono quindi invariate le seguenti previsioni:

- per qualsiasi modifica alle condizioni originarie del credito, continua a essere necessario l'accordo - esplicitamente manifestato - di tutte le parti coinvolte nell'operazione (ordinante/compratore, beneficiario/venditore, banca emittente ed eventuale banca confermante)
- l'impegno irrevocabile della banca emittente alle modifiche del credito documentario dal momento in cui le emette e, la possibilità, se disponibile, per la banca confermante di estendere la propria conferma alla/e modifica/che eventuali. La banca confermante può anche decidere di avvisare una modifica al beneficiario, senza estendere la propria garanzia alle nuove condizioni della L/C. In questo caso, però, deve informare, senza ritardo, sia la banca emittente che il venditore/esportatore
- l'obbligo, per il beneficiario, di comunicare l'accettazione o il rifiuto della modifica: per iscritto o mediante comportamenti concludenti. A tal fine, l'utilizzo del credito documentario in conformità alle modifiche intervenute, sarà considerato come accettazione da parte del beneficiario di tali modifiche. Se invece il beneficiario dovesse utilizzare il credito in base alle condizioni originarie, le modifiche si considererebbero rifiutate.

Cosa è cambiato rispetto alle NUU 500

Le NUU 600 introducono tre nuovi punti corrispondenti ai commi d), e), f) dell'art. 10, NUU 600:

- *“la banca che avvisa una modifica deve informare la banca dalla quale ha ricevuto la modifica di qualunque comunicazione di accettazione o di rifiuto”*
- *“l'accettazione parziale di una modifica non è consentita ed è da considerarsi comunicazione di rifiuto della modifica stessa”*. Nelle NUU 500 l'accettazione parziale di una modifica, invece, veniva considerata priva di effetto. Il beneficiario, quindi, deve stare attento a non comunicare per

iscritto alla banca che gli ha avvisato la modifica una sua accettazione parziale, che verrebbe, invece, considerata come un rifiuto della stessa

- “la condizione presente in una modifica secondo la quale la stessa sarà da intendersi valida se il beneficiario non la rifiuta entro un certo termine non sarà presa in considerazione”. Con questa disposizione si pattuisce, espressamente, che non verranno prese in considerazione quelle clausole all’interno del messaggio Swift MT 707 di notifica delle modifiche, che rendono le stesse efficaci qualora il beneficiario non manifesti la propria volontà di rifiutarle entro un determinato periodo di tempo (c.d. silenzio/assenso).

Struttura dell’operazione

Il credito documentario sarà quindi modificato se:

- il compratore richiede la modifica alla propria banca, fornendo le istruzioni per l’esecuzione
- c’è l’assenso della banca emittente e un messaggio swift MT 707 di modifica inviato alla corrispondente con l’indicazione delle intervenute variazioni nel credito documentario
- la banca avvisante, a ricezione del messaggio di modifica provvede a notificare il testo al beneficiario, evidenziando l’eventuale assenso alle variazioni apportate nella garanzia, laddove svolga anche il ruolo di banca designata e/o confermante
- il beneficiario comunica la decisione finale per iscritto o attraverso comportamenti concludenti.

Suggerimenti per evitare le riserve bancarie

Al ricevimento di un credito documentario, è utile porsi alcune domande per **verificare la rispondenza del testo della L/C alle condizioni originarie** stabilite dalle parti, nonché al contratto di compravendita internazionale sottostante:

- Il credito documentario è soggetto alle NUU 600?
- I nomi e gli indirizzi dell’Ordinante (importatore) e del Beneficiario (esportatore) sono completi e corretti?
- Ci sono altri termini o condizioni nel testo del credito che non possono essere rispettati?
- I termini prescritti nel credito corrispondono a quelli del contratto commerciale?
- I prezzi sono corretti? Descrizione, prezzo e quantità delle merci sono in linea con i termini del contratto?
- Ci sono documenti che devono essere legalizzati?
- Le condizioni di assicurazione del credito sono accettabili?

La modifica dei termini di validità del credito o dell’importo è un aspetto rilevante da considerare, poiché la banca emittente e/o la banca confermante saranno chiamate ad allargare il proprio impegno nei confronti del beneficiario, **prolungando il periodo di tempo per il quale si assumeranno il rischio** e ciò comporterà, di conseguenza, una **rivalutazione** dello stato di **solvibilità** e garanzia del **cliente** e del suo **paese** di residenza (per la banca confermante si tratterà di rivalutare, invece, la solvibilità della banca emittente).

Pertanto, se nel frattempo lo standing creditizio dell'ordinante e/o della banca emittente è peggiorato, o il rischio Paese dell'importatore è aumentato a causa di eventi di natura politico-economica, le banche coinvolte nell'operazione potranno anche rifiutarsi di rinnovare il proprio impegno alle nuove condizioni della L/C.

Crediti documentari: silent confirmation o star del credere?

Domenico Del Sorbo

La conferma in un credito documentario consente al beneficiario/esportatore, di coprire rischio insolvenza banca emittente e rischio paese attraverso l'intervento di una banca, detta confermante, che si impegna a **pagare pro soluto** con propri fondi **in presenza di documenti conformi**.

La banca confermante può assumere nei confronti del beneficiario una separata e autonoma obbligazione a pagare (in caso di insolvenza della banca emittente e di default del paese della banca emittente) qualora quest'ultima banca abbia autorizzato, nel momento di emissione della L/C, la possibilità di conferma mediante apposita richiesta nel **campo 49** del messaggio **swift MT 700**.

Generalmente, si ricorre a questo strumento in presenza di transazioni con controparti operanti in Paesi in via di sviluppo o caratterizzate da **rischio politico medio-alto**. Ci sono paesi, però, che non concedono alle proprie banche l'autorizzazione a richiedere la conferma alla banca del beneficiario. Che fare, allora, in questi casi?

1. Silent Confirmation

Con il termine *silent confirmation* si intende la conferma di una lettera di credito da parte di un istituto bancario o finanziario esterno al credito - di solito si tratta di un **forfaiter** - in assenza di specifica richiesta/autorizzazione della banca emittente.

Ricorrendo a tale strumento, il venditore si garantisce contro il **rischio insolvenza banca emittente** e il **rischio Paese**, che vengono trasferiti direttamente al forfaiter con cui ha stipulato il contratto di *silent confirmation*.

In tale accordo il forfaiter non interviene nell'esame e nella negoziazione dei documenti (di solito delega questo compito a una banca gradita), sottoponendo la validità della *silent* alla presenza della specifica banca designata nel credito documentario sottostante.

L'efficacia dello strumento dipenderà dall'esito del **controllo documentale** svolto dalla banca designata, la quale effettuerà una prestazione solutoria in presenza di **documenti conformi** e di fondi della banca emittente.

Se quest'ultima, però, non dovesse adempiere per uno degli eventi connessi a rischio insolvenza banca e/o rischio paese, il rischio di mancato pagamento si trasferirebbe al forfaiter, che dunque, proprio in virtù della *silent confirmation*, dovrà pagare il beneficiario, dietro presentazione di specifica documentazione indicata nel contratto di *silent*.

2. Star del credere

Lo star del credere è un contratto (sempre **extra credito documentario**) con cui un soggetto, di solito una banca, si assume l'impegno a coprire il rischio insolvenza banca emittente e rischio paese.

A differenza della *silent confirmation*, **la banca che emette la garanzia** sotto forma di star del credere, **sarà la stessa banca designata** che compare nella lettera di credito.

Dopo aver attentamente valutato lo "*standing*" della banca emittente e la situazione del paese in cui essa opera, la banca designata - proponendo al venditore lo star del credere - **diventa di fatto la banca confermante seppur extra credito documentario**.

Ricorrendo a tale strumento **il beneficiario è garantito** non solo contro il rischio insolvenza banca emittente e rischio paese, ma **anche contro il rischio tecnico del controllo documentale**. La banca designata con il contratto dello star del credere si assume, infatti, anche il rischio della verifica dei documenti, in quanto pagherà il beneficiario a presentazione di documenti conformi.

- Nella *silent confirmation*, il forfaiter non paga il beneficiario se la banca emittente riscontra discrepanze (nel caso in cui nel credito documentario non sia presente una banca designata).
- Nello star del credere, invece, se la banca emittente riscontra discrepanze, il beneficiario sarà comunque pagato dalla banca designata.

Vantaggi e svantaggi dei due strumenti di garanzia del credito

La **silent confirmation** rende più facile la conferma di un credito in quanto:

- non è necessaria l'esplicita richiesta di aggiungere la conferma nel testo della L/C
- la ricerca dell'istituto disposto a confermare il credito può spaziare oltre i confini nazionali e può riguardare anche istituti operanti sul mercato del forfaiting, specializzati nella valutazione del rischio paese debitore e del rischio banca.

A fronte di questi vantaggi, la *silent confirmation* presenta però alcuni punti critici:

- il beneficiario supporta il rischio della perdita dei documenti fino alle casse della banca designata (di solito una banca europea)
- gli stessi documenti sono analizzati da un soggetto diverso rispetto all'istituto bancario/finanziario che ha coperto il rischio al beneficiario.

Con lo star del credere, invece, il venditore ha un limitato rischio di perdita dei documenti e si relaziona con una banca che si comporta, di fatto, come una tradizionale banca confermante, con una sola differenza:

- la banca confermante in un credito documentario effettua la prestazione di pagamento su base pro soluto, con documenti conformi, nel rispetto delle indicazioni del credito (a vista o a scadenza)
- la banca che propone lo star del credere, verificata la conformità dei documenti, prima di pagare chiederà i fondi alla banca emittente il credito. Se quest'ultima sarà insolvente, la banca designata effettuerà il pagamento al beneficiario su base pro soluto in virtù dello star del credere.

Il credito rotativo (Revolving LC)

Domenico Del Sorbo

Per credito rotativo, meglio conosciuto come "revolving credit", si intende una singola lettera di credito che copre spedizioni multiple di merceologie omogenee frazionate nel tempo.

Si tratta di un credito ripristinabile, che viene emesso in presenza di una transazione commerciale distribuita su un lungo periodo, tra il **medesimo esportatore e importatore**. Questo tipo di L/C si caratterizza per il ripristino dell'importo originario del credito ogni volta che viene utilizzato. Le parti evitano, così, l'apertura di un credito documentario per ogni spedizione, con evidenti **vantaggi in termini di costi e tempi**.

Un credito rotativo per essere tale, deve contenere nel testo l'esatta dicitura "revolving", e riportare le condizioni di utilizzo nel **campo 47 A "Additional Conditions"** del messaggio swift MT S700. In pratica l'impegno ad effettuare la prestazione concordata da parte dell'istituto bancario si rinnova, di volta in volta, **senza che debbano essere apportate modifiche al credito** stesso, che viene messo a disposizione del beneficiario per un determinato numero di volte previste nella L/C.

L'impegno della banca emittente e dell'eventuale banca confermante sarà, rappresentato dall'**importo massimo utilizzabile** e non dall'importo nominale del credito, che indica solo il valore del singolo ripristino.

Il credito rotativo non **trova espressa menzione nelle Norme ed Usi Uniformi**. Pertanto non va confuso con un credito per spedizioni parziali o frazionate come disciplinato dagli artt. 31 e 32 delle NUU 600.

Oggigiorno, molte banche emittenti preferiscono emettere lettere di credito revolving **non automatiche**: ovvero che necessitano di modifiche per essere ripristinate. Questo perché la banca emittente vuole limitare il suo impegno solo all'importo/valore di ogni singolo credito ripristinato (lo standing creditizio dell'acquirente potrebbe mutare nel tempo, perciò, prima di rinnovare il suo impegno ad effettuare la prestazione concordata, preferisce esaminare di nuovo il merito creditizio dell'ordinante).

Esempio di credito revolving "time-related"

Il compratore/importatore fa emettere dalla sua banca un credito documentario che **ruota** dopo un dato periodo di tempo (settimana, mese, anno). Il beneficiario/venditore potrà, quindi, utilizzare un certo ammontare del credito complessivo (suddiviso in tranche/rate fisse) entro una certa scadenza (settimana - mese - anno), dopo la quale la L/C si ripristina automaticamente.

Supponiamo che l'acquirente estero sia disponibile a ricevere consegne di merci programmate e distribuite nel tempo - ogni mese per **6 mesi** - pagando mensilmente l'equivalente di € 100.000. L'obbligazione totale dell'importatore sarà pari, complessivamente, a € 600.000, e la L/C si rinnoverà automaticamente l'ultimo giorno di ogni mese secondo calendario. Il credito documentario rotativo così emesso può avere due tipi di utilizzo.

Utilizzo cumulativo

In caso di mancato utilizzo di uno degli importi è ugualmente possibile utilizzare gli stessi, ossia addizionarli alla tranche successiva, a patto che tale previsione sia **espressamente riportata** nel testo del credito.

Ritorniamo all'esempio precedente e supponiamo che la L/C, emessa il 3 febbraio 2009 con scadenza 31 luglio 2009, preveda il ripristino automatico del credito l'ultimo giorno di ogni mese. Quindi, il 28 febbraio, il beneficiario potrebbe incassare la tranche di 100.000 euro a presentazione di documenti conformi. Se questo non accade, tale importo va a sommarsi a quello successivo, consentendo all'esportatore di poter incassare il 31 marzo l'equivalente di € 200.000.

Utilizzo non cumulativo

Se, invece, il credito documentario ha un utilizzo non cumulativo, qualora una tranche non venga utilizzata, non potrà essere cumulata negli utilizzi successivi.

Se il venditore spedisce un ammontare di merce pari a € 90.000 nel mese di febbraio, non potrebbe ottenere e, quindi, recuperare i residui € 10.000, inviando fornitura extra nel mese successivo.

Nel credito revolving "value-related", invece, non ci sono disposizioni specifiche sul quando la merce deve essere spedita, ma si definisce nel testo l'ammontare disponibile per ogni utilizzo. Il credito documentario ruota, ovvero si ripristina al suo valore originario complessivo, a ogni utilizzo di quell'ammontare, per tutto il tempo della validità del credito.

Vantaggi e svantaggi

Attualmente il ricorso al credito documentario rotativo è piuttosto scarso. Tuttavia, se ci si affida ad operatori specializzati e si prevedono opportunamente tutte le condizioni di rotatività, la L/C revolving può rivelarsi uno strumento vantaggioso per gli operatori commerciali coinvolti, in presenza di transazioni commerciali con caratteristiche simili a quelle sopra esaminate:

- il compratore può spuntare sul mercato condizioni più favorevoli e ripartire le spedizioni secondo una pianificazione delle consegne. Dall'altro lato, però, l'emissione di una L/C revolving comporta un'esposizione maggiore in quanto l'importo oggetto del credito è rappresentato da ogni singola L/C moltiplicata per il numero di volte in cui si rinnova automaticamente
- il venditore può definire subito un contratto a medio/lungo termine, pianificare la produzione e, quindi, le consegne ed essere sicuro che il venditore adempirà alla sua prestazione per l'intero ammontare del contratto di fornitura
- entrambi, inoltre, possono ridurre le commissioni bancarie e i tempi di gestione amministrativa.

Diritto francese: novità sui termini di pagamento

Avv. Arianna Righi

Con la legge 2008-776 "per la modernizzazione dell'economia" del 4 agosto 2008 il legislatore francese ha introdotto interessanti novità in materia di termini di pagamento per gli acquirenti professionali e i distributori che acquistano merci e servizi da fabbricanti, rivenditori e fornitori di servizi francesi.

La *Loi de modernisation de l'économie* (detta anche LME) per ridurre i termini di pagamento in Francia (pari in media a 67 giorni, mentre la media europea è di 57 giorni) ha introdotto nel Codice commerciale francese:

- tetti massimi ai termini di pagamento
- un aumento dell'importo minimo delle penali per pagamento tardivo.

I nuovi termini di pagamento e gli importi delle penali per ritardato pagamento sono applicabili ai contratti conclusi **a partire dal 1° gennaio 2009**.

1. Plafond dei termini di pagamento

Nel diritto francese - fatti salvi i termini inderogabili di pagamento stabiliti per le derrate alimentari e i trasporti - **in assenza di un accordo** tra le parti o di una stipulazione delle condizioni generali di vendita sul termine di pagamento, quest'ultimo è di **30 giorni** dalla data di ricevimento della merce o di realizzazione della prestazione convenuta.

La LME ha fissato un tetto massimo ai termini di pagamento definiti tra le parti: non potranno superare 45 giorni "fine del mese" o 60 giorni dalla data d'emissione della fattura.

A determinate condizioni e al fine di tener conto delle specificità di determinati comparti industriali o commerciali, **accordi professionali settoriali potranno derogare a tali plafond** aumentandoli temporaneamente, riducendoli o prevedendo che la data di inizio di tali termini è la data della consegna delle merci o di realizzazione della prestazione.

2. Importo delle penali per ritardato pagamento

Nel diritto francese le condizioni di pagamento convenute o previste dalle condizioni generali di vendita e la fattura del fornitore devono precisare le condizioni di applicazione e il tasso di interesse delle penali di ritardo, che sono esigibili, in caso di ritardato pagamento, il giorno seguente la data di pagamento indicata sulla fattura.

Fino all'entrata in vigore della LME, il tasso minimo delle penali applicabili agli acquirenti professionali in caso di mancato pagamento alla data stabilita era di 1,5 volte il tasso dell'interesse legale.

La LME ha alzato il tasso minimo di tali penali a **3 volte il tasso d'interesse** legale. In Francia tale tasso nel 2009 era pari al 3,79% e quindi ad oggi l'importo minimo delle penali è di **11,37%**.

In assenza di una stipulazione nelle condizioni generali di vendita o nell'accordo tra le parti o nella fattura del venditore, il tasso delle penali per il ritardato pagamento, in applicazione della LME, è uguale al **più recente tasso applicato dalla Banca Centrale Europea** alle sue operazioni di rifinanziamento **aumentato di 10 punti** (e non più, come in passato, di 7 punti). Tale tasso figura sul sito internet della BCE.

3. Sanzioni

Dal 1° gennaio 2009 è considerata una pratica abusiva il fatto di imporre a un partner commerciale condizioni di pagamento che non rispettino il plafond fissato dalla legge (60 giorni o 45 giorni "fine del mese") o che deroghino, in sfavore del creditore e senza un motivo oggettivo, al termine di pagamento suppletivo dei 30 giorni. In particolare, è considerato abusivo il fatto per il debitore di **richiedere al creditore**, senza una giustificazione oggettiva, **di ritardare la data d'emissione della fattura**.

Qualsiasi persona che possa giustificare un interesse, ma anche il ministro dell'Economia, potrà far valere queste disposizioni per far rispettare i termini di pagamento convenuti o legali. In particolare, tali soggetti potranno introdurre un'azione innanzi il giudice civile o commerciale competente per richiedere il risarcimento del danno, far ordinare la cessazione delle pratiche abusive e pronunciare ammende civili **fino all'importo di 2 milioni euro**.

Qualora invece le parti non abbiano convenuto il termine di pagamento e il termine suppletivo di 30 giorni non sia rispettato, il contravvenente si espone all'applicazione di una **sanzione penale** (un'ammenda fino a 15.000 euro per le persone fisiche e a 75.000 euro per le persone giuridiche). Tale sanzione si applica anche nel caso in cui le condizioni di pagamento non indichino le modalità di applicazione e l'importo delle penali per ritardato pagamento.

4. Applicazione del plafond dei termini di pagamento nei contratti internazionali

L'applicazione di tali nuove disposizioni sui termini di pagamento ai contratti internazionali (per esempio contratti di vendita o di distribuzione tra un venditore italiano ed un acquirente francese) **si impone nel caso in cui tale contratto sia disciplinato dal diritto francese**.

Tuttavia, è probabile che nel futuro i tribunali si pronuncino sulla natura di "norma di applicazione necessaria" del tetto massimo dei termini di pagamento introdotto dalla LME, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 sulla **legge applicabile alle obbligazioni contrattuali** (o dell'art. 9 del Regolamento CE 593/2008 detto «**Roma I**», che si applicherà ai contratti conclusi **dopo il 17 dicembre 2009**).

In questo caso e per i contratti di vendita non soggetti al diritto francese, ma disciplinati dal diritto di un altro Paese dell'UE, per esempio il diritto italiano, in cui uno dei contraenti sia francese, un giudice transalpino potrebbe considerare che l'acquirente deve rispettare il plafond dei termini di pagamento vigenti nel diritto francese.

Tale è il punto di vista della DGCCRF francese (Direzione Generale della Concorrenza, del Consumo e della Repressione delle Frodi), la quale ha già indicato che verificherà che creditori francesi non si vedano imporre termini di pagamento anormalmente lunghi da parte dei loro debitori, in particolare da coloro che utilizzeranno **centrali di pagamento all'estero con l'unico scopo di evitare l'applicazione delle norme francesi**.

Recupero crediti nell'Ue: decide il giudice dello Stato del compratore

Roberto Salini

Con ordinanza n. 21191 del 5 ottobre 2009, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha stabilito il principio secondo cui, in caso di vendita in uno Stato membro dell'UE, qualora il compratore non dovesse pagare il prezzo, salvo diverso accordo fra le parti, l'esportatore italiano per recuperare il proprio credito deve rivolgersi al giudice dello Stato del compratore.

Il recente intervento della Suprema Corte in tema di giurisdizione rappresenta l'ennesima doccia fredda per l'esportatore italiano in ambito comunitario.

L'ordinanza non può che destare malumori tra gli imprenditori impegnati nel concludere affari e poco interessati alle schermaglie giuridiche.

Il caso in questione può essere facilmente ricostruito:

- l'impresa straniera ordina a quella italiana merci per un corrispettivo di tutto rispetto
- l'italiana consegna le merci al vettore presso il proprio stabilimento
- ricevuto il tutto, la straniera non paga
- l'italiana inizia un'azione giudiziaria in Italia per il recupero del proprio credito
- la straniera eccepisce in giudizio il **difetto di giurisdizione del giudice italiano**
- la Corte di Cassazione conferma l'eccezione e impone al venditore italiano di rivolgersi al giudice straniero per il recupero del proprio credito.

In altre parole, per recuperare il maltolto l'italiana dovrà agire di fronte al giudice straniero, sotto la cui giurisdizione si è perfezionata la consegna delle merci.

La Suprema Corte afferma testualmente: «*Indipendentemente dallo Stato in cui il vettore abbia preso in consegna i beni oggetto di un contratto di compravendita internazionale, ogni controversia sull'esecuzione del relativo contratto - inclusa quella per il pagamento delle merci - dovrà proporsi innanzi al giudice dello Stato nel cui territorio è avvenuta la consegna finale dei beni. Ciò in **quanto la disponibilità materiale è l'unica che rileva ai fini dell'individuazione della giurisdizione** (con conseguente irrilevanza della giuridica disponibilità della merce presso l'acquirente sin dal momento della presa ad opera del vettore)*».

Messo alle corde dalla propria giurisprudenza, l'italico esportatore attivo in ambito comunitario si vedrà dunque costretto a metter mano ai propri contratti, cercando di **esplicitare un luogo di consegna o un foro competente il più delle volte indigesto a controparte**. Ed è questo, probabilmente, l'unico consiglio pratico in risposta alla severa ordinanza di cui si discute, anche se un simile consiglio non sempre è di facile attuazione.

Competenza giurisdizionale in ambito Ue

Come si sia giunti a un simile risultato, è un dato prettamente tecnico, e, in quanto tale, difficilmente riassumibile in modo chiaro e lineare.

La disciplina europea dettata dal **Regolamento CE 44/01** sulla competenza giurisdizionale prevede espressamente che, in materia contrattuale, in assenza di una clausola di deroga del foro formalmente valida, qualora si intenda agire contro un soggetto comunitario, il giudice competente è quello dello Stato in cui si trova tale soggetto.

Questa regola ammette, tuttavia, una **deroga** in virtù dell'articolo 5 dello stesso Regolamento. Secondo tale articolo, **in caso di compravendita di beni**, è infatti possibile citare un soggetto comunitario anche davanti al giudice del luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto.

Premesso che, quest'ultima norma, ha destato più dubbi che certezze, si è aperto un serrato dibattito circa la puntuale definizione di "**luogo in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto**". Un'imponente giurisprudenza stratificatasi nel tempo, ha chiarito che l'inciso in questione può intendersi in un duplice senso.

Sul punto, nell'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione ci rammenta, infatti, che il luogo di consegna può intendersi:

- secondo un'accezione giuridica
- oppure in senso economico e fattuale.

1. La determinazione del luogo di consegna secondo un'accezione giuridica affonda le sue radici nella **Convenzione di Vienna del 1980** sulla vendita internazionale di beni mobili. Tale Convenzione stabilisce infatti che, salvo diverso accordo tra le parti, **il luogo di consegna coincide con quello in cui i beni sono stati consegnati al primo vettore** per il trasporto al compratore. Da cui ne segue che, ove le merci siano state consegnate al primo trasportatore in territorio italiano, sarà proprio il giudice italiano a dover decidere delle controversie relative al contratto di vendita internazionale.

2. Questa tesi non è stata, tuttavia, condivisa da vari Tribunali italiani, che hanno elaborato un'**interpretazione economica e fattuale di luogo di consegna**.

In questa diversa prospettiva, il luogo di consegna deve intendersi come luogo di trasmissione finale della merce, ossia come **luogo in cui i beni sono entrati nella materiale disponibilità del destinatario**, a prescindere da quello in cui il vettore sia stato eventualmente incaricato della presa delle merci. Da cui possono trarsi le debite conclusioni in tema di giurisdizione, diametralmente opposte a quelle sopra esposte. In ipotesi del genere il giudice competente a conoscere delle domande fondate su un contratto di compravendita internazionale sarà, perciò, quello ove si trova il luogo finale di destinazione delle merci.

L'ordinanza in commento segna quindi la prevalenza di quest'ultima interpretazione, con annessa sconfitta dei nostri esportatori delle cui cause, in assenza di diverso accordo fra le parti, dovrebbero ora in poi occuparsi le straniere giurisdizioni.

BRASILE, CINA, INDIA E RUSSIA

Tipologie societarie per investire in Brasile

Avv. Paolo Manzato

Dopo aver raccolto tutta la documentazione richiesta dalla Camera di Commercio dello Stato dove ci si intende stabilire, la pratica di registrazione della nuova società di norma richiede pochi giorni mentre i costi dipenderanno dalla tipologia societaria e dall'oggetto sociale.

Il Brasile è il più grande Paese dell'America Latina e il quinto in scala mondiale, sia per le sue dimensioni, sia per la popolazione. Membro del Mercosul, il mercato comune del Sud America istituito nel 1991¹, il Brasile è considerato uno dei mercati emergenti più solidi e ha un ordinamento giuridico moderno creato sulla base del nostro diritto romano.

Il Codice Civile brasiliano prevede e regola diversi tipologie societarie. Se si considera il loro scopo, le società si suddividono in:

- società lucrative ("sociedade empresária"), cioè, persone giuridiche che esercitano professionalmente attività economica, organizzata con lo scopo di lucro o di risultato economico, finalizzata alla produzione o scambio di beni e servizi
- società semplici ("sociedade simples"), che non esercitano attività economica organizzata, ma perseguono uno scopo mutualistico, come le c.d. "cooperative" italiane, ancorché adottino la forma delle società "empresárias". La società per azioni è sempre "empresária".

Con riferimento ai soci, le società si dividono in società di persone e società di capitali (come in Italia).

La società acquista la personalità giuridica attraverso **l'iscrizione degli atti costitutivi negli appositi registri** e secondo le forme di legge:

- l'"empresario", inteso come chi esercita professionalmente attività economica organizzata ai fini della produzione o della circolazione di beni o di servizi, e la società "empresária" si iscrive al Registro delle Imprese (presso le "Juntas Comerciais")
- le società semplici si iscrivono invece al Registro Civile delle Persone Giuridiche.

¹ Il Mercosul fu istituito con il Trattato di Assunzione firmato il 26 marzo 1991 da Brasile, Argentina, Uruguay e Paraguay. Nel 1995, sono stati aboliti i dazi doganali tra i quattro Paesi ed è stata istituita una tariffa doganale comune per quanto riguarda i Paesi terzi. Nel 1996, la Bolivia ed il Cile si sono associati al Mercosul, seguiti dal Venezuela, che è entrato a far parte del gruppo nel 2006.

La mancata iscrizione nei Registri comporta molteplici effetti negativi, tra i quali la responsabilità illimitata per le obbligazioni assunte.

Tra le società “empresárias” si annoverano: la Società in Nome Collettivo, la Società in Accomandita Semplice, la Società in Accomandita per Azioni, la Società per Azioni e la Società a Responsabilità Limitata.

Le c.d. **società non personificate** sono quelle società che, non avendo adempiuto agli obblighi di iscrizione negli appositi registri, non sono riconosciute quali persone giuridiche. Sono così classificate le Società Comuni (sociedades em comum), ossia, le c.d. società di fatto o irregolari, e le Società in conto di partecipazione (sociedade em conta de participação).

Per poter operare, alcune società necessitano dell’autorizzazione del Governo Federale brasiliano: ad esempio le società straniere, le agenzie o le organizzazioni delle assicurazioni, le banche e le istituzioni finanziarie.

Tipologie societarie più diffuse

La **Società per Azioni** (“Sociedade Anônima”), il cui capitale si suddivide in azioni e ciascuno dei soci o azionista è obbligato nei limiti del valore delle azioni che sottoscrive o acquista. Per la costituzione di una società per azioni in Brasile occorre la sottoscrizione delle azioni del capitale da parte di almeno due persone. Inoltre, occorre il **versamento immediato di almeno il 10% del prezzo di emissione delle azioni sottoscritte** (a eccezione dei casi in cui la legge richieda una percentuale più elevata).

Il deposito in valuta dovrà essere effettuato presso una banca autorizzata dalla CVM (Comissão de Valores Mobiliários, organo equivalente alla CONSOB in Italia). Le società anonime sono suddivise in **società aperte**, i cui valori sono negoziati nel mercato di valori mobiliari e sotto il controllo della CVM, e **società chiuse**, che non ricorrono al pubblico per la raccolta di fondi, ma ottengono le loro risorse dai propri azionisti o sottoscrittori.

La **Società a Responsabilità Limitata** (“Sociedade Limitada”), società di capitali nella quale la responsabilità di ogni socio è limitata al valore delle sue quote. La “sociedade limitada” deve essere costituita con la partecipazione di almeno due soci, persone fisiche o giuridiche. Non è necessaria la cittadinanza brasiliana o la residenza in Brasile per diventare socio di una “Sociedade Ltda”.

Va rilevato che la legislazione brasiliana **non esige la sottoscrizione o il deposito di un capitale sociale minimo** per la costituzione della società, diversamente da quanto è previsto dalle legislazioni di altri Paesi.

Il capitale è diviso in quote e, al contrario di quanto avviene nelle società per azioni, le quote non possono essere rappresentate da certificati o titoli. Ogni socio versa una parte del capitale sociale ed è direttamente responsabile per la quota che ha sottoscritto e **solidalmente responsabile per la parte sottoscritta, ma non ancora versata**, dagli altri soci. Una volta versate tutte le quote, nessuno dei soci sarà obbligato a rispondere con i suoi beni per le obbligazioni sociali. La responsabilità di ciascun socio, in questo modo, si limiterà al valore della quota versata. I conferimenti dei

soci possono avvenire in valuta o in beni entro il termine fissato dal contratto sociale.

L'ordinamento giuridico brasiliano non contempla specificamente la figura della **Joint Venture**. Ciò nonostante, si possono costituire Joint Venture che assumeranno una delle forme societarie previste dalla normativa nazionale e in particolare la:

- "Joint Venture Societaria", con la costituzione di una nuova società, oppure
- la "Joint Venture Contrattuale", con la quale alcune imprese decidono di cooperare al fine di svolgere attività per un progetto comune.

Il capitale straniero da investire deve assolutamente essere registrato in Brasile, attraverso il **Modulo RDE-IED** ("Registro Declaratório Eletrônico - Investimento Estrangeiro Direto"), integrante il sistema di informazioni del Banco Central - SISBACEN.

Si precisa che l'investimento estero non è sottoposto a previa analisi e verifica da parte del Banco Central, essendo sufficiente allo scopo la suddetta comunicazione al sopraindicato Registro, che è effettuata direttamente dall'azienda che riceve l'investimento estero diretto e/o dal rappresentante dell'investitore straniero.

La registrazione del capitale straniero deve essere effettuata:

- entro 30 giorni dalla liquidazione del contratto di cambio o dai trasferimenti internazionali in Reais; dal contratto privato di compravendita, in caso di alienazione di azioni o di quote a residente; dall'atto societario, negli altri casi
- entro 90 giorni dallo sdoganamento ("desembaraço alfandegário"), quando si tratta di operazioni di investimento in beni.

Non registrare l'operazione o registrarla con informazioni false può far incorrere in multe, a seconda dei casi, da 10.000,00 reais (circa € 3.000,00) a 50.000,00 reais (circa € 15.000,00).

È importante specificare che non vi sono restrizioni né alla distribuzione dei profitti né alla loro conseguente rimessa all'estero. La destinazione delle rimesse dovrà, anche essa, essere registrata nel modulo RDE-IED.

Il **rimpatrio del capitale straniero** registrato presso il Banco Central do Brasil potrà essere effettuato nel paese d'origine in qualsiasi momento, senza bisogno di previa autorizzazione, e sarà soggetto ad **imposta con l'aliquota del 15% soltanto se vi è stato un aumento di capitale**, ossia, se risulta un ammontare che supera l'investimento inizialmente realizzato (tenendo in considerazione l'importo e la valuta risultanti nel registro RDE-IED).

Nel caso in cui l'investitore straniero dovesse trasferirsi in Brasile per amministrare la sua società o comunque inviare del personale per svolgere attività lavorativa in loco, dovrà richiedere gli appositi **visti di permanenza**, ancorché l'interessato rimanga in Brasile per un breve periodo di tempo. Non avendo la residenza, si può comunque investire in un'attività **affidando la carica di Amministratore Unico a una persona fisica residente in Brasile**, non necessariamente brasiliano: in tal caso l'investitore figura come Socio Residente all'Estero e può entrare in Brasile tramite Visto

Turistico della durata di 90 giorni, prorogabili per altri 90 giorni fino ad un totale di 180 giorni l'anno. In questo caso non si potrà lavorare fisicamente nell'azienda e ricevere remunerazioni, ma si potrà riesportare gli utili dopo aver pagato le imposte dovute.

Il Transfer Pricing in Cina

Rosario di Maggio

Le autorità fiscali cinesi, impegnate a proteggere le proprie entrate, stanno mettendo in pratica attivamente il principio di libera concorrenza nella determinazione del prezzo delle transazioni infragruppo e hanno iniziato a effettuare più stringenti verifiche contabili.

L'emanazione, all'inizio del 2009, di una regolamentazione generale in materia di transfer pricing, offre l'occasione per fornire consigli su come difendersi nell'eventualità di una revisione amministrativa.

La materia del transfer pricing riguarda il prezzo caricato tra società collegate situate in giurisdizioni differenti per le proprie transazioni infragruppo. Queste le attività tra una multinazionale straniera e la sua filiale in Cina che possono rientrare nella materia del transfer pricing:

- Fornitura di materie prime
- Vendita di beni finiti
- Fornitura del diritto d'uso della proprietà intellettuale del gruppo
- Fornitura di know-how
- Fornitura di servizi
- Prestazione di garanzie bancarie e di credito
- Fornitura di finanziamenti.

Le linee guida dell'OCSE in materia di transfer pricing stabiliscono che il prezzo delle transazioni fra società collegate dovrebbe avvenire sulla base del **principio di libera concorrenza**. Questo principio utilizza il comportamento di soggetti indipendenti come parametro di riferimento per determinare l'allocazione di profitti e costi nelle transazioni fra parti correlate.

Il metodo migliore per fare un confronto di prezzo per i flussi di prodotti fra due società associate A e B, è di utilizzare come parametro le vendite della società A ad un'altra azienda non correlata. Se non è disponibile alcun tipo di transazione simile, si esaminano le vendite di prodotti similari fra società completamente indipendenti nel libero mercato.

Il nuovo quadro normativo

La nuova regolamentazione cinese in materia di transfer pricing ha per la prima volta introdotto, a carico dei contribuenti, **l'obbligo di predisporre e conservare una dettagliata documentazione delle operazioni di transfer pricing** a supporto della natura concorrenziale delle proprie transazioni con parti correlate.

La documentazione deve essere interamente **tradotta in lingua cinese** e deve essere presentata entro 20 giorni dalla richiesta. Le aziende devono conservare i documenti per un periodo di 10 anni a decorrere dal 1° giugno dell'anno successivo all'esercizio fiscale rilevante.

In sede di dichiarazione annuale d'imposta, le aziende coinvolte in transazioni con parti correlate devono quindi predisporre e presentare il **Rapporto annuale delle transazioni con parti correlate** che si compone dei seguenti documenti:

- Sommario delle transazioni
- Acquisti e vendite
- Servizi
- Beni immateriali
- Trasferimenti di immobilizzazioni
- Finanziamenti
- Investimenti in uscita.

La documentazione deve essere completata entro il 31 maggio dell'anno successivo all'esercizio fiscale in oggetto.

Il regolamento prevede tre casi specifici di **esenzione dall'obbligo di predisporre la documentazione** necessaria:

- l'ammontare delle transazioni di beni materiali con parti correlate è inferiore a 200 milioni di RMB e l'ammontare delle transazioni di beni immateriali con parti correlate è inferiore a 40 milioni di RMB
- la transazione è coperta da un Advance Pricing Agreement (APA)
- l'azionista straniero detiene una partecipazione inferiore al 50% e la società svolge transazioni solo con parti correlate domestiche.

Verifiche dei prezzi di trasferimento

L'abilità amministrativa nella riscossione delle imposte da parte delle autorità fiscali cinesi sta aumentando grazie:

- a un maggiore grado di informatizzazione dell'amministrazione fiscale

- alla creazione di un rigoroso sistema di ispezioni
- alla formalizzazione di procedure di legislazione tributaria che permettono di affrontare le manipolazioni in materia di transfer pricing.

La maggior parte delle verifiche dei prezzi di trasferimento condotte in Cina fino ad ora si è concentrata su transazioni che avevano ad oggetto beni materiali, in particolare contratti di manifattura.

Recentemente, la SAT (State Administration of Taxation) ha iniziato una vasta attività di revisioni fiscali a livello nazionale che si concentrano principalmente sui **pagamenti di royalties** eseguiti da società cinesi verso società estere affiliate. Si tratta generalmente di società operanti nel settore della vendita al dettaglio e dei beni di consumo o in quello dei servizi.

Con l'emanazione della **circolare 363**, molte società in numerose province e municipalità, come Pechino e Tianjin, sono state oggetto di indagini in materia di transfer pricing da parte delle locali autorità fiscali. Il Beijing State Tax Bureau ha, inoltre, recentemente notificato un avviso di richiesta di informazioni dettagliate sulle transazioni con parti correlate a oltre 400 società a partecipazione straniera (FIEs).

Gli uffici delle imposte locali hanno ricevuto istruzione di selezionare i seguenti **obiettivi chiave per la conduzione di investigazioni e verifiche** in materia di transfer pricing:

- società con un significativo ammontare o con vari tipi di transazioni con parti correlate
- società che hanno fatto registrare perdite, bassa redditività o situazioni fluttuanti di profitti e perdite, consecutivamente per un periodo di tempo rilevante
- società la cui redditività risulti inferiore a quella degli altri operatori del medesimo settore
- società che mostrano un'evidente discrepanza fra profitti e profilo funzionale e di rischio
- società che conducono affari con parti correlate residenti in paradisi fiscali
- società che non hanno adempiuto agli obblighi di comunicazione delle transazioni con le parti correlate o di predisposizione della documentazione necessaria società che palesemente violano il principio di libera concorrenza (arm's length principle).

In risposta al fatto che una larga parte delle **aziende manifatturiere a contratto** riportava perdite pur avendo una funzione e un profilo di rischio limitati, la SAT ha identificato questo tipo di aziende quale specifico obiettivo di verifiche fiscali. Le società con le seguenti caratteristiche sono, e continueranno a essere, identificate come bersaglio:

- funzione manifatturiera basata unicamente sui piani globali d'impresa e sugli ordini di produzione di società madre estere
- parent company estere o altre società collegate pienamente responsabili per politiche operative, ricerca e sviluppo dei prodotti e vendite
- mancata sopportazione dei rischi e delle perdite risultanti da politiche inefficaci, sottoutilizzazione della capacità produttiva e scarsa domanda di mercato.

Si presume che queste società conseguano un costante (sebbene potenzialmente relativamente basso) livello di redditività e non siano soggette a rischi di mercato o di funzione. Se ciò non si verifica, vi è un'alta probabilità che le stesse siano soggette a scrutinio da parte delle autorità fiscali.

Se un'azienda viene scelta per essere oggetto di una verifica, le autorità fiscali sono autorizzate a **richiedere qualunque informazione rilevante** (in forma scritta) **per la determinazione del prezzo delle transazioni** con parti correlate. Queste possono includere:

- i documenti costitutivi della società, tra cui lo statuto, i certificati di registrazione operativi e fiscali, i contratti di investimento e di attività, gli studi di fattibilità, i rendiconti finanziari annuali, le relazioni di revisione contabile interna, i libri contabili e le ricevute giustificative, i contratti commerciali e gli altri documenti rilevanti
- informazioni finanziarie, tra cui: profitti/perdite nella vendita di beni, gli indici di rendimento degli investimenti, i profitti sulle vendite, i costi di vendita e le spese operative, i tassi di interesse ed i prezzi pagati per l'acquisto o l'utilizzo di beni materiali ed immateriali.

In seguito all'analisi di queste informazioni il funzionario fiscale determinerà se vi è o no necessità di proseguire con un'ulteriore verifica sul campo. Il lavoro di investigazione in materia di transfer pricing è condotto dall'ufficio delle imposte a livello di contea o municipalità. Tutte le determinazioni conclusive della verifica in materia di transfer pricing devono, tuttavia, essere approvate dalla SAT.

Lo svolgimento di verifiche sul campo da parte delle autorità fiscali è soggetto alle seguenti **regole e procedure**:

- la squadra incaricata di svolgere l'investigazione deve essere composta da almeno due persone
- i soggetti incaricati dell'investigazione devono presentare un'Autorizzazione di verifica fiscale e emettere un Avviso di verifica fiscale
- gli investigatori possono fare domande, richiedere i registri fiscali e condurre verifiche in loco. Devono predisporre un "Registro delle domande" e informare le aziende indagate delle conseguenze legali nel caso in cui mancassero di fornire in modo veritiero le informazioni richieste
- gli investigatori sul campo che richiedono i registri contabili devono, ai sensi dell'articolo 86 della Tax Collection Regulations, predisporre un "Avviso di richiesta dei registri contabili" e una "Lista delle registrazioni contabili richieste" e seguire il procedimento previsto dalla legge
- i problemi individuati e le informazioni ottenute nel corso dell'investigazione devono essere illustrati nel "Registro delle indagini". Il registro deve essere sottoscritto da almeno due degli investigatori e, dove necessario, verificato e convalidato dalla società oggetto dell'indagine
- appunti, registrazioni audio, video, fotografie e copie di documenti originali e informazioni possono essere assunti quando contengono informazioni rilevanti e necessarie relative al caso. Le fonti e i detentori dei documenti originali devono, tuttavia, essere citati
- eventuali testimoni, se necessari, devono essere informati dei propri obblighi legali nel caso in cui non fornissero sinceramente le informazioni richieste.

Il procedimento d'appello

Quando possibile, è sempre raccomandabile risolvere qualunque controversia in materia di transfer pricing (o fiscale) attraverso una negoziazione.

Tuttavia, se questo tentativo fallisce, è possibile presentare un ricorso alle autorità fiscali corredato da nuovi documenti entro 60 giorni per avviare una procedura amministrativa di appello. Una decisione sull'appello deve essere assunta **entro 60 giorni**. Le autorità fiscali possono rivalutare i propri aggiustamenti e, se lo ritengono necessario, consultarsi ulteriormente con il contribuente. Dopo aver esaminato le informazioni e i documenti inoltrati dal contribuente, le autorità fiscali emetteranno un avviso di decisione della revisione, il cui esito è generalmente ritenuto definitivo.

Se il contribuente non è soddisfatto della decisione ha 15 giorni di tempo dal ricevimento della decisione per avviare un **procedimento giurisdizionale di fronte ai Tribunali del Popolo**. Prima di dare il via ad un processo d'appello il contribuente è, tuttavia, obbligato al versamento dell'imposta dovuta, della sanzione e degli interessi. Quando valuta se intraprendere quest'ultimo passo, il contribuente dovrebbe considerare attentamente i potenziali danni al suo rapporto con l'autorità fiscale, le realistiche possibilità di successo, gli effetti sulla reputazione della società e i costi della causa.

Sanzioni e interessi

La nuova legge sull'imposta dei redditi societari introduce per la prima volta la maturazione di uno speciale **interesse su tutti gli aggiustamenti fiscali antievasione**. Si tratta della prima volta in cui viene imposto un interesse sugli aggiustamenti dei prezzi di trasferimento ed è un chiaro segnale di quanto seriamente la SAT sta prendendo questa questione. Il tasso di interesse è quello base dei prestiti in RMB pubblicato dalla Peoples Bank of China.

Si applica inoltre una **sanzione pecuniaria pari al 5%** dell'aggiustamento fiscale, ciò tuttavia non accade nel caso in cui sia stata predisposta la necessaria documentazione in linea con quanto richiesto o se il contribuente è esentato dalla presentazione della documentazione, ma fornisce altre informazioni rilevanti.

In aggiunta, se una multinazionale non provvede ad aggiustare i propri bilanci per riflettere un credito esigibile dall'altra parte correlata per il prezzo caricato in eccesso, l'ammontare dell'aggiustamento sarà trattato come un presunto dividendo che, se l'altra parte è una società straniera, sarà gravato dall'imposta sui dividendi. Anche nel caso in cui il reddito in eccesso ricevuto dalla società affiliata straniera sia un reddito da interesse o da royalty, non vi sarà alcuna restituzione dell'imposta sugli interessi o sulle royalty già versata.

Consigli per gestire una verifica del transfer pricing

- Predisporre anticipatamente un'accurata documentazione al fine di massimizzare le possibilità di evitare una verifica ed essere pienamente preparati nell'eventualità che questa abbia luogo
- Assicurarsi che vi sia un completo allineamento fra la realtà legale, quella economica e quella contabile e che sia stato progettato ed applicato un adeguato sistema di transfer pricing, supportato da contratti, fatture e rendiconti finanziari
- Mantenere un rapporto professionale e di cooperazione con i revisori
- Identificare il team responsabile di gestire la revisione del transfer pricing e chiarire i rispettivi ruoli e responsabilità
- Tenere un archivio dettagliato dei documenti richiesti dalle autorità fiscali e assicurarsi che loro facciano lo stesso
- Assicurarsi che un membro del team finanziario/fiscale sia presente a tutti i colloqui e tenga un verbale dettagliato di tutte le riunioni
- Valutare la possibilità di lavorare con uno specialista di transfer pricing esterno così da assicurare che le aree di rischio siano identificate il prima possibile
- Comprendere la situazione dal punto di vista delle autorità fiscali, le quali hanno scadenze e possibili obiettivi di gettito da raggiungere
- Identificare i possibili esiti della verifica per comprenderne l'impatto finanziario
- Esaminare la possibilità di richiedere aggiustamenti corrispondenti
- Riflettere seriamente prima di ricorrere in appello o di agire per via giurisdizionale.

In collaborazione con www.china-briefing.com/it

Cina: in vigore dal 1° giugno la Food Safety Law

Avv. Giampaolo Naronte

Le autorità di Pechino, per inasprire la lotta alla contraffazione alimentare, hanno approvato la Food Safety Law che è entrata in vigore il 1° giugno 2009.

La Cina è costretta a confrontarsi con l'atavica sproporzione tra la crescente domanda alimentare interna e le risorse naturali disponibili (l'ampliamento dei centri urbani riduce ogni anno le superfici coltivabili).

I produttori di generi alimentari sono circa 460 mila. Di queste aziende 27 mila occupano il 72% del mercato interno (in termini di fatturato e di produzione). Le società con più di 10 dipendenti sono 29 mila (pari al 18,7% del mercato).

Tra le prime cento industrie cinesi in termini di fatturato, il 25% opera nel settore agro-alimentare.

Cenni sul diritto alimentare cinese

Le principali linee guida della **politica agro-alimentare cinese** sono contenute nel *White Paper on Food Quality and Safety* approvato nel novembre 2007.

I tratti salienti di questo documento sono costituiti dalla creazione di un ente (**CAAC Certification and Accreditation Administration of China**) a cui spetta il compito di rilasciare le autorizzazioni in tema di certificazione/controllo della **qualità e sicurezza alimentare** sulla base del **modello HACCP**, utilizzato sul mercato europeo ed americano, che investe l'intero ciclo produttivo.

La certificazione/qualità del ciclo produttivo è assicurata anche attraverso una serie di **misure punitive**: le aziende non in regola con la normativa locale, sono inserite in una list of *unlawful enterprises*, resa pubblica attraverso internet, in cui sono indicati i dati essenziali dell'azienda che non ha superato il controllo degli ispettori.

Le aziende inserite nella lista sono continuamente monitorate e qualora commettano una seconda violazione, vengono chiuse con provvedimento emesso dall'autorità municipale.

Il White Paper prevede anche **strumenti propositivi**, tra cui la creazione di 539 zone agricole dimostrative e di 100 fattorie didattiche nonché la coltivazione di 26 mila tipologie di prodotti hazard free su un'area di 21 milioni di ettari di terreno sottoposto a continui controlli e monitoraggi.

L'etichettatura dei prodotti alimentari

Il **primo settembre 2008** sono entrate in vigore le *Administrative Provisions on Food Labelling* che si applicano a tutti i cibi prodotti (o confezionati) e distribuiti sul territorio cinese (art. 2).

L'etichetta, oltre al nome, la composizione e la qualità del prodotto, deve indicare il **produttore** nonché il **distributore** i quali sono solidalmente tenuti ad assicurare la qualità/sicurezza dell'intero ciclo produttivo (art. 8).

Inoltre l'etichetta deve indicare chiaramente la data di produzione e quella entro cui il cibo deve essere consumato (art. 9), gli ingredienti e gli eventuali additivi, conservanti e coloranti (art. 11).

Solo il cibo prodotto dalle aziende cinesi in possesso della **speciale licenza amministrativa** rilasciata dalle competenti autorità recano il simbolo **"QS" (qualità and safety)** sull'etichetta.

La legge cinese stabilisce inoltre il **contenuto dell'etichetta** (ad esempio, è vietato l'uso della bandiera nazionale), il colore, la forma e la scrittura. Di regola l'etichetta è scritta in cinese mandarino, ma fanno eccezione i marchi registrati che possono essere scritti anche nella lingua originale (art. 25).

La Food Quality Law del 28 febbraio 2009

Il trait d'union delle disposizioni che compongono la nuova legge è rappresentato dal ruolo preminente delle autorità governative (in primis il Consiglio di Stato, supremo organo esecutivo) che si avocano il controllo conclusivo sul ciclo produttivo nonché i compiti di monitoraggio e supervisione «**from field to table**».

Questa scelta comporta il **definitivo abbandono del sistema delle “trusted companies”** che caratterizzava il precedente regime normativo. Si trattava, per lo più di società a larga partecipazione statale di fatto esentate dal controllo delle autorità alimentari ispettive.

Logica conseguenza del maggior rigore che permea la legge del 2009 è **l'eliminazione del decentramento delle attività di controllo e supervisione** che contrassegnava il White Paper del 2007. Alla luce dei fatti, la scelta di responsabilizzare le autorità locali si è infatti rivelata inadeguata.

Nel sistema di controllo divenuto effettivo il primo giugno 2009 **sopravvivono i quattro “dipartimenti” creati dal White Paper** (salute, agricoltura, controllo e supervisione della qualità) a cui spetta il compito di predisporre un piano, in base al proprio settore di competenza, per:

- valutare i rischi
- definire gli standard e le procedure per rendere effettive le norme sulla sicurezza/qualità del cibo
- coordinare l'attività di controllo e monitoraggio dell'osservanza della legge sul territorio cinese.

La nuova legge conferisce a una Commissione all'uopo creata in seno al Consiglio di Stato il compito di coordinare le attività dei quattro dipartimenti.

L'autorizzazione all'uso di prodotti chimici ed additivi è sensibilmente ridotta rispetto al passato; la novella prevede infatti che le autorità governative **pubblichino una lista**, periodicamente aggiornata, **contenente l'elenco delle sostanze chimiche e additivi** che è possibile utilizzare nel ciclo produttivo alimentare nonché le quantità massime tollerate per ciascun elemento.

Nel caso in cui un'azienda cinese utilizzi quantità superiori rispetto al limite massimo consentito dalla legge, sarà punita con la **sospensione della licenza** e, nei casi più gravi, con la **chiusura degli impianti** produttivi. Per le violazioni più severe è altresì previsto che il legale rappresentante dell'azienda sia sottoposto d'ufficio ad un **procedimento penale**.

Particolarmente interessanti sono gli **strumenti sanzionatori**: nel caso in cui un prodotto alimentare provochi un danno a un consumatore, costui è autorizzato a chiedere un risarcimento pari a dieci volte il valore del ricavo complessivamente ottenuto dall'azienda con la vendita di tale prodotto nel corso dell'ultimo anno.

La severità di questa norma (che richiama i *punitive damages* di matrice statunitense a cui spesso ha attinto il Legislatore cinese negli ultimi anni) non è limitata all'entità del danno risarcibile, bensì all'assoluta indeterminatezza dei criteri in base ai quali la sanzione può essere applicata nel massimo edittale consentito dalla legge.

Non si tratta di una lacuna normativa bensì di una precisa scelta dei Compilatori che, come accaduto

in passato (si pensi alle sanzioni che la Maritime Law applica a coloro che inquinano gli spazi marini), non stabilendo i criteri di commisurazione della pena conferiscono di fatto alle autorità amministrative (e non giurisdizionali) il **potere di comminare sanzioni esemplari**, enfatizzando la finalità special-preventiva della sanzione.

La nuova legge cinese stabilisce infine che per assicurare la più ampia tutela dei consumatori, possano essere costituite associazioni rappresentative dei loro interessi. È vietata qualunque forma di pubblicità che abbia ad oggetto prodotti non adeguatamente certificati. La norma prevede che **l'agenzia di pubblicità sia solidalmente responsabile con il produttore in relazione alla qualità/sicurezza del prodotto pubblicizzato**.

L'esecuzione di sentenze e lodi arbitrali stranieri in India

Avv. Paolo Manzato

A partire dal 1992 l'India si è aperta al resto del mondo avviando una serie di riforme e adattamenti della legislazione interna in tema di riconoscimento e esecuzione sia delle sentenze, sia dei lodi arbitrali stranieri.

Oggi si può affermare che, rispettati determinati requisiti minimi che di seguito esaminiamo, l'imprenditore italiano che abbia ottenuto una sentenza o un lodo arbitrale a sé favorevole potrà portarli ad esecuzione in India con relativa tranquillità e sicurezza. L'imprenditore italiano potrà:

- citare in giudizio la controparte indiana avanti un tribunale del proprio paese (o eventualmente adire l'ente arbitrale convenzionalmente scelto) e ottenere una sentenza (o lodo arbitrale) a sé favorevole
- delegare la sola fase finale "esecutiva" all'autorità giudiziaria indiana, senza che la controversia venga riesaminata nel merito da un giudice indiano.

Riconoscimento e esecuzione di sentenze

L'esecuzione di provvedimenti giudiziari stranieri in India è governata dal Code of Civil Procedure. Tale Codice prende in considerazione il provvedimento straniero con il termine "decree", con il quale intende riferirsi a un decreto o a una sentenza di una Corte straniera contenente **un'ingiunzione o una condanna al pagamento di una somma di denaro** (che non sia però in relazione a: un debito di carattere tributario o fiscale in genere, a una multa o ammenda, o ad altro genere di penalità e, in ogni caso, non riferentesi a un lodo arbitrale).

In linea generale, bisogna poi distinguere se il provvedimento straniero da portare ad esecuzione in India provenga:

- da un Paese facente parte della **lista dei “reciprocating territory”**
- oppure da un altro Paese.

Nel primo caso, il provvedimento gode di un trattamento “privilegiato”: viene riconosciuto come un provvedimento emesso a tutti gli effetti da un’ autorità giudiziaria indiana (è necessario solo che sia definitivo e sia stato emesso da una Corte Superiore di tali paesi). La controparte indiana che subisce la procedura esecutiva può fare opposizione alla stessa, solo eccependo la sussistenza di una delle cause ostative menzionate nella **Sec. 13** delle quali parleremo più avanti.

Attualmente **l’India non ha in vigore una convenzione per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti giudiziari con l’Italia**. In questo caso, vi sono due strade alternative.

1. Il provvedimento rispetta le prescrizioni della Sec. 13

La Sec. 13 menziona le circostanze che non devono sussistere affinché il provvedimento possa essere riconosciuto ed eseguito: si tratta, quindi, di un **accertamento negativo**. La sussistenza anche solo di una di tali circostanze farà sì che il provvedimento straniero venga considerato “non definitivo” e, quindi, non eseguibile in India.

Se il provvedimento rispetta le prescrizioni della Sec. 13 del Code of Civil Procedure indiano, è possibile depositare avanti l’ autorità giudiziaria indiana un’istanza volta al riconoscimento dello stesso provvedimento. Tale riconoscimento è, naturalmente, finalizzato alla successiva esecuzione del provvedimento in India.

Se tali prescrizioni sono rispettate, il provvedimento viene considerato definitivo tra le parti con riferimento alle questioni alle quali esso si riferisce, anche se il giudice straniero possa aver errato nell’ applicare o interpretare la legge sostanziale applicabile al caso di specie o abbia mal interpretato le prove. In altre parole, **il giudice indiano non entra nel merito della causa**.

Analizziamo le **circostanze ostative al riconoscimento**, previste dalla Sec. 13 per assicurare il rispetto di determinati principi basilari in tema di giurisdizione e diritto di difesa.

a) Mancanza di giurisdizione del giudice che ha emesso il provvedimento

Tale circostanza è relativa ai casi di azione di risarcimento danni di natura contrattuale o extracontrattuale che abbiano avuto come controparte un soggetto di nazionalità indiana e tale soggetto, benché regolarmente citato avanti il giudice straniero, sia rimasto **contumace**. Il problema da risolvere è se e in quali casi il giudizio che si sia svolto, all’ estero, nei confronti del soggetto indiano (rimasto contumace) possa ritenersi validamente instaurato e svolto nei suoi confronti.

Sulla scorta della casistica giurisprudenziale indiana, il giudice straniero sarà normalmente ritenuto competente a emettere la decisione della quale si richiede il riconoscimento ed esecuzione in

India, quando la controparte indiana:

- sia già stata parte in precedenti procedimenti svoltisi nei suoi confronti nel paese di provenienza del provvedimento
- risieda nel paese nel quale è stata avviata l'azione giudiziaria nei suoi confronti
- abbia promosso precedenti giudizi in quel paese
- abbia scelto, in forza di clausola contrattuale, il Tribunale straniero quale foro competente a decidere la controversia insorta
- sia comparsa volontariamente nel giudizio avviato contro di lei nel paese straniero.

b) Mancata statuizione del Giudice straniero sul merito della causa

Tale circostanza ricorre quando, per effetto della condotta processuale delle parti o per altro motivo, il provvedimento straniero non abbia preso in considerazione il merito della causa, o perché la difesa del convenuto si sia risolta in eccezioni di carattere puramente processuale, o perché il convenuto non sia stato messo nelle condizioni di costituirsi in giudizio, oppure ancora allorché il giudice straniero abbia ommesso di decidere sui punti in contestazione.

Altra casistica ammissibile è quella, poco nota alla prassi italiana, di decisione assunta sulla base di un accordo delle parti, le quali chiedano congiuntamente al giudice straniero di emettere una decisione conforme agli accordi tra loro raggiunti in corso di causa.

Pertanto, affinché la decisione possa dirsi emessa nel merito della causa, **si deve provare che la controparte sia stata posta nelle condizioni di difendersi** (salvo avervi rinunciato volontariamente) e che, in ogni caso, la decisione sia stata emessa a seguito di uno scrutinio attento delle domande dell'attore, che devono risultare corroborate dalle evidenze probatorie emerse in giudizio.

Da quanto precede deriva anche che eventuali provvedimenti emessi sulla base delle sole allegazioni di una delle parti (ad esempio, del creditore italiano che abbia ottenuto un decreto ingiuntivo non opposto) possano non essere automaticamente riconosciuti, salvo che si provi che il provvedimento stesso ha comunque esaminato approfonditamente il merito (nonostante sia stato emesso "ex parte").

c) Manifesta infondatezza delle ragioni dell'attore, per essersi la decisione basata su un'errata applicazione delle norme di diritto internazionale privato applicabili o per contrasto di tali disposizioni con le norme imperative di diritto indiano

Tale condizione impone la verifica del rispetto sia delle norme del sistema interno di diritto internazionale privato del paese nel quale la decisione è pronunciata, sia delle norme imperative indiane.

Ciò impone che l'autorità giudiziaria indiana non possa entrare nel merito della causa già decisa dal giudice straniero, ma debba limitarsi a **verificare la corretta applicazione della legge sostanziale applicabile al rapporto** e la non incompatibilità di tale normativa con la normativa interna indiana che abbia carattere di norma imperativa.

d) Contrarietà del giudizio ai principi fondamentali del contraddittorio tra le parti

Questa condizione intende dare riconoscimento ai principi di giustizia naturale che devono regolare il processo quali l'imparzialità dell'organo giudicante, la correttezza e buona fede nella conduzione del procedimento, la possibilità per le parti di poter svolgere le proprie difese. È, quindi, un requisito che riguarda la correttezza dei passaggi procedurali che hanno portato alla decisione e non riguarda, invece, il merito della causa. Impone, in altre parole, di verificare se il convenuto sia stato messo in condizione di difendersi adeguatamente, anche e indipendentemente dall'eventuale erronea applicazione del diritto fatta dall'autorità giudiziaria straniera e che l'organo giudicante abbia giudicato con imparzialità e in buona fede, in una posizione di equidistanza dalle parti.

La giurisprudenza indiana è, quindi, incline a valutare il rispetto dei menzionati principi di giustizia naturale da un punto di vista sostanziale ed al di là del mero rispetto formale delle regole di procedura civile in vigore nel paese straniero. La conseguenza, quindi, è che, se non vi è coincidenza tra rispetto formale delle regole di procedura civile e rispetto dei detti principi di giustizia naturale, **la decisione straniera può non trovare riconoscimento in India, benché formalmente ineccepibile nel paese d'origine.**

e) Decisione ottenuta tramite frode di una delle parti a danno dell'altra

È questo il caso in cui l'attore abbia, tramite proprio comportamento in malafede, indotto in errore il giudice straniero circa la sussistenza della propria giurisdizione sul caso, indipendentemente dal fatto che tale giurisdizione sussistesse o meno e indipendentemente da eventuali errori di diritto, che restano assorbiti nel merito.

Pertanto, un eventuale giudizio straniero nel quale **il giudice sia stato tratto in inganno dall'attore circa la sussistenza della propria giurisdizione** a decidere il caso non potrà ricevere esecuzione in India.

Una conseguenza di tale regola è che (benché in linea di principio l'autorità indiana non possa entrare nel merito di eventuali errori da parte del giudice straniero circa la sussistenza della propria giurisdizione) è ammessa la prova del dolo di una delle parti, che abbia indotto, tramite menzogne o reticenze, il giudice straniero a ritenersi competente. Il giudice indiano potrà, quindi, esaminare il caso limitatamente alla sussistenza di tale circostanza che, se verificata, porta al mancato riconoscimento del provvedimento straniero.

f) Decisione in violazione di una legge in vigore in India

Tale circostanza si verifica allorché la decisione sia basata interamente su una norma indiana che, nel caso concreto, sia stata mal interpretata o male applicata dal giudice straniero.

Tuttavia, laddove il giudice straniero abbia applicato una normativa anche solo parzialmente diversa da quella indiana, ugualmente idonea a dirimere la controversia insorta, tale giudizio resta inattaccabile dall'autorità indiana.

Se **tutti i requisiti sono rispettati**, la decisione straniera potrà trovare riconoscimento ed esecuzione in India.

Tutte le questioni che insorgano tra le parti (o tra i loro rappresentanti) vengono esaminate e decise dalla stessa Corte chiamata a dare esecutività al provvedimento e non da una Corte diversa. Pertanto, come regola generale, tale Corte ha giurisdizione esclusiva su tutte le questioni relative all'esecuzione del provvedimento e qualsiasi procedimento collaterale (eventualmente avviato dal debitore indiano) è improcedibile.

Il **termine** per chiedere il deposito dell'istanza di riconoscimento è di **tre anni** dall'emissione del provvedimento straniero.

La procedura prevede, infine, la **notifica dell'istanza al debitore** nei confronti del quale si intende procedere e il deposito della stessa presso il **tribunale del luogo di residenza o domicilio del debitore o dove è sorto o deve essere eseguito il contratto**. Nel caso di società, è competente il tribunale del luogo ove questa ha la propria sede principale o succursale.

2. Il provvedimento NON rispetta le prescrizioni della Sec. 13

Se il provvedimento straniero non rispetta i requisiti previsti dalla Section 13, verrà considerato dalla Corte indiana irricevibile, in quanto non definitivo e, pertanto, **non potrà essere riconosciuto e portato ad esecuzione** in India.

In tale ipotesi, sarà quindi necessario **intraprendere avanti le competenti autorità giudiziarie indiane una nuova azione**, che riesamini nuovamente il merito della causa.

Tale nuovo giudizio potrà naturalmente basarsi sul provvedimento straniero, ma, in questo caso, lo stesso provvedimento costituirà unicamente il titolo per l'azione e verrà trattato dal giudice indiano come uno tra i vari elementi probatori a sua disposizione al fine di decidere il merito del giudizio (l'esito del quale può, quindi, anche essere difforme dalla decisione straniera).

Quindi, esso varrà come elemento di prova a carico della controparte indiana, ma non darà automaticamente diritto a una decisione favorevole all'imprenditore straniero, ben potendo il giudice indiano decidere la controversia secondo il proprio prudente apprezzamento dei mezzi di prova a sua disposizione.

RICONOSCIMENTO E ESECUZIONE DI LODI ARBITRALI

Esaminiamo il caso di procedimento arbitrale, in forza di clausola preventivamente inserita nel contratto o sulla base di uno specifico accordo successivo. Tale procedura arbitrale potrà avere luogo all'estero e gli arbitri potranno applicare la legge scelta convenzionalmente dalle parti. Tuttavia, il lodo arbitrale potrà essere portato ad esecuzione in India nel rispetto dei requisiti previsti dalla legislazione indiana.

Il **principio generale** in materia è che un lodo arbitrale possa essere portato ad esecuzione solo su ordine dell'autorità giudiziaria del paese nel quale si intende dare esecuzione a tale lodo: questo principio trova accoglimento anche nel sistema giuridico indiano. Infatti, l'esecuzione di lodi arbitrali stranieri in India è stata disciplinata, in passato, dal Foreign Awards (Recognition and En-

forcement) Act 1961, il quale intese recepire la **Convenzione di New York** sul riconoscimento ed esecuzione di lodi arbitrali stranieri del 1958.

L'India ha ratificato detta Convenzione, **con due riserve espresse**:

- che l'applicazione della Convenzione è garantita solo per i lodi arbitrali provenienti da un *reciprocating contracting state*
- che l'applicazione della Convenzione è limitata alle dispute derivanti da relazioni definibili "commerciali" alla stregua della legge indiana.

Per completezza è opportuno rilevare che in materia trovava applicazione anche l'Arbitration (Protocol and Convention) Act 1937, con il quale il paese intese ratificare la **Convenzione di Ginevra**

Da ultimo, è da dire che il nuovo **Arbitration and Conciliation Act 1996** ha in gran parte abolito sia la legge del 1937 che quella del 1961, mantenendo tuttavia in vigore gli impegni dell'India nei riguardi delle Convenzioni internazionali sopra citate. Ciò ha consentito di armonizzare maggiormente la legislazione interna indiana al livello degli altri paesi facenti parte della comunità internazionale. Tale legge distingue tra:

- procedimenti arbitrali la cui sede sia in India e che daranno vita a lodi arbitrali definiti "domestici"
- casi in cui l'arbitrato si svolga fuori dall'India, nel qual caso i lodi sono definiti "stranieri".

La legge richiama il contenuto della menzionata Convenzione di New York e, come già visto per le sentenze straniere, pone una serie di requisiti negativi, ossia **circostanze che non devono ricorrere** affinché il lodo possa trovare esecuzione in India.

La **prova** di queste circostanze è rimessa alla **parte contro la quale il lodo è diretto**. Nello specifico, tale parte dovrà dimostrare:

- che le parti erano incapaci, secondo la loro legge nazionale, al momento della sottoscrizione della convenzione arbitrale, o che comunque tale clausola non è valida secondo la legge alla quale esse hanno inteso assoggettare la convenzione stessa o della sede dell'arbitrato
- che non sono stati rispettati i basilari principi del contraddittorio tra le parti
- che il lodo ha statuito su punti non espressamente compromessi in arbitrato
- che la composizione o la procedura arbitrale seguita non ha rispettato la convenzione arbitrale o la legge del luogo dell'arbitrato
- che il lodo non è ancora definitivo, o è stato riformato o sospeso da un'autorità giudiziaria del paese nel quale è stato emesso
- che la materia non poteva essere compromessa in arbitrato secondo la legge Indiana; o l'esecuzione di tale lodo risulterebbe in una violazione delle norme imperative indiane o è stato ottenuto con dolo di una parte in danno dell'altra (in realtà, questo è un accertamento che il giudice indiano è tenuto ad effettuare d'ufficio).

Il soggetto interessato deve **depositare apposita istanza presso la Corte territoriale che sarebbe competente per il merito**. L'istanza viene quindi numerata e registrata e la Corte provvede a richiedere alla parte contro la quale il lodo è diretto di fornire argomentazione a sostegno di

un eventuale rigetto del lodo. La Corte quindi procede, laddove sia stato accertato che il lodo può trovare esecuzione, a emettere un **decreto di accoglimento**.

Non è prevista una procedura di appello, se non per ipotesi marginali.

Se non sussistono cause ostative, quindi, il lodo verrà automaticamente riconosciuto in India, senza ulteriore esame del merito. Esso è equiparato in tutto a un provvedimento giudiziario emesso da un giudice indiano.

Le peculiarità dell'arbitrato in Russia

Avv. Vartui Kurkdjian

Nell'ultimo decennio è notevolmente aumentato il numero degli operatori stranieri che hanno concordato con la controparte russa di far amministrare un eventuale arbitrato dalle camere arbitrali locali. Non tutti sono però consapevoli dei rischi impliciti in tale scelta.

Come reagire alla richiesta della controparte russa di adottare una clausola compromissoria che demanda alla loro camera arbitrale nazionale il ruolo di risolvere eventuali future controversie? Prima di decidere è utile documentarsi sulle differenze esistenti rispetto all'arbitrato presso le altre camere arbitrali europee o americane.

Il sistema giudiziario russo ha infatti istituzionalizzato l'arbitrato (la materia è regolata dalla Costituzione, dalle leggi federali e dal codice dell'arbitrato). Mantenendo il sistema di risoluzione delle controversie commerciali vigente ai tempi del regime sovietico, il sistema giudiziario russo utilizza l'arbitrato per risolvere le controversie quando queste hanno ad oggetto la materia commerciale.

Questa caratteristica comporta che l'arbitrato in Russia non sia proprio identico a quello che si utilizza in altri Paesi, dove, nella maggior parte dei casi:

- gli arbitri sono scelti dalle parti
- non è prevista la possibilità d'appello contro il lodo arbitrale.

Esiste quindi una **competenza specifica delle corti arbitrali** che investe le controversie commerciali anche **contro enti statali** nel caso in cui tali enti emettano decisioni lesive degli interessi dei privati (vi rientrano persino alcune liti in materia fiscale e finanziaria). Le corti arbitrali russe esaminano centinaia di migliaia di casi all'anno.

Corti arbitrali statali

Nella Federazione Russa vi sono **82 corti arbitrali di primo grado**, diffuse sul territorio a livello comunale, provinciale e statale. Le loro decisioni, se appellate alle corti d'appello, non sono definitive. Vi è quindi, contrariamente a quanto conosciamo nella maggior parte dei Paesi, **un secondo grado di giudizio**, poco idoneo alla necessità di speditezza tipica del procedimento arbitrale e che spesso ne giustifica il ricorso. Nelle corti statali vi è **l'obbligo di adottare la lingua russa**. A questo numero già alto si aggiungono **10 corti territoriali** che funzionano come la corte di cassazione per le sentenze dei giudici (verificano la correttezza dell'applicazione delle norme di diritto).

L'organo supremo di supervisione è la **Corte Suprema d'arbitrato** che sovrintende all'attività di tutte le altre corti territoriali. Essa giudica su quelle controversie anche quando provvedimenti statali o locali sono in conflitto con le leggi e danneggiano economicamente un cittadino o un operatore economico, incluse le ipotesi di atti della pubblica amministrazione che incidano su interessi economici dei privati.

Gli arbitri sono nominati con criteri più simili a quelli utilizzati per la nomina dei giudici e **non sono pertanto scelti dalle parti**. Essi giudicano normalmente in **collegi formati da più arbitri** e non come arbitri unici, almeno ai livelli delle corti più alte.

Le sentenze definitive di questi organi **hanno valore vincolante per le parti** e il non adeguamento alla decisione comporta la conseguenza di **sanzioni per disobbedienza** all'ordine della corte.

Per quanto concerne l'esecuzione dei lodi emessi dalle camere arbitrali russe, si deve sottolineare che non si ravvisano particolari ostacoli all'esecuzione all'estero in base alla Convenzione di New York del 1958.

Anche alcune impugnazioni che riguardavano una pretesa parzialità degli arbitri russi non hanno trovato sicuro riscontro, dato che le statistiche mostrano una **media di cause vinte dalla parte straniera che si attesta intorno al 50%**.

Camera di Arbitrato Commerciale internazionale della Camera di Commercio e Industria della Russia

La scelta di questa camera arbitrale - alternativa alle corti arbitrali statali - comporta la **libertà per le parti di scegliere l'arbitro di fiducia**.

L'esecuzione dei lodi arbitrali è anche qui assicurata sia in Russia che all'estero in base alla Convenzione di New York del 1958 che la Russia ha "ereditato" dall'ex URSS.

Inoltre, a differenza di quanto avviene nelle corti arbitrali statali, in questa camera arbitrale è **possibile svolgere i procedimenti in lingue straniere** e non vi è l'obbligo di adottare il russo.

Consigli operativi

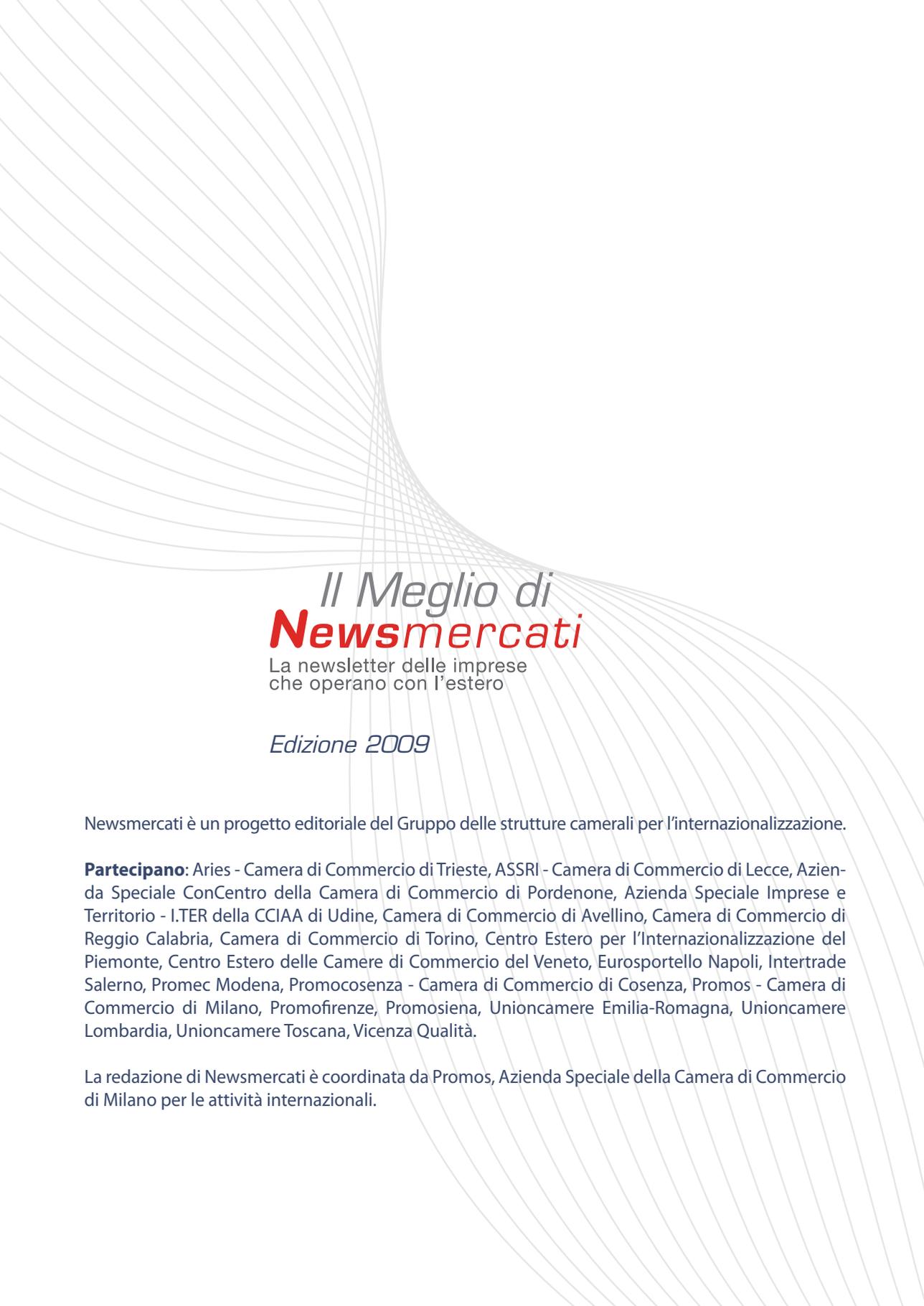
Al di là delle ragioni che possono portare ad accettare la proposta della controparte russa che insista per ricorrere all'arbitrato nel proprio paese, si dovrà tenere presente la possibilità di far svolgere l'arbitrato presso una camera arbitrale internazionale che **meglio garantisca un territorio neutrale**.

In genere, i paesi dell'ex Patto di Varsavia dimostrano spesso una preferenza per le camere arbitrali di **Vienna** e di **Stoccolma** presso le rispettive Camere di commercio, essendo queste le istituzioni che nei passati decenni hanno amministrato arbitrati tra aziende occidentali e soggetti dell'area Est europea.

Qualora si opti per una camera arbitrale in territorio neutrale, le imprese straniere devono superare alcuni **problemi per far eseguire in Russia il lodo arbitrale reso all'estero**. Alcune difficoltà possono sorgere nell'esecuzione di lodi arbitrali stranieri quando il **destinatario del provvedimento è domiciliato o ha sede all'estero**, in quanto il codice di procedura russo fa riferimento, per l'esecuzione del lodo, all'autorità del giudice del luogo in cui il debitore ha domicilio o sede in Russia.

Contro l'esecuzione si può proporre **ricorso alla corte di cassazione** o alla suprema corte arbitrale federale. La seconda interviene rivedendo il provvedimento solo in casi eccezionali.

Qualora non vi siano questioni di competenza o giurisdizione, il lodo sarà **reso esecutivo entro un periodo che varia tra i 6 e i 20 mesi** dalla presentazione della domanda al competente tribunale, analogamente a quanto avviene per ottenere l'esecuzione delle sentenze dei tribunali russi.



Il Meglio di **Newsmercati**

La newsletter delle imprese
che operano con l'estero

Edizione 2009

Newsmercati è un progetto editoriale del Gruppo delle strutture camerali per l'internazionalizzazione.

Partecipano: Aries - Camera di Commercio di Trieste, ASSRI - Camera di Commercio di Lecce, Azienda Speciale ConCentro della Camera di Commercio di Pordenone, Azienda Speciale Imprese e Territorio - I.TER della CCIAA di Udine, Camera di Commercio di Avellino, Camera di Commercio di Reggio Calabria, Camera di Commercio di Torino, Centro Estero per l'Internazionalizzazione del Piemonte, Centro Estero delle Camere di Commercio del Veneto, Eurosportello Napoli, Intertrade Salerno, Promec Modena, Promocosenza - Camera di Commercio di Cosenza, Promos - Camera di Commercio di Milano, Promofirenze, Promosiena, Unioncamere Emilia-Romagna, Unioncamere Lombardia, Unioncamere Toscana, Vicenza Qualità.

La redazione di Newsmercati è coordinata da Promos, Azienda Speciale della Camera di Commercio di Milano per le attività internazionali.