

Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto

Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario

Corso di Laurea Magistrale in

Giurisprudenza

a.a. 2022/2023

Titolo tesi: Il divieto di aiuti di Stato come strumento di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa

Relatore: Chiar.mo Prof. Roberto Schiavolin

Controrelatore: Chiar.mo Prof. Mauro Trivellin

Correlatore: Chiar.mo Prof. Bernardo Cortese

Studente: Giangiacomo Gargano 1095636

# INDICE

Introduzione.....	1
-------------------	---

## Capitolo I: GLI AIUTI DI STATO IN MATERIA FISCALE

1.1	Un'introduzione generale al regime degli aiuti di Stato: <i>ratio</i> e sviluppi iniziali della disciplina.....	5
1.2	Il quadro normativo di riferimento.....	9
1.3	La nozione di aiuto di Stato ed i c.d. «aiuti fiscali»: lineamenti generali.....	11
1.4	Il trasferimento di risorse statali e la sua imputabilità allo Stato....	14
1.5	Il vantaggio economico per l'impresa beneficiaria e la declinazione di tale nozione in materia fiscale.....	22
1.6	Il criterio della selettività attraverso alcuni dei principali sviluppi giurisprudenziali: il punto di incontro tra la normativa sugli aiuti di Stato e la lotta alla concorrenza fiscale dannosa in Europa.....	27

## Capitolo II: GLI AIUTI DI STATO COME STRUMENTO DI CONTRASTO AL FENOMENO DELLA CONCORRENZA FISCALE DANNOSA

2.1	Il fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati: un'introduzione al concetto di « <i>harmful tax competition</i> » e « <i>race to the bottom</i> ».....	42
2.2	L'emersione a livello internazionale di una tendenza oppositiva al fenomeno: le iniziative dell'OCSE e del G-20.....	45
2.3	Una prima linea di contrasto a livello comunitario: il c.d. «pacchetto Monti» .....	49
2.4	l'assimilazione agli aiuti di Stato delle misure fiscali suscettibili di generare fenomeni di « <i>harmful tax competition</i> »: una prima introduzione alla c.d. «dottrina Vestager» .....	52
2.5	«Tax rulings» e aiuti di Stato: APA, metodi di calcolo ed alcuni lineamenti generali.....	56
2.6	Alcuni dei principali « <i>tax rulings</i> » di favore concessi alle MNEs: la vicenda <i>Apple</i> .....	64
2.7	Il caso <i>Starbucks</i> .....	73
2.8	Il caso <i>Fiat</i> : un primo inquadramento generale.....	84
2.9	Considerazioni critiche in merito alla prima Sentenza del Tribunale sul caso <i>Fiat</i> : l'introduzione di uno <i>standard</i> autonomo di libera concorrenza di derivazione unionale.....	89
2.10	Sempre sul caso <i>Fiat</i> : gli ultimi sviluppi della vicenda.....	94
2.11	Alcune critiche mosse alla «dottrina Vestager»: quale « <i>arm's length principle</i> »?.....	97
2.12	Quale sovranità per gli Stati membri?.....	104
2.13	La presunta inadeguatezza dell'art.107 TFUE come meccanismo di	107

giudizio: una proposta alternativa per contrastare il fenomeno della concorrenza fiscale dannosa in Europa.....

Conclusioni..... 114

Bibliografia..... 117

## INTRODUZIONE

Negli ultimi decenni il fenomeno della «concorrenza fiscale dannosa» tra Stati si è progressivamente accresciuto, al punto da essere ormai divenuto il tratto qualificante delle molteplici espressioni di sovranità tributaria riscontrabili a livello internazionale.<sup>1</sup> In tal senso, con particolare riferimento al versante comunitario - al netto dell'emersione di una serie di linee oppostive al fenomeno, promosse, a livello internazionale, dall'OCSE e dal G-20 -, lo strumento giuridico ravvisato dalla Commissione europea per far fronte a tale prassi è stato finora rappresentato dalla normativa sul divieto di aiuti di Stato ex artt. 107 e 108 TFUE. Come ben noto, proprio attraverso l'impiego di tale normativa - già a partire dal suo insediamento sotto la presidenza Junker, nel 2014<sup>2</sup> -, il Commissario europeo alla concorrenza Margrethe Vestager ha infatti manifestato l'intenzione di intraprendere una decisa linea d'azione nei confronti di quegli Stati membri, i quali, mediante la concessione di c.d. «*tax rulings*» in materia di prezzi di trasferimento, consentono a Gruppi multinazionali di godere di un'imposizione di favore sui propri profitti globali, a scapito delle concorrenti imprese domestiche, strutturalmente impossibilitate ad accedere ad analoghi benefici fiscali.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Così P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 6.

<sup>2</sup> In netta continuità, peraltro, con le linee programmatiche espresse dal medesimo durante il suo discorso di insediamento, laddove aveva, infatti, affermato: «[...] Ferma restando la competenza degli Stati membri in materia di regimi fiscali nazionali, dovremmo intensificare l'impegno di lotta all'evasione e all'elusione fiscali per assicurare che ciascuno versi il giusto contributo». In tal senso, J.C. JUNCKER, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*, Strasburgo, 15 luglio 2014, p. 7.

<sup>3</sup> «I'm therefore glad that the working group has focused some attention on compliance issues, and I warmly welcome its recommendations on those points. But we need to go further. It is not just a matter of formal compliance, but of ensuring that practices such as tax treatment of large multinationals or firms in difficulty are truly in line with the State aid rules. Therefore, I will take swift and decisive action against breaches of the rules, as in the case of the EU-wide investigation on tax rulings that I have announced. And I will expect Member States to follow up effectively and in a timely manner whenever the Commission orders recovery of State aid paid contrary to the rules»: in tal senso, M. VESTAGER, *Speech at High Level Forum at Member States*, 18 dicembre 2014, così come riportato, altresì, da F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità*

Consapevole dell'ampia portata dei dibattiti - non solo di natura meramente giuridica, ma altresì economica e «geo-politica» - che il tema in discorso ha dimostrato di saper suscitare, la presente indagine si propone, prevalentemente, di offrire un quadro d'insieme del citato fenomeno, unitamente ad alcune considerazioni critiche in merito alle principali questioni emerse in dottrina. Nel fare ciò, la disamina sarà dunque condotta in chiave bipartita, attraverso due Capitoli: il primo, dedicato all'analisi della disciplina degli aiuti di Stato di natura fiscale; il secondo, volto, invece, ad esaminare il complesso fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati, nonché, al contempo, l'opportunità della scelta della Commissione europea di assimilare le misure fiscali in discorso, suscettibili di generare tali fenomeni di «*harmful tax competition*», alla fattispecie astratta degli aiuti di Stato.

In particolare, attraverso il primo Capitolo, si avrà modo di esporre, oltre agli sviluppi iniziali della disciplina ed alla *ratio* ad essa sottesa, i principali requisiti per l'integrazione di un aiuto di Stato vietato ai sensi degli artt. 107 ss. TFUE, anche alla luce della Comunicazione della Commissione del 2016<sup>4</sup>.

Nel secondo Capitolo, invece, al netto di una necessaria trattazione introduttiva in merito ai concetti di concorrenza fiscale dannosa e «*race to the bottom*», particolare attenzione verrà posta all'analisi di quello che è sembrato essere un nuovo approccio alla fiscalità delle multinazionali in Europa, inaugurato dalla Commissione, definito in letteratura come «dottrina Vestager» e sfociato, da ultimo, in una serie di controverse Decisioni dell'Esecutivo in materia di «*tax rulings*».

---

*geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 704-705.

<sup>4</sup> In tal senso, alla luce dei principali sviluppi giurisprudenziali, si avrà modo di esaminare in dettaglio anche il criterio della selettività, considerato il reale «punto di incontro» tra l'istituto degli aiuti di Stato e la declinazione dello stesso con particolare riferimento al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa.

Proprio attraverso la disamina di alcune di tali controversie - aventi ad oggetto, in particolare, i gruppi multinazionali *Fiat*, *Starbucks* ed *Apple* e coinvolgenti, rispettivamente, gli Stati membri del Lussemburgo, dei Paesi Bassi e dell'Irlanda -, verranno conclusivamente messe in luce le principali criticità giuridiche e «geo-politiche» insite nella citata linea della d'azione della Commissione. Tra queste, il rischio di «erosione» della sovranità statale degli Stati membri in materia fiscale, la declinazione in chiave europea dell'«*arm's length principle*», nonché la presunta inadeguatezza dell'istituto degli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE a risolvere i problemi creati dal fenomeno della concorrenza fiscale dannosa.

## CAPITOLO I



## GLI AIUTI DI STATO IN MATERIA FISCALE

### 1.1 Un'introduzione generale al regime degli aiuti di Stato: *ratio* e sviluppi iniziali della disciplina

Prima di declinare la trattazione con particolare riferimento alla materia fiscale, risulta propedeutico al raggiungimento di una sufficiente chiarezza espositiva cercare di tratteggiare, seppur brevemente ed unicamente in via introduttiva, gli sviluppi iniziali dell'istituto in esame, delineandone al contempo la *ratio* e gli obiettivi da esso perseguiti.

In primo luogo, premesso che, come ben noto, l'attuale concezione di aiuto di Stato rinviene, principalmente, la sua giustificazione ideologica nei dichiarati principi economici liberali dell'Unione, al fine di analizzare più compiutamente la *ratio* sottostante a questo istituto, risulterà particolarmente opportuno rendere conto delle principali implicazioni collegate all'instaurazione di un c.d. mercato comune.<sup>5</sup> Già nei primi casi affrontati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è stato infatti chiarito come il c.d. mercato interno si basi necessariamente sul principio di libera concorrenza. Secondo questo principio, prosegue la Corte, si pone infatti come necessario che le condizioni di concorrenza tra le imprese all'interno dell'Unione siano il risultato delle reali condizioni di produzione delle stesse all'interno di un libero mercato, senza che

---

<sup>5</sup> Si noti come la nozione di "*mercato comune*" sia stata oggetto di un richiamo illuminante ad opera di un famoso passaggio contenuto nella sentenza 5 maggio 1982, causa 15/81, *Schul*, in *Racc.* p.1409 (descritta in Cap. II, par. 3.3), nel quale la Corte di giustizia ha sostenuto che: «la nozione di mercato comune [...] mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno». Nella sentenza le nozioni di "*mercato comune*" e "*mercato unico*" vengono utilizzate in forma equivalente, mentre quella di "*mercato interno*" funge da metro di paragone. Sul punto, tra gli altri, L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 10

quest'ultime vengano quindi falsate da artificiose distorsioni, come possono sicuramente intendersi quelle generate dagli aiuti statali.<sup>6</sup> Da questo punto di vista, risultano quindi evidenti le ragioni per le quali la concessione indiscriminata di aiuti di Stato sia stata, fin dagli inizi dell'esperienza comunitaria, giudicata, non solo economicamente inefficiente - attenuando essa, infatti, l'effetto positivo della competizione che l'integrazione dei mercati era stata disegnata per assicurare, e generando conseguentemente una barriera all'interno del mercato comune stesso - , ma anche, invero, politicamente rischiosa, avuto riguardo, soprattutto, alla percezione degli altri Stati membri, i quali, come si è autorevolmente segnalato<sup>7</sup> , potrebbero infatti interpretare la concessione di tali sussidi come espressione di una particolare politica economica, c.d. «*beggar-thy-neighbour*»<sup>8</sup> , con il rischio che venga così ad innescarsi una costosa - quanto politicamente sconveniente - «guerra di sussidi», attraverso la quale gli Stati competerebbero nell'attribuire maggiori benefici alle proprie imprese, nel tentativo implicito di danneggiare quelle straniere, creando dunque, un mercato totalmente distorto e conseguentemente inefficiente da un punto di vista economico. In secondo luogo, per quanto concerne gli sviluppi iniziali della normativa in materia, può tornare utile ricordare come il principio di incompatibilità degli aiuti di Stato all'interno dell'Unione rinvenga una sua, seppur acerba, espressione già a partire dai negoziati sul Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) del 1951. In particolare, il fatto che il controllo sugli aiuti di Stato

---

<sup>6</sup> In questo senso, Cause C-27-29/58, *Hauts Fourneaux et Fonderies de Givors v. High Authority* ECLI:EU:C:1960:20, 254, così come citate in E. FORRESTER, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, *Ec Tax Review*, 2018/1, p.24.

<sup>7</sup> In tal senso, tra gli altri, T. J. DOLEYS, *Fifty Years of Molding Article 87: The European Commission and the Development of EU State Aid Policy (1958-2008)*, 11th Biennial International Conference of the European Union Studies Association, California, Apr. 2009. N.11, at 1.

<sup>8</sup> Intendendosi con tale anglicismo, un intervento di politica economica idoneo a produrre benefici unicamente al Paese che lo adotta, a totale scapito degli altri.

costituisse già all'epoca un elemento ritenuto cruciale ai fini della creazione di un mercato comune risulta, infatti, ampiamente testimoniato dall'art. 4, (c) del c.d. Trattato di Parigi, ai sensi del quale erano già ritenute incompatibili con il mercato comune «le sovvenzioni o gli aiuti accordati dagli Stati o gli oneri speciali da essi imposti sotto qualsiasi forma»<sup>9</sup>, senza che venisse peraltro previsto alcun tipo di eccezione a tali stringenti divieti. Questa prima tipologia di approccio all'integrazione europea, giudicata *ex post*, da taluni autori, come marcatamente sovranazionale ed interventista<sup>10</sup>, non trovò tuttavia seguito nei successivi sviluppi, concretizzatisi, più compiutamente, all'interno del trattato istitutivo della Comunità economica europea (CEE) del 1957. Nell'ambito del c.d. Trattato di Roma, infatti, prefiggendosi quest'ultimo come obiettivo, ai sensi dell'art. 2, quello di «promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità [...]»<sup>11</sup>, si ravvisa la necessità di inaugurare un nuovo approccio alla materia degli aiuti di Stato, il quale si dimostrasse più idoneo, rispetto al precedente, al perseguimento di tali obiettivi. Ai sensi degli artt. 92 ss. del c.d. Trattato di Roma, sul solco dell'esperienza maturata in seguito al trattato istitutivo della CECA, si decise quindi di affiancare ad un'ampia - quanto intrinsecamente vaga - nozione di aiuto di Stato, un sistema di controllo sovranazionale, nonché, soprattutto, un insieme di eccezioni flessibili al principio di incompatibilità *de qua*, dapprima assente. Nonostante le norme contenute negli articoli del Trattato attribuissero,

---

<sup>9</sup> *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, Parigi, 1951, art. 4 (c).

<sup>10</sup> Il riferimento è, appunto, all'assenza di eccezioni previste dalle disposizioni *de qua*. In tal senso, tra gli altri, E. FORRESTER, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, *Ec Tax Review*, 2018/1, p.23, che cita E. DAVIGNON, *Subsidies and Competition in the European Union: A General Framework*, in *Subsidies and Competition in the European Union* 13-14, J. Stuyck, F. Abraham, & C. Goemans eds, Leuven University Press, 1996,

<sup>11</sup> *Trattato che istituisce la Comunità economica europea e documenti allegati*, Roma, 1957, art. 2.

quindi, alla Commissione chiari poteri relativamente al giudizio di ammissibilità sugli aiuti, risulta ben noto come l'attività della stessa fu inizialmente caratterizzata da un'applicazione particolarmente moderata e selettiva della normativa in esame, limitata a determinati settori - giudicati, all'epoca, di rilevanza strategica -, tra i quali, *in primis*, quello tessile, navale ed aeronautico<sup>12</sup>. Come ricordato, infatti, anche dal primo Commissario per la concorrenza, Hans von der Groeben, nell'applicazione di tali norme, la Commissione preferì adottare un approccio «pragmatico»<sup>13</sup>, piuttosto che rigorosamente formale, anche e soprattutto a causa dei continui conflitti tra i divergenti interessi manifestati dagli Stati membri, nonché all'assenza di un reale dibattito con gli stessi. D'altronde, è innegabile che la disciplina in esame costituisse, all'epoca, uno strumento relativamente nuovo all'interno del panorama delle legislazioni degli Stati membri, essendo quest'ultima percepita come fortemente restrittiva dei principi di libertà e di sovranità nazionale, in un contesto laddove la sua accettazione, da parte degli stessi Stati membri, risultava, tuttavia, fondamentale ai fini dell'attivazione della procedura di controllo, mediante la notificazione dei progetti di aiuto alla Commissione, ex art. 93, c. 3 del Trattato di Roma.

Per queste e per altre ragioni, la prima decade dell'esperienza comunitaria fu quindi caratterizzata da uno lento sviluppo delle *policies* in materia di aiuti di Stato, senza che potessero nemmeno essere ravvisate delle vere e proprie linee guida generali in materia<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> In tal senso J.J. P. LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From Internal Market to Competition and Beyond*, Oxford University Press, 2015, n. 24, at 46.

<sup>13</sup> In questo senso, il primo Commissario per la concorrenza, HANS VON DER GROEBEN, *Competition in the Common Market*, Speech at the European Parliament, Strasburgo, 19 ottobre 1961.

<sup>14</sup> Così, tra gli altri, anche C. D. EHLERMANN, *State Aids Under European Community Competition Law*, 18 Fordham Int'l L.J. 408, 414, (1994).

## 1.2 Il quadro normativo di riferimento

Attualmente, la cornice normativa di riferimento in materia di aiuti di Stato risulta contenuta all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), il quale, ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. *b*), nell'ambito della disciplina europea della concorrenza, riserva, infatti, all'Unione competenza esclusiva nella «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno».

In particolare, le disposizioni che fanno specifico riferimento alla disciplina europea della concorrenza sono contenute all'interno degli artt. da 101 a 109 TFUE, in due sezioni che vengono considerate complementari.

La Sezione I comprende gli artt. da 101 a 106 ed è dedicata alle regole di condotta applicabili alle imprese <sup>15</sup>, alle quali è fatto divieto non solo di attuare «pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno» <sup>16</sup>, ma anche di sfruttare abusivamente «una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo» <sup>17</sup>, nella misura in cui ciò possa arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri. La Sezione II è invece composta dagli artt. da 107 a

---

<sup>15</sup> La giurisprudenza della Corte di giustizia considera “impresa” ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE “qualsiasi entità che esercita un’attività economica”, indipendentemente dal suo “status giuridico” e dalle sue “modalità di funzionamento”. In tal senso, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*, in Racc. p. I-1979.

<sup>16</sup> Il citato art. 101, par. 1 TFUE fa, invero, riferimento non solo a “pratiche concordate” (v. sentenza 16 dicembre 1975, cause riunite 40/73 e a, *Suiker Unie*, in Racc. p.1663; nonché sentenza 14 luglio 1981, causa 172/80, *Züchner*, in Racc. p. 2021), ma anche ad “accordi” e “decisioni di associazioni di imprese”, in quanto esse «ricomprendono forme di collusione aventi la medesima natura e che si distinguono unicamente per la loro intensità e per le forme in cui si manifestano». Così in sentenza 4 giugno 2009, causa C-8/08 P, *T-Mobile Netherlands*, in Racc. p. 4529.

<sup>17</sup> Per chiarimenti in merito alle nozioni di “posizione dominante” e “sfruttamento abusivo” contenute nel citato art. 102 TFUE, si richiama al contenuto della sentenza 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann La Roche*, in Racc. p. 461.

109 TFUE ed è volta complessivamente a disciplinare il regime di nostro interesse, ossia quello degli aiuti pubblici alle imprese.

Il quadro normativo si apre con l'art. 107 TFUE, il quale, al par. 1, sancisce il principio di incompatibilità con il mercato interno, «nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri», degli «aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza»<sup>18</sup>. Tale principio non si configura tuttavia, né come assoluto, né come incondizionato<sup>19</sup>, risultando infatti fortemente attenuato in virtù delle deroghe c.d. *ex lege* e *discrezionali* contenute rispettivamente nei paragrafi 2 e 3 del citato articolo. Come detto, infatti, differenziandosi con ciò dal trattato istitutivo della CECA, l'attuale ordinamento europeo prevede numerose deroghe fungenti da polmone all'eventuale interventismo statale; con ciò rilevando, di fatto, l'importanza che, in particolari circostanze, l'Ordinamento europeo riconosce all'intervento statale nell'economia.

Tra le ipotesi derogatorie è opportuno, inoltre, ricordare come sussistano sia gli aiuti statali c.d. *de minimis*, che gli aiuti necessari per sostenere il tessuto economico di particolari zone, caratterizzate da una struttura economica storicamente debole o vittime di particolari eventi naturali. Al fine di regolamentare siffatte deroghe al generale divieto di aiuti di Stato, l'art. 108 TFUE, da parte sua, conferisce alla Commissione competenza esclusiva nel valutare la compatibilità degli aiuti con il mercato interno, attraverso un'autorizzazione preventiva che si pone come «condizione legale di efficacia della legge nazionale recante la misura di vantaggio»<sup>20</sup>. L'art. 109 TFUE dispone infine come il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione

---

<sup>18</sup> Art. 107 TFUE, par.1.

<sup>19</sup> Il riferimento è a Corte Giust., sentenza 22 marzo 1977, causa 78/76, in Racc., I-273, p. 8.

<sup>20</sup> Così in C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 31.

del Parlamento europeo, possa stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108, e fissare, in particolare, le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, par. 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura. Dall'attribuzione della potestà regolatrice alla Commissione europea si evince la necessità di centralizzare siffatte decisioni - che, evidentemente, determinano rilevanti effetti economici sui singoli stati - attraverso un Organo terzo ed imparziale, nonché unico in virtù della necessità di un'omogenea applicazione su tutto il territorio dell'Unione.

Dalla discrezionalità attribuita a siffatto organo, si desume altresì, e da ultimo, l'attribuzione all'Unione europea di una competenza ordinariamente tipica della potestà sovrana, discendente dalle concessioni di sovranità statale all'Unione stessa, così come affermato nel noto art. 11 Cost. Il potere attribuito alla Commissione si connota così, evidentemente, di una natura amministrativa e discrezionale, di certo peculiare rispetto ai poteri, solitamente legislativi, attribuiti all'Unione europea.

### 1.3 La nozione di aiuto di Stato ed i c.d. «aiuti fiscali»: lineamenti generali

La nozione di aiuto di Stato, ricavabile a partire dall'art. 107, par. 1, TFUE, risulta, a detta di molti autori e pratici del settore <sup>21</sup>, intrinsecamente connotata da un'ineliminabile vaghezza, insita, probabilmente, perché oltre ad essere espressione di un concetto giuridico, essa lo è anche, senz'altro - e forse soprattutto - di uno politico. A tal proposito, prima di tentare di estrapolare dalla normativa in discorso una nozione di aiuto di Stato che possa essere applicata, anche, con riferimento alla materia fiscale, si rende dunque opportuno

---

<sup>21</sup> In tal senso, tra gli altri, B. CORTESE. (2020). *EU State Aid Law as a passepartout: Shouldn't We Stop Taking the Effect on Trade for Granted?*, Bratislava Law Review, 4(1), pp.10 ss.

evidenziare, in via preliminare, come, per lungo tempo, sia le norme contenute nei Trattati <sup>22</sup>, che gli atti emanati dalla stessa Commissione, siano state - secondo taluni autori, volutamente <sup>23</sup> - significativamente carenti nel consegnare agli interpreti una definizione normativamente compiuta dell'istituto in esame. Almeno fino alla pubblicazione della dettagliata Comunicazione del 2016 <sup>24</sup>, infatti, non si sarebbe potuto negare come la Commissione, al fine di adattare più efficacemente la normativa in discorso ai comportamenti posti in essere dagli Stati membri, potenzialmente lesivi del mercato interno, abbia preferito riservarsi un ampio margine di discrezionalità nell'interpretazione della stessa, dando vita ad una vera e propria «lacuna normativa» <sup>25</sup>, pur progressivamente colmata, negli anni, - al di là delle numerose elaborazioni dottrinali - principalmente, dalla prassi dell'Esecutivo europeo stesso, nonché per il tramite della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Attraverso questi contributi, sulla base dell'art. 107 TFUE, si è quindi delineata una nozione di aiuto di Stato connotata da quattro requisiti cumulativi, aventi, precisamente, ad oggetto: il trasferimento di risorse statali, inteso come concessione di un vantaggio direttamente o indirettamente mediante risorse statali e l'imputabilità di queste misure allo Stato; la realizzazione e, di conseguenza, la presenza di un vantaggio economico in capo all'impresa

---

<sup>22</sup> Il riferimento è, in particolare, agli attuali artt. 107 ss., TFUE, ma anche al citato art. 4 del Tratto CECA e agli artt. 92 ss. del Trattato CEE.

<sup>23</sup> In tal senso, *ex multis*: B. CORTESE. (2020). *EU State Aid Law as a passepartout: Shouldn't We Stop Taking the Effect on Trade for Granted?*, Bratislava Law Review, 4(1), pp.10 ss. ; E. MOAVERO MILANESI, *Partecipazione dello Stato nella disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in *Rivista di diritto europeo*, 1990, p. 530.

<sup>24</sup> *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, (2016/C 262/01). Attraverso questa Comunicazione, la Commissione, nell'ambito delle circa cinquanta pagine e trecento note nelle quali si dipana il lavoro, ha avuto modo di fornire preziose informazioni ed illuminanti chiarimenti in merito al dibattito, ponendosi, peraltro, in linea di continuità con la strategia di modernizzazione degli aiuti di Stato, avviata dalla Commissione stessa nel 2012 e avente come obiettivo principale quello di ridurre il numero di notifiche, concentrando gli sforzi investigativi sui casi più rilevanti, ossia sui casi aventi un impatto particolarmente elevato sul mercato interno.

<sup>25</sup> In tal senso, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 40 ss.



beneficiaria; l'incidenza dello stesso sul commercio, all'interno dell'Unione; nonché, da ultimo, la selettività dell'aiuto.<sup>26</sup> In merito a tale, invero ampia, nozione, è stato, inoltre, consolidatamente, affermato come il principio di incompatibilità in essa contenuto debba intendersi, non solo come relativo a prestazioni di carattere positivo, ma anche, più in generale, a tutti gli «[...] interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti»<sup>27</sup>. In tal senso, con particolare riferimento al settore tributario, nonostante il Trattato non definisca una vera e propria nozione di «aiuto fiscale», né sussista, attualmente, un vero e proprio diritto tributario dell'Unione, appare, comunque sia, evidente come anche determinate agevolazioni di natura tributaria<sup>28</sup>, pur non rappresentando un esborso diretto da parte degli Stati, ma collocando comunque i «beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto agli altri soggetti tributari passivi»<sup>29</sup>, possano, certamente, risultare idonee ad assumere la segnalata rilevanza nell'ambito della disciplina in discorso. È infatti evidente che un'impresa

---

<sup>26</sup> Nonostante i quattro requisiti debbano sussistere cumulativamente, non si rende, tuttavia, necessario dare la prova dell'esistenza di ognuno di essi. Qualora, infatti, in una determinata fattispecie, venga accertata l'assenza anche di uno solo dei quattro requisiti, tale circostanza sarà sufficiente a determinare l'assenza dell'aiuto tout court, senza che si debba necessariamente procedere ad accertare l'eventuale presenza degli altri. In tal senso, in nota, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 40-41.

<sup>27</sup> In tal senso, Corte Giust., sentenza 23 febbraio 1961, causa 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. L'Alta Autorità della Ceca*, in Racc., I-3.

<sup>28</sup> Intendendosi, ad esempio, concretamente, come tali: una riduzione della base imponibile o dell'ammontare dell'imposta stessa, nonché un differimento, un annullamento o comunque una rinegoziazione del debito fiscale complessivamente o parzialmente inteso, rimanendo, invece, estranee alla fattispecie in esame - a patto che vengano applicate indiscriminatamente a tutte le imprese - le c.d. misure di tecnica fiscale, volte, ad esempio, alla fissazione di aliquote di imposta o ad evitare fenomeni di evasione e doppia imposizione; nonché quelle misure che perseguono comunque un obiettivo di politica economica generale. In tal senso, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 47.

<sup>29</sup> A tal proposito, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 29, che cita Corte giust., sentenza 15 marzo 1999, causa C-387/92, *Banco de Credito Industrial Sa, divenuto Banco Exterior de España Sa c. Ayuntamiento de Valencia*, in Racc., I-877, p. 14 della motivazione.

beneficiaria di un aiuto di Stato consistente, ad esempio, nell'esonero dal pagamento di un determinato tributo, sia favorita rispetto alle altre imprese che operano nel mercato, con conseguente nocumento agli interessi tutelati dal divieto. Attraverso i paragrafi successivi - avvalendosi dei più autorevoli contributi della dottrina, anche internazionale, nonché, altresì, delle informazioni contenute nella citata Comunicazione della Commissione del 2016 - , si tenterà, in particolare, di fornire maggiori chiarimenti in merito ai principali requisiti cumulativi, al fine di determinare, in particolare, a quali condizioni ed in che misura ognuno di essi possa risultare idoneo ad integrare la fattispecie rilevante ai fini del divieto in materia fiscale.

#### 1.4 Il trasferimento di risorse statali e la sua imputabilità allo Stato

Al fine di rendere compiutamente conto del tema in discorso - tentando al contempo, come anticipato e per quanto possibile, di declinarlo anche con riferimento alla materia fiscale - si renderà necessario approfondire separatamente ciascuno dei due criteri citati dalla norma in esame: quello del trasferimento di risorse statali e quello dell'imputabilità.

L'utilizzo della congiunzione disgiuntiva contenuta nella locuzione di cui all'art.107, n.1, TFUE - facente riferimento, appunto, agli «aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali» - potrebbe, infatti, far pensare che, ai fini della prova dell'origine statale dell'aiuto, intercorra un nesso di alternatività tra il c.d. criterio dell'imputabilità allo Stato della misura in discorso e quello della concessione del vantaggio medesimo tramite risorse pubbliche.<sup>30</sup> Al contrario, la stessa giurisprudenza delle Corti europee ha, a più riprese, avuto modo di chiarire

---

<sup>30</sup> In tal senso, inter alia, Case 78/76 *Steinike & Weinling v Germany* [1977] ECLI:EU:C1977:52, [19]

come entrambe le condizioni - imputabilità ed impiego di risorse statali, appunto - debbano necessariamente coesistere al fine di poter correttamente fornire la prova dell'esistenza dell'aiuto. In sostanza, così come peraltro osservato - oltre che dalla dottrina italiana ed internazionale <sup>31</sup> - anche dalla Commissione stessa<sup>32</sup>, il nesso relazionale intercorrente tra le due condizioni risulta caratterizzato da una natura separata, ma cumulativa, a tal punto che le misure aventi ad oggetto il trasferimento di risorse pubbliche non rientrerebbero all'interno della categoria degli aiuti statali qualora esse non siano anche imputabili allo Stato; così come, viceversa, le misure pur normativamente imputabili allo stesso non potrebbero comunque essere classificate come aiuti, qualora esse non siano poi caratterizzate dall'impiego effettivo di risorse pubbliche, facendo ricadere, al contrario, l'onere finanziario sui privati. In primo luogo, partendo, dunque, dall'analisi del criterio dell'impiego di risorse statali, la stessa Commissione nel 2016 - sulla base di una numerosa scorta di casi giurisprudenziali, i quali si andranno, parzialmente, ad approfondire in seguito - ha avuto modo di chiarire come tali debbano considerarsi non solo quelle risorse che provengano dal settore pubblico <sup>33</sup>, ma anche, in determinate circostanze - oltre alle risorse delle imprese pubbliche, che, in quanto tali, sono presumibilmente soggette ad un indirizzo statale in merito al loro impiego <sup>34</sup> -, le risorse provenienti da enti privati, laddove, in particolare,

---

<sup>31</sup> Sul tema, *ex multis*, A. GARCEA, *L'origine*, in L. SALVINI (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007, p. 99; P. WERNER and M. CARAMAZZA, *State' Aid or Not - This Is the Question*, EStAL, 4/2019; R. WESSELING and M. BREDENOORD-SPOEK, *State measure*, in P. WERNER and V. VEROUDEN, eds, *EU State aid Control*, Wolters Kluwer, 2017, p.88.

<sup>32</sup> Il riferimento è alla *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, (2016/C 262/01).

<sup>33</sup> Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1996, *Air France/Commissione*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punto 56, nell'ambito della quale, peraltro, la Corte ha avuto modo di chiarire come le previsioni del Trattato non siano da interpretare «*as formal criteria*», ma bensì «*as provisions expressing the aim of State aid rules, which is to prevent the distortion of competition by any public subsidy in any form whatsoever*», in tal senso, P. WERNER and M. CARAMAZZA, *State' Aid or Not - This Is the Question*, EStAL, 4/2019.

<sup>34</sup> Si noti come, «ai fini della normativa sugli aiuti di Stato, anche i trasferimenti all'interno di un

«esse siano sotto il controllo pubblico e a disposizione delle autorità nazionali, anche se le risorse non diventano proprietà della pubblica autorità»<sup>35</sup>. In questo caso, infatti, il fattore rilevante, così come puntualizzato dalla Commissione, risulta essere non tanto l'origine delle risorse in sé, quanto piuttosto la soglia dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento.

Le citate conclusioni della Commissione, tuttavia, così come esplicitate all'interno della sua Comunicazione del 2016, lungi dall'essere state univocamente esplicitate, hanno trovato origine, come detto, alla luce di un articolato percorso giurisprudenziale, nell'ambito del quale una significativa attenzione è da riporre, in particolar modo, sulle vicende relative alle misure adottate nei confronti delle imprese private, mediante l'impiego di risorse, le quali si è statuito non gravassero, tuttavia, sul bilancio pubblico. Fu, infatti, proprio con riferimento a tali cause che la giurisprudenza europea ebbe più frequentemente modo di annullare le Decisioni precedentemente emanate dalla Commissione. A titolo esemplificativo di quanto appena esposto, può essere inizialmente richiamata l'ormai risalente causa C-82/77, *Van Tiggele*<sup>36</sup>, nella quale, nel 1978 la Corte di giustizia ebbe ad affermare come non potesse configurarsi aiuto di Stato con riferimento ad una normativa norvegese, avente ad oggetto la fissazione di un prezzo minimo di vendita al dettaglio di bevande alcoliche, considerato come il conseguente vantaggio per le imprese private provenisse in realtà dai consumatori, ricadendo, infatti, su di loro il reale onere finanziario dell'iniziativa legislativa, e non potendosi, quindi, ricondurre lo stesso, né direttamente, né

---

gruppo pubblico possono costituire aiuti di Stato se, ad esempio, le risorse sono trasferite dalla società madre alla sua controllata». In tal senso Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016, C 262/11, par.49.

<sup>35</sup> *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/13, par.57.

<sup>36</sup> Corte Giust., sentenza 24 gennaio 1978.

indirettamente all'impiego di risorse statali propriamente intese, a differenza di come era stato invece precedentemente prospettato dalla Commissione.

Parimenti, e con particolare riferimento alla materia fiscale, anche nelle successive cause riunite C-72-73, *Slooman Neptum*<sup>37</sup>, relative ad una normativa tedesca in materia di contratti di lavoro degli equipaggi di talune imprese marittime, la Corte nel 1993, richiamando le argomentazioni già sviluppate nel precedente caso *Van Tiggele* circa quindici anni prima, ebbe modo di rafforzare la conclusione secondo la quale i vantaggi concessi con mezzi diversi dalle risorse pubbliche esulassero dall'ambito di applicazione della disciplina in discorso. Anche nel caso *de quo*, come in quello precedentemente citato, il sacrificio economico legato ai contratti di lavoro ricadeva, infatti, su soggetti privati, i marinai non residenti, i quali avrebbero, infatti, percepito una retribuzione inferiore rispetto a quelli residenti. In questa occasione, come anticipato, i giudici entrarono, peraltro, nel merito della diminuzione del gettito d'imposta sul reddito relativa alla differenza di retribuzione tra marinai residenti e non residenti, ravvisando, tuttavia, come non sussistesse un reale nesso tra tale minore entrata e il vantaggio economico attribuito in quel caso all'impresa,<sup>38</sup> fermo restando, tuttavia, il presupposto, successivamente ribadito in atti ufficiali dell'Unione<sup>39</sup>, secondo il quale una perdita di gettito fiscale è equivalente al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale. Storicamente, queste ed altre vicende giurisprudenziali hanno, da ultimo, contribuito a gettare le basi per quello che

---

<sup>37</sup> Corte Giust., sentenza 17 marzo 1993, cause C-72-73.

<sup>38</sup> Analogo orientamento venne, altresì, ribadito nella causa *Petra Kirsammerv* [Corte Giust., sentenza 30 novembre 1993, causa C-189/1991], in merito ad una normativa tedesca avente ad oggetto l'esclusione dei lavoratori delle piccole imprese dalla disciplina sulla tutela dei licenziamenti. Nel caso di specie non venne ravvisato nessun aiuto vietato, sulla base del fatto che non venne ritenuto sussistente un reale trasferimento di risorse statali, né, di conseguenza, alcun nesso tra la perdita per i lavoratori delle indennità altrimenti spettanti e la rinuncia dello Stato all'imposta ad esse riferibile.

<sup>39</sup> *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, OJ C, C/384, 10.12.1998

dottrina e giurisprudenza europee sono state concordi nel considerare il vero e proprio *leading case* in materia di trasferimento di risorse statali: il caso *PreussenElektra*<sup>40</sup> del 1998. Tale vicenda ebbe ad oggetto, in particolare, una normativa tedesca che imponeva ai distributori regionali di energia elettrica di acquistare, ad un prezzo prefissato e superiore rispetto al normale valore di mercato, una determinata quota di energia, prodotta attraverso fonti rinnovabili, addebitando, altresì, a determinate condizioni, una quota di tale maggior costo al gestore nazionale. Fu proprio in tale contesto, infatti, che la Corte di giustizia ebbe ad affermare il citato principio, da ultimo ribadito nella Comunicazione del 2016, secondo il quale, nel giudicare in merito alla natura pubblica delle risorse coinvolte, il fattore chiave debba essere ravvisato nell'effettivo esercizio di controllo sopra le stesse da parte dello Stato, nonché, da ultimo, nell'esercizio di una reale influenza in merito al loro impiego. Sancendo, dunque, che determinate «risorse private», pur essendo gestite da imprese, altresì, private, qualora, tuttavia, perseguano una «*public obligation*»<sup>41</sup> - come nel caso *de quo* - possano, comunque, essere considerate «risorse pubbliche», a patto, però, unicamente, che sussista un effettivo controllo o indirizzo pubblico in merito all'impiego delle stesse. Alla luce di ciò, risulta, pertanto, corretto affermare che, con particolare riferimento alla dicitura «risorse statali», la sentenza in discorso, non ritenendo sussistente alcun trasferimento di risorse pubbliche<sup>42</sup>, inauguri, in un certo senso, un orientamento interpretativo restrittivo, esplicitando, in sostanza, come la Commissione non debba mai sentirsi legittimata a presumere la natura pubblica delle risorse in esame, qualora tali somme non provengano direttamente e comprovatamente dal bilancio pubblico. Secondo taluni autori, tale sentenza

---

<sup>40</sup> Corte Giust., sentenza 13 marzo 2001, causa C-379/1998.

<sup>41</sup> In tal senso P. WERNER and M. CARAMAZZA, *State' Aid or Not – This Is the Question*, EStAL, 4/2019.

<sup>42</sup> «*the allocation of the financial burden arising from that obligation for those private electricity supply undertakings as between them and other private undertakings cannot constitute a direct or indirect transfer of State resources either*». Così in *PreussenElektra* (n 18) [60].

darebbe luce, piuttosto, ad una categoria nuova, la quale potrebbe rientrare sotto la dicitura di «*mesures de soutien*»<sup>43</sup>, indicando come tali, quelle misure che, pur non essendo, propriamente, aiuti di Stato, ne condividerebbero, cionondimeno, il principale effetto economico, senza, tuttavia, ricadere nel principio di incompatibilità sancito dal Trattato. La linea di ragionamento esposta nella Sentenza *PreussenElektra* venne, da ultimo, ripresa in una serie di vicende giurisprudenziali successive, tra le quali, peraltro, anche quella relativa all'analogo caso *Vent de Colère*. Risulta interessante citare tale vicenda - pur sempre relativa ad un sistema di compensazione predisposto dallo Stato a favore dei fornitori di energia elettrica, per costi standard che non si sarebbero potuti recuperare attraverso i meccanismi di libero mercato - in quanto, lo Stato francese, alla stregua di quanto già precedentemente verificatosi in *PreussenElektra*, imponeva, qui, ai fornitori nazionali di energia elettrica di acquistare energia rinnovabile ad un prezzo da esso stesso prefissato, prevedendo, tuttavia, a differenza di quanto accaduto nella vicenda tedesca, un meccanismo di compensazione gravante sui consumatori, il quale sarebbe stato, questa volta, gestito attraverso un ente pubblico, operante mediante un mandato statale e pertanto sotto il costante controllo di quest'ultimo. In tale circostanza, a differenza del caso *PreussenElektra*, ma alla luce della medesima linea di ragionamento, la Corte di giustizia dovette concludere che il sistema di compensazione *de quo* fosse, in realtà, un una misura finanziata attraverso risorse statali e, pertanto, contraria al disposto ex art.107 TFUE.

In secondo luogo, il criterio del trasferimento di risorse statali ha trovato un chiarimento, sempre ad opera della citata Comunicazione della Commissione del 2016, relativamente alla c.d. portata soggettiva dell'origine dell'aiuto. Appare,

---

<sup>43</sup> Tale dicitura è da attribuire a E. CABRERA MAQUEDA e G. CONTE, “*State Resources and Imputability*”, in PESARESI, K. VAN DE CASTEELE, L. FLYNN, C. SLATERLI, EU Competition Law (Vol IV, State Aid, Book one, CLAEYS & CASTEELS 2016) 2.100.

innanzitutto, consolidato che, ai fini del divieto in discorso, esso, oltre che essere stato concesso per il tramite di risorse pubbliche - così come si è, precedentemente, esposto vadano esse intese, ossia come strumenti finanziari, fattualmente nella disponibilità della pubblica autorità -, debba, altresì, essere soggettivamente imputabile allo Stato, ovvero ad una sua articolazione centrale o periferica. Sempre a detta della Commissione, il riferimento normativo ex art. 107 TFUE deve, infatti, considerarsi attinente non solo agli organi centrali dello Stato, ma anche ai suoi enti territoriali e locali.<sup>44</sup> In particolare, può, a tal proposito, premettersi che la *ratio* del criterio dell'imputabilità risieda, evidentemente, nella necessità di verificare, soprattutto con riferimento ai c.d. *aiuti indiretti* - intendendosi come tali quegli aiuti nei quali l'attribuzione del vantaggio economico avvenga per il tramite di un ente intermedio, sia esso pubblico o privato, solitamente precostituito *ad hoc* dallo Stato -, se ed in che misura i già menzionati enti abbiano agito autonomamente, o se essi abbiano, di converso, subito un'influenza determinante da parte dello Stato, tale da giustificare, pertanto, l'imputabilità allo stesso dell'aiuto. Il diritto dell'Unione non può, infatti, tollerare che il semplice fatto di creare enti autonomi, incaricati della distribuzione di aiuti, permetta di aggirare la normativa in materia di aiuti di Stato.<sup>45</sup> In tal senso, così come statuito nella Comunicazione della Commissione del 2016, l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica può essere, desunta da un insieme di indizi, risultanti a loro volta dalle circostanze del caso concreto, nonché dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato. Tra questi, possono essere sicuramente ricordati: la presenza di

---

<sup>44</sup> Così, *Comunicazione Commissione CE*, 10 dicembre 1998, C384/4, punto 10: «Il vantaggio deve essere concesso dallo stato o mediante risorse statali. Una perdita di gettito fiscale è equivalente al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale. Questo criterio vale altresì per gli aiuti concessi da enti regionali e locali degli stati membri».

<sup>45</sup> In tal senso, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/9, par.39. La quale cita, a tal proposito, Sentenza del Tribunale del 12 dicembre 1996, *Air France/Commissione*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, punto 62.



legami organici tra l'impresa pubblica e lo Stato; il fatto che l'impresa, per il cui tramite gli aiuti sono stati accordati, abbia dovuto tener conto di alcune direttive impartite da organismi pubblici <sup>46</sup> ; l'integrazione dell'impresa pubblica nelle strutture dell'amministrazione pubblica; lo stato giuridico dell'impresa - intendendosi con ciò il fatto che quest'ultima sia soggetta al diritto pubblico, piuttosto che al diritto comune delle società -, sebbene il semplice fatto che un'impresa pubblica sia stata costituita in forma di società di capitali di diritto comune non possa essere considerato, per via dell'autonomia che tale forma giuridica conferisce alla società stessa, motivo sufficiente per escludere l'imputabilità allo Stato <sup>47</sup> ; nonché qualsiasi altro indizio che dimostri la partecipazione - o la sola probabilità della stessa - delle autorità pubbliche all'adozione del provvedimento. <sup>48</sup> Con particolare riferimento al settore tributario, si è precisato, inoltre, come una misura fiscale non possa essere imputabile all'ordinamento di uno Stato membro qualora questo abbia l'obbligo di applicarla in base al diritto dell'Unione, senza disporre, al riguardo, di alcun potere discrezionale, né sull'opportunità di adottare le misure in questione, né, tantomeno, nel definire le caratteristiche della misura in concreto, in quanto, in tal caso, la misura deriverebbe, invero, direttamente da un atto del legislatore dell'Unione.

Tale principio venne, in particolare, enunciato nel contesto della causa *Deutsche Bahn* <sup>49</sup> , laddove, relativamente all'esonazione concessa in merito

---

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 23 ottobre 2014, *Commerz Nederland*, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, punto 35.

<sup>47</sup> Così, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/9, par.43 lett. (f)

<sup>48</sup> Per questi e per altri indizi, il rimando testuale è a: *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/9, par.42. La quale cita, tra le altre, la Sentenza della Corte di Giustizia del 16 maggio 2002, *Francia/Commissione (Stardust)*, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, punto 55.

<sup>49</sup> Corte Giust., sentenza del 5 aprile 2006, causa T-351/2002, *Deutsche Bahn c. Commissione*.

all'accisa ordinariamente imposta sugli oli minerali, a favore dei carburanti utilizzati per il trasporto aereo, conformemente ad un obbligo comunitario incondizionato derivante da una Direttiva del Consiglio, venne stabilito che la misura nazionale di recepimento dell'obbligo non rappresentasse, appunto, aiuto di Stato. In tal caso, il potere accordato allo Stato membro, al fine di garantire l'effettiva e corretta applicazione della Direttiva, avrebbe avuto, infatti, un carattere meramente residuale, rispetto alla natura incondizionata dell'obbligo comunitario *de quo*, consentendo, pertanto, di escludere un'imputabilità statale della misura.

#### 1.5 Il vantaggio economico per l'impresa beneficiaria e la declinazione di tale nozione in materia fiscale.

Come anticipato, un altro elemento considerato rilevante ai fini dell'integrazione del divieto ex art. 107, n.1, TFUE consiste nella concessione di un beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di un intervento statale.<sup>50</sup> In tal senso, è sempre la Comunicazione della Commissione del 2016 che, sulla scorta di un nutrito numero di casi giurisprudenziali, si fa carico di fornire agli operatori del settore dettagliate indicazioni per valutare se un tale beneficio sia stato o meno ottenuto in condizioni normali di mercato e se, pertanto, sia stato o meno violato il citato divieto. Premesso che un tale divieto sarà presumibilmente violato laddove il beneficio ottenuto<sup>51</sup> sia idoneo ad incidere, perlomeno, sugli oneri di bilancio e quindi aumenti gli utili societari, la stessa Commissione<sup>52</sup> ha avuto comunque

---

<sup>50</sup> A. QUATTROCCHI, *Profili tributari degli aiuti di Stato*, 2020, Padova, CEDAM, pp. 58 ss.

<sup>51</sup> Sia esso concesso per il tramite della destinazione di specifiche risorse statali, ovvero attraverso una perdita di gettito tributario.

<sup>52</sup> Che cita la Sentenza della Corte di Giustizia del 2 luglio 1974, *Italia/Commissione*, C-173/73,

modo di precisare come, a tal fine, non debbano considerarsi rilevanti né la causa, né lo scopo dell'intervento statale, ma solo gli effetti concreti della misura sull'impresa, ovvero, in particolare, la sua «attitudine ad arrecare turbative alla parità di condizioni tra imprese»<sup>53</sup>. In sostanza, qualora la condizione dell'impresa migliori grazie all'intervento statale, a condizioni, tuttavia, diverse rispetto alle normali condizioni di mercato, in tal caso sarà presente un vantaggio<sup>54</sup>. Più compiutamente, sempre al citato fine di individuare la sussistenza degli aiuti in discorso, gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno elaborato, inoltre, il c.d. «*criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato*»<sup>55</sup>. Secondo tale criterio, si ritiene che sia presente un aiuto in tutti i casi nei quali uno Stato membro metta a disposizione delle imprese risorse che, in circostanze analoghe, un investitore privato consapevole ed avveduto, di dimensioni paragonabili ed operante in normali condizioni di mercato, non avrebbe, presumibilmente, fornito.<sup>56</sup> A titolo esemplificativo, tale circostanza potrà verificarsi, sia qualora un investimento pari al contributo statale, a causa magari del volume di indebitamento dell'impresa beneficiaria, o comunque della situazione finanziaria della stessa, non potrebbe, ragionevolmente, considerarsi profittevole, sia qualora, ad esempio, l'impresa in discorso presenti di per sé un insufficiente margine di autofinanziamento, tale da non consentire ad essa di reperire autonomamente sul mercato tali fondi da degli investitori.

---

ECLI:EU:C:1974:71, punto 13.

<sup>53</sup> C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 63.

<sup>54</sup> La nozione in discorso è, infatti, certamente molto ampia, comprendendo, sostanzialmente, qualsiasi riduzione degli oneri che normalmente graverebbero sul bilancio di un'impresa, anche indipendentemente dalla forma della misura in esame, potendo costituire, dunque, un vantaggio anche un qualsiasi intervento che si limiti a liberare gli operatori economici dagli oneri derivanti dalle loro attività d'impresa, come, ad esempio, delle agevolazioni fiscali o anche, banalmente, delle riduzioni dei contributi previdenziali.

<sup>55</sup> A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004.

<sup>56</sup> Corte Giust., Sentenza 21 marzo 1991, causa 303/88, cit., p.20.

Se quanto finora esposto può risultare evidente, si tenga presente, tuttavia, che un'impresa privata, la quale abbia pur subito perdite rilevanti - anche magari per più esercizi sociali consecutivi - potrebbe comunque, ragionevolmente, ricevere da un socio, investitore privato, conferimenti di capitale, anche semplicemente al fine di consentire che la cessazione delle attività in discorso avvenga nelle migliori condizioni possibili, senza quindi nessuna reale prospettiva di redditività. In tal caso, qualora dei conferimenti di capitale pubblico prescindano da una suddetta prospettiva, si renderà necessario condurre, caso per caso, un'accurata valutazione *ex post* di compatibilità ex art. 107 TFUE.

Proprio a tal proposito, possono segnalarsi, a mero titolo esemplificativo, due casistiche, le quali hanno riguardato direttamente lo Stato italiano, relativamente a dei conferimenti effettuati per ripianare le perdite d'esercizio subite, in particolare, dalle società *Alfa Romeo* e *Lanerossi*.<sup>57</sup> In tali vicende, i giudici della Corte di Giustizia hanno rilevato come gli interventi statali fossero, in sostanza, avvenuti in circostanze normalmente irragionevoli per un investitore privato, al solo fine di mantenere in vita le aziende in discorso, pregiudicando, tuttavia, gli scambi commerciali fra le imprese concorrenti dell'Unione. Come è stato, infatti, autorevolmente ricordato<sup>58</sup>, a nulla sarebbe valso, in tal caso, appellarsi ai c.d. «*aiuti di salvataggio*» ex art. 107, n.3, TFUE, in quanto, per essere ritenuti compatibili con il mercato interno, detti aiuti avrebbero dovuto ricollegarsi ad un concreto piano di risanamento delle imprese, almeno proporzionato all'ammontare del beneficio ricevuto tramite le risorse pubbliche conferite. Esaurito, a tal punto, un primo, seppur unicamente introduttivo, inquadramento della fattispecie generale, si rende ora necessario, come anticipato,

---

<sup>57</sup> Corte di Giust., 21 marzo 1991, C-305/1989, *Alfa Romeo*; Corte di Giust., 21 marzo 1991, C-303/1988, *Lanerossi*.

<sup>58</sup> Il riferimento è sempre a C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 65.

tentare di declinare la citata nozione di «vantaggio» con specifico riferimento alla materia fiscale.

In tal senso, lo stesso Esecutivo europeo, in occasione della sua «*Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*»<sup>59</sup>, al fine di specificare la nozione di «vantaggio» in materia fiscale, principalmente in un'ottica di contrasto al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa in Europa, ha avuto modo di precisare come, per essere qualificata come aiuto illecito ai sensi della normativa in vigore, la misura in esame debba necessariamente conferire ai beneficiari della stessa un vantaggio, il quale comporti un alleggerimento degli oneri ordinariamente gravanti sul loro bilancio. Tale vantaggio, secondo la Commissione, potrebbe risultare, in particolare, da una riduzione dell'onere fiscale dell'impresa, realizzato, a sua volta, per il tramite di una serie di metodologie, tra le quali: una riduzione della base imponibile - in tal senso, le esemplificazioni riportate dalla Commissione sono relative ad una deduzione derogatoria, un ammortamento straordinario o accelerato e, ancora, ad una iscrizione di riserve in bilancio, lasciando tuttavia l'elenco aperto -; una riduzione totale o parziale dell'ammontare dell'imposta, per il tramite, ad esempio di un'esenzione o di un credito d'imposta; nonché un differimento, annullamento o rinegoziazione eccezionale del debito fiscale.

Da ultimo, con particolare riferimento all'ambito transfrontaliero, merita menzione una interessante casistica irlandese<sup>60</sup>, ove è possibile riscontrare una fattuale interconnessione tra la complessa materia della doppia imposizione e quella degli aiuti di Stato, sempre con riferimento al relativo criterio del vantaggio che si sta, in questa sede, esaminando. Nel caso di specie, il regime irlandese

---

<sup>59</sup> *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, OJ C, C/384, 10.12.1998, p. 3.

<sup>60</sup> Commissione europea, Decisione del 17 febbraio 2003, GU L 204, 13 agosto 2003, p.51.

prevedeva, infatti, un'esenzione dall'imposta nazionale, relativamente a talune categorie di profitti realizzati all'estero, a patto che tali proventi venissero effettivamente rimpatriati e destinati, a titolo di investimento, alla creazione di posti di lavoro sul territorio nazionale. Tale regime, ponendosi come derogatorio rispetto al regime del credito d'imposta previsto dalle allora vigenti convenzioni in materia di prevenzione della doppia imposizione, venne giudicato dall'Esecutivo europeo in contrasto con il divieto agli aiuti, evidenziandone l'attitudine a conferire un vantaggio alle imprese nazionali destinatarie, qualora l'imposta già versata all'estero fosse stata *de facto* inferiore rispetto a quella normalmente esigibile nello Stato di origine, relativamente a dei redditi analoghi, perché la concessione di un'esenzione sarebbe stata più favorevole rispetto al menzionato credito d'imposta, in quanto questo avrebbe comportato una residua tassazione nello stato di residenza.<sup>61</sup>

Come è stato evidenziato dalla dottrina<sup>62</sup>, potrebbe, dunque, affermarsi che, se l'iniziale *focus* europeo, relativo al divieto di aiuti di Stato in materia fiscale, è stato, presumibilmente, caratterizzato dalla preoccupazione di assicurare garanzie di pari trattamento ai soggetti non residenti, i quali avessero voluto dar vita ad attività produttive, scongiurando, pertanto, delle eventuali agevolazioni a vantaggio di concorrenti imprese nazionali, l'esigenza successiva è apparsa, invero, opposta, caratterizzandosi per la necessità di controllare le normative nazionali volte ad attrarre capitali esteri sul territorio, attraverso le citate politiche di detassazione per gli investitori, pregiudizievoli per concorrenti che continuino ad operare sul mercato da altri Stati membri. Si è laconicamente, quanto efficacemente affermato che: «il fulcro della criticità si è, dunque,

---

<sup>61</sup> C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 78.

<sup>62</sup> In tal senso L. DEL FEDERICO, *Legittimità delle agevolazioni fiscali nazionali tra aiuti di Stato e principi nazionali*, in Riv. Dir. Trib. Int. N.3/2006, p.19 ss.

progressivamente spostato dalla discriminazione penalizzante alla selezione incentivante [...]»<sup>63</sup>.

1.6 Il criterio della selettività attraverso alcuni dei principali sviluppi giurisprudenziali: il punto di incontro tra la normativa sugli aiuti di Stato e la lotta alla concorrenza fiscale dannosa in Europa.

Come anticipato nei precedenti paragrafi del presente lavoro, al fine di rientrare nel campo di applicazione dell'art. 107, n. 1 TFUE, è richiesto, inoltre, che una misura statale sia idonea a favorire «talune imprese o talune produzioni». Se ne evince, pertanto, che non tutte le misure di Stato, per il semplice fatto di favorire determinati operatori economici, possano essere ricondotte all'interno della nozione di aiuto. A tal fine, secondo consolidata giurisprudenza, è necessario che la misura in discorso sia idonea, in particolare, a concedere un vantaggio in maniera *selettiva*, favorendo cioè determinate imprese, categorie di imprese o comunque determinati settori economici, a discapito di altri.<sup>64</sup>

Relativamente ad un primo inquadramento generale del citato criterio ed al fine di evidenziare la complessità di tale settore, anche la stessa Comunicazione della Commissione del 2016 ha ritenuto preliminarmente necessario precisare come persino taluni interventi che, *prima facie*, potrebbero dirsi applicabili alla

---

<sup>63</sup> C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 79.

<sup>64</sup> Così, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/27, par.117.

generalità delle imprese, celino, in realtà, dei sottesi caratteri di selettività.<sup>65</sup>

In particolare, affinché una misura statale possa legittimamente sottrarsi al vaglio della Commissione, rientrando, pertanto, all'interno della categoria dei provvedimenti generali di politica economica, non basterebbe, sostiene la Commissione, né che la misura in discorso sia stata concessa alla totalità delle imprese di un determinato settore, né, «la diversità e la dimensione dei settori cui queste imprese appartengono»<sup>66</sup>, dovendo tale misura necessariamente rivolgersi alla generalità dei settori economici strettamente intesi. Oltretutto, prosegue la Commissione, nemmeno il fatto che l'applicazione dell'aiuto sia stata predeterminata sulla base di una serie di criteri obiettivi ed indirizzata ad un numero indefinito di beneficiari non individuati *ex ante*, basterebbe, di per sé, ad escludere a priori il carattere selettivo della misura.<sup>67</sup> Come si avrà modo di vedere più nel dettaglio nel prosieguo del paragrafo, l'argomento in esame risulta, in effetti - soprattutto per i pratici del settore -, assai più spinoso di quanto, a prima vista, possa sembrare. Proprio per questo motivo, si renderà opportuno tentare di fornire al lettore ulteriori chiarimenti, al fine di delineare più compiutamente i tratti salienti del criterio in esame.

Sulla base dei citati intenti, l'analisi verrà pertanto condotta analizzando sia la selettività c.d. *regionale*, facente riferimento alle misure applicabili

---

<sup>65</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 1999, *DMTransport*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, punto 27; sentenza del Tribunale del 6 marzo 2002, *Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava e altri/Commissione*, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, ECLI:EU:T:2002:59, punto 149. Così come citate, in nota, da *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/27, par.118.

<sup>66</sup> Così *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/27, par.118.

<sup>67</sup> In tal senso, *ex multis*, sentenza del Tribunale del 13 settembre 2012, *Italia/Commissione*, T-379/09, ECLI:EU: T:2012:422, punto 47. La misura de qua aveva ad oggetto un'esenzione parziale dalle accise sul gasolio utilizzato per il riscaldamento delle serre. In quell'occasione, il Tribunale ha avuto modo di precisare come, di per sé, il fatto che tutte le imprese che avessero optato per una produzione in serra avrebbero sostanzialmente potuto beneficiare dell'esenzione non sarebbe stato sufficiente per determinare il carattere generale della misura ed escluderne, pertanto, la selettività.



unicamente a determinate aree geografiche dello Stato membro – criterio peraltro rilevante ai fini del presente lavoro, soprattutto in considerazione delle importanti implicazioni tributarie che ne sono oggetto -, sia quella c.d. *materiale*, relativa, invece, a determinate imprese o settori dell'economia. Successivamente, l'attenzione verrà concentrata sul percorso e sugli sviluppi giurisprudenziali europei specificamente inerenti al criterio della selettività, soprattutto *materiale*, con particolare riferimento alla nota vicenda relativa alla riforma fiscale di Gibilterra <sup>68</sup>, nonché, più in generale e da ultimo, sull'approccio adottato dalle Corti e dalla Commissione con particolare riferimento sia alle misure fiscali, che alla lotta al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa, approfittando così del presente contesto per fornire una necessaria linea di connessione tra la fine di questo primo Capitolo, relativo agli aiuti di Stato di natura fiscale ed il successivo, dedicato, invece, proprio all'opportunità dell'impiego della normativa sugli aiuti in discorso come strumento di contrasto al noto fenomeno di «*harmful tax competition*» all'interno dell'Unione. Da un punto di vista generale, apparirebbe corretto affermare che solamente le misure che possano dirsi applicabili alla totalità del territorio dello Stato membro in questione siano esenti dall'etichetta della selettività regionale di cui art. 107 n.1. TFUE. Come stabilito dalla giurisprudenza europea, tuttavia, <sup>69</sup> - peraltro prevalentemente in tema di misure fiscali, ma in maniera pacificamente estensibile in via analogica anche ad altri tipi di misure -, non tutte le misure statali aventi un campo di applicazione regionale debbono necessariamente considerarsi selettive, qualora sussistano determinate condizioni. Nella valutazione della selettività regionale, infatti, possono individuarsi - con particolare riferimento al settore tributario - almeno tre possibili

---

<sup>68</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 15 novembre 2011, *Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito*, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 6 settembre 2006, *Portogallo/Commissione*, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, punto 57 e segg.; sentenza della Corte di Giustizia dell'11 settembre 2008, *Unión General de Trabajadores de La Rioja*, cause riunite da C-428/06 a C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, punto 47 e segg.

scenari. In un primo scenario, l'autorità amministrativa centrale di uno Stato membro dispone l'applicazione, unicamente all'interno di un'area geografica determinata, di un livello di tassazione inferiore rispetto a quello ordinariamente imposto nella restante parte del Paese: in tal caso risulterà pacifica la connotazione di selettività regionale della misura. In un secondo scenario, c.d. di *decentramento simmetrico* dei poteri in materia tributaria <sup>70</sup>, la totalità degli enti c.d. infra-statali di pari livello - tutti i Comuni, o tutte le Regioni, ecc. - gode, in egual misura, indipendentemente dal governo centrale, di autonomia impositiva nella rispettiva area geografica di competenza, perciò non è possibile individuare un'aliquota d'imposta ordinaria, sulla base della quale poter individuare il c.d. *sistema di riferimento* <sup>71</sup>: in tal caso, le misure adottate dalle singole autorità infra-statali non potranno, dunque, dirsi selettive. Infine, in un terzo ed ultimo scenario, c.d. di *decentramento asimmetrico* <sup>72</sup>, solamente determinate autorità infra-statali godono di una certa autonomia impositiva: quest'ultimo scenario è, in realtà, il più complesso, tanto da aver reso necessario un approfondimento più corposo da parte della citata Comunicazione della Commissione, rispetto ai primi due. In tal caso, infatti, come precisato dalla Commissione, «la valutazione del carattere selettivo della misura in questione dipende dal fatto che l'autorità in questione sia sufficientemente autonoma dal governo centrale dello Stato membro». <sup>73</sup> Il grado di autonomia richiesto dalla giurisprudenza verrà, dunque,

---

<sup>70</sup> In tal senso, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/32, par.144, n. 2.

<sup>71</sup> La centralità della nozione di «sistema di riferimento» verrà illustrata nel contesto della disamina relativa al criterio della selettività c.d. materiale.

<sup>72</sup> Cfr. la citata Comunicazione, p. 144, n. 3

<sup>73</sup> Così come riportato dalla citata Comunicazione del 2016 della Commissione, la quale, in nota, cita la Sentenza della Corte di Giustizia del 6 settembre 2006, *Portogallo/Commissione*, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, punto 58, laddove afferma che: «non si può escludere che un'entità infrastatale sia dotata di uno statuto di fatto e di diritto che la renda sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale di uno Stato membro affinché, grazie alle misure adottate, sia la detta entità, e non il governo centrale, a rivestire un ruolo fondamentale nella definizione dell'ambiente politico ed economico in cui operano le imprese».

considerato raggiunto solamente qualora essa potrà dirsi presente sotto almeno tre aspetti: istituzionale, procedurale ed economico finanziario. Qualora tali criteri di autonomia risultino effettivamente soddisfatti, sarà, anziché lo Stato membro, l'autorità infra-statale in questione a costituire l'ambito geografico di riferimento per la valutazione di selettività.

Con particolare riferimento, invece, al carattere c.d. *materiale* della selettività, quest'ultimo, come si è già avuto modo di anticipare, implica che la misura in discorso venga applicata «solo a determinate imprese o gruppi di imprese o a determinati settori dell'economia in un dato Stato membro»<sup>74</sup>, non identificati dalla collocazione in una certa zona. Sempre con riferimento alla selettività *materiale*, poi, la Commissione ha ulteriormente voluto distinguere tra una selettività c.d. *de jure* e una c.d. *de facto*. Risulta autoevidente come la selettività c.d. *di diritto* faccia riferimento a particolari criteri giuridici, sulla base dei quali una determinata misura statale venga riservata solamente a talune imprese aventi, per l'appunto, determinate caratteristiche come, per esempio, una certa dimensione, una particolare forma giuridica, o, eventualmente, una situazione economica sfavorevole. Un chiaro esempio di ciò, peraltro inerente alla materia fiscale, potrebbe essere, *ex multis*, molto banalmente, anche quello di una riduzione dell'aliquota societaria prevista unicamente a favore delle società a responsabilità limitata.

Viceversa, la selettività c.d. *di fatto* sarà il risultato di determinate condizioni imposte unilateralmente dal singolo Stato membro, le quali, nonostante possano apparire *prima facie* formulate in modo generale ed astratto, abbiano, tuttavia, non solo l'effetto di impedire, per l'appunto, *de facto*, a talune imprese di beneficiare della misura concessa, ma anche e soprattutto quello di favorire un determinato settore, attraverso l'individuazione *ex ante* di una sua situazione

---

<sup>74</sup> Così, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/27, par.120.

caratteristica. Come precisato dalla Commissione, un chiaro esempio di selettività *de facto* potrebbe consistere nella concessione di un credito d'imposta solo a favore di investimenti superiori ad una certa soglia, in quanto, chiaramente, tale condizione implicherebbe che la misura in discorso sarebbe riservata esclusivamente a quelle imprese che dispongano di ingenti risorse finanziarie, tali da consentire loro di attuare i notevoli investimenti richiesti.

Come si è appena visto, la ragione per la quale risulta così problematico stabilire con certezza se una misura sia, *de facto*, selettiva consiste, dunque, soprattutto nella circostanza che, nonostante essa possa aver ricevuto *ex ante* una formulazione generale ed astratta, al fine di essere auspicabilmente applicata alla generalità delle imprese - magari per attenuarne gli oneri <sup>75</sup> -, cionondimeno risulta plausibile che talune imprese o taluni settori possano comunque beneficiare della misura più di altri. Per fornire un altro esempio di ciò, una misura che sia volta a ridurre il costo del lavoro per la totalità delle imprese dello Stato membro in questione avrà, infatti, chiaramente, maggiore impatto sulle imprese c.d. «*labour intensive*», maggiormente caratterizzate dalla forza lavoro, piuttosto che su quelle c.d. «*capital intensive*», ove invece il costo del lavoro non è analogamente impattante sull'impresa.

Proprio per far fronte alla problematica dell'individuazione delle misure connotate *di fatto* da selettività materiale, la Commissione, unitamente alle Corti europee, ha sviluppato un modello di valutazione a tre fasi, c.d. «*Three-step Analysis*». <sup>76</sup> La prima fase di questo modello consiste nell'individuazione di un «sistema di riferimento», inteso come *benchmark*, in base al quale poter valutare la selettività di una misura. Come specificato dalla Commissione, il sistema di riferimento consiste, quindi, in un insieme coerente di norme, le quali, sulla base

---

<sup>75</sup> La Commissione, nella citata Comunicazione del 2016, fa riferimento, soprattutto, alle esenzioni dagli oneri contributivi o sociali per le imprese che soddisfano determinati criteri.

<sup>76</sup> *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/29, par.128.

di criteri oggettivi, non solo definiscono il campo di applicazione e le modalità tecniche di funzionamento del sistema stesso, ma individuano, altresì, le condizioni alle quali quest'ultimo potrà applicarsi, nonché i diritti e gli obblighi delle imprese che rientrano nel suo campo di applicazione. Con particolare riferimento al settore tributario, ad esempio, potrebbe individuarsi un sistema di riferimento relativo al sistema di imposizione sul reddito delle società, ovvero, ma non solo, al sistema dell'IVA.

Una volta individuato il sistema di riferimento in discorso, sulla base del secondo *step*, occorrerà, poi, stabilire se una determinata misura costituisca una deroga a tale sistema, operando una distinzione tra imprese, le quali, rispetto agli obiettivi intrinseci del sistema suddetto, si trovino, tuttavia, in una situazione di fatto e di diritto analoga <sup>77</sup>. Si ritiene altresì importante precisare come gli Stati membri non possano invocare obiettivi di politica regionale, industriale o ambientale, al fine di giustificare il trattamento differenziato tra operatori economici. <sup>78</sup> Infine, qualora si debba concludere che la misura *de qua*, a prima vista non selettiva, costituisca effettivamente una deroga al sistema di riferimento individuato *ex ante*, occorrerà verificare, nell'ambito della terza ed ultima fase di analisi, «se la deroga sia giustificata dalla natura e dalla struttura generale del

---

<sup>77</sup> A tal proposito, può risultare interessante riportare una precisazione contenuta nella sentenza *Paint Graphos* ed altresì richiamata, in nota, dalla citata Comunicazione della Commissione del 2016, laddove la Corte ha avuto modo di indicare come, «tenuto conto delle specifiche caratteristiche proprie delle cooperative che sono rette da principi di funzionamento peculiari, non si può considerare che esse si trovino in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali, purché operino nell'interesse economico dei loro soci e intrattengano con questi ultimi una relazione non puramente commerciale, bensì personale, i soci siano attivamente partecipi all'attività economica e abbiano diritto ad un'equa ripartizione dei risultati economici». In tal senso la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e altri*, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punto 61. Così come richiamata, in nota, da *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/30, par.135.

<sup>78</sup> *Ibid* 135, la quale cita, in nota, Sentenza della Corte di Giustizia del 18 luglio 2013, *P Oy*, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, punto 27 e segg.

sistema di cui trattasi»<sup>79</sup>, in quanto, in tal caso, dovrà concludersi che la misura in discorso non sia invero selettiva. Tale giustificazione si riterrà, in particolare, integrata qualora la misura in esame possa essere ricondotta ai principi informatori del sistema di riferimento, ovvero qualora, come ricordato dalla Commissione, sia «il risultato di meccanismi inerenti al sistema e necessari per il suo funzionamento e la sua efficacia»<sup>80</sup>.

Più concretamente, sempre con riferimento alla materia fiscale, si è sostenuto come una eventuale giustificazione in tal senso possa essere, ad esempio, ravvisata - all'interno di un dato sistema di riferimento - nel legittimo obiettivo di evitare la doppia imposizione, di combattere l'evasione fiscale, in quello di tenere conto di specifici obblighi contabili, nonché, *ex multis*, nel principio di neutralità fiscale o della natura progressiva dell'imposta sul reddito<sup>81</sup>, sempre a patto che tali misure risultino proporzionate e non eccedano i limiti di ciò che è strettamente necessario affinché il legittimo obiettivo venga raggiunto. Ciò premesso, occorre, tuttavia, puntualizzare che in taluni casi, «in considerazione degli effetti concreti delle misure in questione»<sup>82</sup>, la Commissione, come da essa peraltro espressamente precisato, non potrà applicare il metodo dell'analisi a tre fasi appena esposto. Come si è consolidatamente affermato, infatti, l'art.107, n.1, TFUE, «non distingue le misure di intervento statale a seconda delle loro cause o dei loro obiettivi ma le definisce in funzione dei loro effetti, indipendentemente dalle tecniche utilizzate».<sup>83</sup> In alcuni casi

---

<sup>79</sup> Ibid 128.

<sup>80</sup> Ibid 138, dove viene citata, in nota, la sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2011, *Paint Graphos e altri*, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, punto 69.

<sup>81</sup> Ibid 139.

<sup>82</sup> Ibid 129.

<sup>83</sup> Cfr. la sentenza della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2008, *British Aggregates/Commissione*, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, punti 85 e 89 e giurisprudenza citata; la sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2011, *Commissione/Paesi Bassi*, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, punto 51; la sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, *Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito*, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punto 87. Così come richiamato, in nota, in

eccezionali, è stato pertanto ritenuto che non sia sufficiente esaminare se una determinata misura sia stata formulata in deroga al sistema di riferimento individuato nello Stato membro, ma occorrerà, piuttosto, escludere che «i confini del sistema di riferimento» stesso siano stati concepiti in modo tale da condurre inevitabilmente ad una discriminazione di fatto.

Come si avrà modo di approfondire nelle pagine seguenti, una delle più note vicende in materia ha riguardato proprio la riforma fiscale di Gibilterra<sup>84</sup>, nell'ambito delle cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P.<sup>85</sup> Tale riforma prevedeva, in sostanza, l'applicazione nei confronti di tutte le imprese residenti a Gibilterra di tre imposte: una sull'occupazione di beni immobili ad uso commerciale, c.d. «*business property occupation tax*» (BPOT); una sul monte salari, c.d. «*payroll tax*»; nonché, da ultimo, una tassa di registrazione, c.d. «*company registration fee*». L'importo dell'imposta sul monte salari, unitamente a quello della c.d. BPOT, avrebbe dovuto, inoltre, essere limitato al 15% degli utili, conseguendone, dunque, che le società in discorso avrebbero pagato le due imposte citate solo ed unicamente qualora fossero state effettivamente produttive di detti utili.

Secondo la Commissione, il sistema fiscale proposto dalla riforma sarebbe stato materialmente selettivo per diverse ragioni: una fra tutte quella secondo la quale, in tale contesto, le società c.d. *offshore*, prive cioè di un'effettiva presenza fisica a Gibilterra, sarebbero state *de facto* sottratte all'imposta sulle società.

Tale Decisione è stata successivamente impugnata di fronte alla Corte. Il Tribunale di primo grado stabiliva che la Commissione, nella sua attività di scrutinio, aveva indebitamente travalicato i limiti per essa predeterminati,

---

*Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/29, par.129.

<sup>84</sup> Risulta opportuno evidenziare come tale riforma non sia, invero, mai entrata in vigore.

<sup>85</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, *Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito*, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732.

soprattutto alla luce della libertà riconosciuta agli Stati membri nell'implementazione dei propri sistemi fiscali, avendo essa omesso di individuare *ex ante* «*the common or normal regime under the tax system*»<sup>86</sup> e, di conseguenza, non aveva dimostrato l'esistenza di una deroga all'ordinario regime di tassazione. La Corte di giustizia, in fase di Appello, ebbe successivamente modo di constatare, invece, come il sistema di riferimento in questione - ed in particolar modo l'imposta sul monte salari e la BPOT -, pur se apparentemente improntato a criteri generali, comportava di fatto una discriminazione tra imprese che si trovavano in una situazione analoga, rispetto all'obiettivo della riforma tributaria, ossia quello di introdurre un sistema di tassazione che potesse applicarsi a tutte le società stabilite a Gibilterra, conferendo, in quel caso, un vantaggio selettivo alle società c.d. *offshore*, essendo quest'ultime prive di un'effettiva presenza fisica a Gibilterra e, pertanto - proprio perché ovviamente prive sia di dipendenti che di immobili commerciali -, sostanzialmente sottratte all'imposta sulle società<sup>87</sup>. In particolare, così come osservato dalla Commissione, la Corte di Giustizia ebbe modo di constatare che «il fatto che le società *offshore* non fossero tassate non era una conseguenza casuale del regime, bensì l'inevitabile conseguenza del fatto che le basi della valutazione erano specificamente concepite in modo che le società *offshore* non avessero una base imponibile»<sup>88</sup>. Alla luce di tale osservazione, risultava pertanto evidente la conclusione secondo cui le società *offshore* in discorso, nonostante non beneficiassero di nessuna particolare deroga rispetto al citato sistema di riferimento, godessero, cionondimeno di vantaggi

---

<sup>86</sup> Cause riunite T-211/04 e 215/04 *Commission v Government of Gibraltar and United Kingdom*, 2008, ECR II-3745, 184.

<sup>87</sup> In tal senso, C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 130 ss.

<sup>88</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 15 novembre 2011, *Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito*, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, punto 106. Così come citata in *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/29, par.130.



materialmente selettivi, in virtù del fatto che lo stesso sistema era stato concepito in modo tale da ridurne - o, per meglio dire, azzerarne - l'imposizione fiscale, proprio in ragione delle loro peculiari caratteristiche.

Come è stato osservato da una parte della dottrina <sup>89</sup>, la vicenda in esame sembrò rappresentare, al tempo, una sorta di «*rivoluzione metodologica*» nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea relativamente all'applicazione dell'art.107 TFUE sui c.d. aiuti di Stato. Per la prima volta, infatti, a differenza dei casi precedenti, la Corte ebbe modo di statuire - attraverso un'interpretazione di certo estensiva del criterio di selettività - come un intero sistema di riferimento, alla luce di opportune valutazioni, potesse essere ritenuto selettivo *tout court*, perlomeno dal punto di vista *materiale*, in quanto intrinsecamente discriminatorio.

Cercando di esemplificare maggiormente il concetto, il parametro di riferimento utilizzato nella valutazione della Commissione e della Corte non sarebbe stato, dunque, ravvisabile nelle misure e nelle politiche concretamente implementate dallo Stato membro in questione; al contrario, il modello di confronto per il nuovo sistema fiscale, così come notificato *ex ante* alla Commissione, avrebbe avuto natura, per così dire, meramente «ipotetica», strutturato cioè unicamente sulla base dei requisiti considerati - più o meno unilateralmente - essenziali dalla Commissione e dalla Corte stesse per una razionale imposta sulle società.

Nonostante la rilevanza mediatica assunta dalla vicenda in esame a seguito della sentenza, il criterio della selettività materiale è stato, tuttavia, oggetto di

---

<sup>89</sup> *Ex multis*, L. PANCI, *Latest Developments on the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation*, EStAL 3/2018, pp.358ss 358 ss.; J.J. PIERNAS LOPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law. From internal market to competition and beyond*, Oxford, OUP 2015, p.138; J. TEMPLE LANG, *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment - A "Methodological Revolution" ?*, EStAL 4/2012, p.812.

ulteriori interpretazioni, anche in controtendenza rispetto a quella marcatamente estensiva espressa in *Gibilterra*.

Nel caso *Santander*<sup>90</sup>, infatti - avente ad oggetto una misura che consentiva alle imprese spagnole di dedurre il c.d. «*goodwill*», ossia l'avviamento risultante da una partecipazione in una società estera, dalla loro base imponibile -, la Commissione, dopo aver identificato il c.d. sistema di riferimento nel regime di tassazione delle società spagnolo, ha ritenuto opportuno statuire che la misura in questione introducesse una deroga rispetto al citato regime, favorendo quelle società che erano solite attuare particolari investimenti all'estero. Nel contesto dell'impugnazione della citata decisione di fronte alla Corte, tuttavia, il Tribunale di primo grado, pur aderendo in linea di massima alla visione dell'Esecutivo in merito alla deroga al sistema di riferimento individuato, ebbe ad evidenziare come essa fosse, invero, «*potentially available to all undertakings*».<sup>91</sup> Il fatto che unicamente le società aventi i requisiti previsti da una certa misura possano, di fatto, beneficiarne non costituirebbe, in sostanza, secondo tale interpretazione, un'argomentazione sufficiente per poter considerare la misura in esame come selettiva.<sup>92</sup> Ad onore del vero, si rende tuttavia opportuno ricordare come il caso *de quo* possa agevolmente assimilarsi all'esempio di selettività *de facto* riportato anche dalla spesso richiamata Comunicazione della Commissione del 2016, laddove veniva presentata la vicenda di un credito fiscale relativo esclusivamente agli investimenti al di sopra di una certa soglia.<sup>93</sup> In entrambi i casi, in particolare,

---

<sup>90</sup> Caso T-399/11 *Banco Santander, SA and Santusa Holding, SL v European Commission* EU:T:2014:938 (*Santander*).

<sup>91</sup> *Santander case* (n 60) 48, così come citato in, L. PANCI, *Latest Developments on the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation*, EStAL 3/2018, pp.358ss.

<sup>92</sup> *Ibid* (70). Secondo alcuni autori, adottare un simile approccio interpretativo comporterebbe, da un punto di vista generale, rendere il criterio della selettività materiale eccessivamente stringente e rigoroso. In tal senso, in particolare, P. NICOLADEIS "New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a "General Exception" to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law" (2015), Volume 6, Issue 5, JECLAP 315, 320.

<sup>93</sup> Cause riunite T-92/00 e T-103/00 *Ramondin SA and Ramondin Capsulas SA v Commission*

è autoevidente come il regime più favorevole e derogatorio sia, *di fatto* appunto, pressoché unicamente riservato alle società di medio-grandi dimensioni, aventi sufficienti risorse a disposizione da investire. Risulta allora perlomeno curioso come, nonostante l'apparente analogia tra le due vicende, da una parte la già menzionata misura di credito fiscale sia stata giudicata selettiva dalla Corte, mentre dall'altra, nella richiamata sentenza *Santander*, la giurisprudenza abbia espresso, anche se solo in prima istanza, una visione diametralmente opposta. In tal senso, una delle possibili osservazioni a riguardo - anche alla luce di quanto finora esposto - potrebbe dunque essere quella che, nella vicenda *Santander*, il Tribunale si sia inizialmente limitato a valutare unicamente se la misura in esame fosse *de jure* selettiva, senza prenderne in considerazione, tuttavia, gli effetti concreti. Ad ogni modo, sempre con riferimento al caso *Santander*, in fase di appello la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha avuto successivamente occasione di statuire esplicitamente che il giudice di primo grado aveva sbagliato nell'annullare la Decisione della Commissione.<sup>94</sup> Il secondo grado di giudizio ha infatti dato possibilità alla Corte di Giustizia, analogamente a quanto si era concluso in *Gibilterra*, di estrinsecare una diversa interpretazione del criterio della selettività. Le implicazioni dell'adozione di un tale orientamento interpretativo sono, tuttavia, tutt'altro che irrilevanti, essendo, infatti ed in tal senso, potenzialmente concesso alla Commissione di contestare un più ampio ventaglio di misure nazionali, attraverso un utilizzo più estensivo della normativa sugli aiuti di Stato.

Sarà proprio nel Capitolo seguente, infatti, che si avrà modo di analizzare, il più compiutamente possibile, come un tale orientamento interpretativo abbia, altresì, trovato concreta applicazione come strumento di controllo e lotta al

---

ECLI:EU:T:2002:61, [39]

<sup>94</sup> Ibid (78) e (93)

complesso fenomeno della concorrenza fiscale dannosa - c.d. «*harmful tax competition*» - tra Stati membri.

## CAPITOLO II

## GLI AIUTI DI STATO COME STRUMENTO DI CONTRASTO AL FENOMENO DELLA CONCORRENZA FISCALE DANNOSA

### 2.1 Il fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati: un'introduzione al concetto di «*harmful tax competition*» e «*race to the bottom*».

È ben noto come il fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati costituisca, ormai già da qualche decennio, il tratto qualificante dei rapporti intercorrenti tra le molteplici espressioni di sovranità tributaria riscontrabili a livello internazionale.<sup>95</sup> Tale fenomeno, più precisamente, risulta connotato dall'adozione in funzione attrattiva<sup>96</sup>, da parte dei singoli Stati, di specifiche politiche tributarie improntate alla riduzione, rispetto al *benchmark* internazionale di riferimento, del carico fiscale gravante su investimenti esteri, capitali e attività di impresa, soprattutto di carattere multinazionale, c.d. *multinational enterprises* (MNEs).<sup>97</sup> La valutazione di convenienza economica condotta dai singoli Stati in merito alle citate pratiche di detassazione è legata, in particolare, alle c.d. esternalità positive, rappresentate dall'attrazione di investimenti e dalla localizzazione di imprese e capitali nel territorio statale di riferimento. I vantaggi socioeconomici legati, ad esempio, al conseguente incremento occupazionale, risultano, infatti, di per sé idonei a generare un aumento del benessere collettivo tale da giustificare il citato *trade off* tra livello ordinario di tassazione e «strumenti

---

<sup>95</sup> In tal senso P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 6.

<sup>96</sup> Il riferimento è ovviamente alla capacità di tali pratiche di detassazione di incidere in maniera quasi decisiva sulle decisioni strategiche delle imprese estere in ordine al territorio di localizzazione delle stesse, frenandone al contempo un eventuale esodo.

<sup>97</sup> Lo strumento fiscale adottato dal singolo Stato, pur consistendo solitamente in un'imposizione diretta sulle imprese a livello nazionale, può comunque riguardare diversi profili dell'imposizione come aliquote e base imponibile del tributo. In tal senso P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 6.

del mercato»<sup>98</sup>, a totale scapito del primo. Tale «utilizzo differenziale della politica tributaria come leva per la crescita del sistema produttivo»<sup>99</sup>, soprattutto con particolare riferimento alle economie di paesi in via di sviluppo, è stato generalmente valutato in termini positivi dalla dottrina economica, venendo infatti ricondotto dalla stessa all'interno della categoria della c.d. concorrenza fiscale *leale*, o non *harmful*, idonea di per sé, infatti, a favorire l'incremento di fattori produttivi, ovvero a promuovere lo sviluppo di attività imprenditoriali e di investimenti attraverso l'impiego di capitali esteri.<sup>100</sup> Progressivamente, a partire dagli ultimi anni del XX secolo, si è iniziato tuttavia ad assistere ad un utilizzo sempre più diffuso - sia a livello comunitario che internazionale - di queste pratiche di detassazione, funzionalizzate, pressoché unicamente, all'attrazione di capitale di natura finanziaria, ovvero declinato attraverso agevolazioni selettive e generalizzate - c.d. *ring-fencing* - a favore di MNEs estere<sup>101</sup>, e quindi discriminatorie rispetto al trattamento ordinariamente offerto alle imprese residenti. Le scelte di fiscalità agevolata appena descritte, proprio perché suscettibili di generare un effetto distorsivo delle normali logiche di mercato - attraverso l'instaurazione di dinamiche competitive tra i singoli Stati circa la localizzazione delle imprese nello spazio internazionale, indipendentemente dal prodursi di un qualsivoglia beneficio economico generalizzato per la nazione di riferimento - sono state sussunte dalla dottrina economica all'interno della categoria generale delle pratiche di concorrenza fiscale dannosa o sleale, c.d. «*harmful tax competition*».

---

<sup>98</sup> P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 5.

<sup>99</sup> P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 7; ma si cita anche P. COPPOLA, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Cedam 2012.

<sup>100</sup> In merito agli effetti benefici della concorrenza fiscale, R. TEATHER, *The Benefit of Tax Competition*, England: The Institute of Economic Affairs, 2005.

<sup>101</sup> Consentendo loro di beneficiare di vantaggiosi trattamenti fiscali con riferimento ad alcuni dei flussi reddituali per esse tipici, quali royalties, interessi e dividendi.

In particolare, la riduzione delle aliquote d'imposta della «*corporate tax*» dei diversi Stati ha progressivamente ispirato molteplici comportamenti emulativi, dando vita a quella che è stata definita da dottrina e letteratura come una vera e propria «*race to the bottom*»: una corsa, da parte dei singoli Stati, a adeguare al ribasso i loro livelli impositivi sulla tassazione societaria, al fine di cercare di rimanere competitivi all'interno del c.d. «mercato delle imposte»<sup>102</sup>. Il fenomeno della «*race to the bottom*» ha conseguentemente comportato una progressiva e generalizzata riduzione dei livelli di tassazione, con particolare riferimento all'ambito europeo<sup>103</sup>. Volendo fornire qualche riferimento numerico, esclusivamente a titolo esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, potrebbe apparire già sufficiente notare come nel periodo 2000-2021 il tasso medio a livello europeo delle aliquote della «*corporate income tax*» (CIT) sia infatti diminuito di quasi dieci punti percentuali: dal 31.6 % al 21.7 %.<sup>104</sup> Il maggior fattore di rischio connesso al fenomeno della «*race to the bottom*», e quindi della progressiva erosione delle aliquote sulla parte mobile dell'imponibile, così come autorevolmente segnalato dalla dottrina<sup>105</sup>, sembrerebbe consistere, in particolare, nel conseguente spostamento del carico fiscale su fattori meno mobili

---

<sup>102</sup> In questo senso A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, Riv. trim. dir. trib., n.1/2019, pp. 68 ss., che cita, tra gli altri TREMONTI-VITALETTI, *La fiera delle tasse*, Bologna, 1991.

<sup>103</sup> Come osservato, in particolare, da T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014, p. 776, in Europa «assistiamo ad un'interminabile gara a inseguirsi per ridurre in particolare l'imposta sui redditi delle società e per detassare gli interessi, i dividendi e gli altri redditi finanziari previsti dal regime impositivo comune, al quale sono soggetti i redditi da lavoro».

<sup>104</sup> Il tasso medio a livello europeo delle aliquote della CIT risulta inoltre inferiore rispetto alla media globale, misurata prendendo come riferimento ben 177 giurisdizioni, la quale nel 2020 era infatti del 23.9 %, così come riportato, tra gli altri, da *taxfoundation.org*, 2021.

<sup>105</sup> In questo senso F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in *Rass. trib.*, 2012, p. 292, secondo il quale, «nel tentativo di arginare le emorragie fiscali e, quindi, riconquistare quote di concorrenti esteri, ogni Stato è, perciò, spinto ad abbassare le aliquote sulla parte mobile della materia imponibile (soprattutto plusvalenze e rendite finanziarie e reddito di impresa); con la conseguenza che rimane allo Stato di origine prevalentemente l'imponibile offerto dai fattori poco mobili: il lavoro, i consumi, le rendite immobiliari».



dello stesso come, ad esempio, terreni, fabbricati e lavoro. Il tema della progressiva espansione di un modello di imposizione che tenderebbe, in sostanza, «a penalizzare fiscalmente il lavoro rispetto al capitale»<sup>106</sup> è stato peraltro di recente ripreso anche dalla Commissione europea, attraverso un documento ufficiale, nel quale si afferma che «*tax measures in one Member State aiming to attract mobile tax bases such as capital income tend to reduce the level of taxation on this kind of income in all Member States*», in quanto, per compensare la minor tassazione delle MNEs, gli Stati membri «*often have to increase the taxation of less mobile tax bases, such as labour income or consumption. As a result, a heavier burden falls on workers, consumers and domestic businesses*», con la conseguenza che il fenomeno di «*race to the bottom*» appena descritto «*undermines the fairness of Member States' tax systems and the growth friendly agenda of the EU as a whole*».<sup>107</sup>

## 2.2 L'emersione a livello internazionale di una tendenza oppositiva al fenomeno: le iniziative dell'OCSE e del G-20

A seguito della progressiva espansione del fenomeno di «*harmful tax competition*» finora descritto, si è iniziato ad assistere all'emersione di una corrispondente tendenza oppositiva che, almeno a livello internazionale, ha trovato una sua prima concretezza attraverso le iniziative intraprese dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE).

---

<sup>106</sup> Così P. BORIA, *Il nuovo patto fiscale tra lo Stato ed i cittadini*, Napoli, 2018, p. 22.

<sup>107</sup> *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council, Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy*, COM/2019/8 final., così come richiamata in A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, Riv. trim. dir. trib., n.1/2019, pp. 68 ss.

Ai fini del presente lavoro occorre premettere che lo strumento giuridico adoperato in quest'ambito è consistito essenzialmente nella c.d. «*soft law*»: una serie di rapporti, documenti e raccomandazioni di natura non vincolante, capace di trarre la propria forza unicamente dalla c.d. «*moral suasion*». Attraverso questi documenti, l'OCSE ha quindi assolto ad una funzione principalmente politica, di indirizzo normativo, con particolare riferimento alla necessità di incentivare una positivizzazione, all'interno dei singoli ordinamenti statali, di modelli giuridici di contrasto al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa il più possibile omogenei.

In tale contesto, già a partire dal gennaio 1997, a seguito delle richieste avanzate dal G7 di Lione del giugno dell'anno prima, il comitato affari fiscali dell'OCSE presenta infatti un primo progetto di contrasto al fenomeno, costituendo una *task force* dedicata, c.d. «*special session on tax competition*»<sup>108</sup>. Ma è solo nel 1998 che l'OCSE pubblica il suo primo Rapporto ufficiale sull'argomento: «*Harmful Tax Competition: an emerging global issue*»<sup>109</sup>. Attraverso questo documento viene infatti tematizzata per la prima volta la nozione di «concorrenza fiscale sleale», identificandola principalmente nelle pratiche c.d. *ring-fencing*<sup>110</sup>, ma indicando altresì altri comportamenti sintomatici di tale fenomeno, tra i quali: la mancata adesione ai principi internazionali in tema di *transfer pricing*; il fenomeno delle c.d. «aliquote zero» o delle aliquote eccessivamente basse; la mancanza di trasparenza o di effettivo scambio di

---

<sup>108</sup> P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 14.

<sup>109</sup> *Harmful Tax Competition: an emerging global issue*, OECD report, Parigi, 1998. Il Rapporto è stato approvato dal Consiglio dell'OCSE, con l'astensione della Svizzera e del Lussemburgo, il 9 aprile 1998 ed è stato successivamente presentato ai Ministri nella riunione del 27 e 28 aprile 1998.

<sup>110</sup> Intendendosi come tali, così come già ricordato nel presente lavoro, tutte «quelle pratiche volte unicamente ad attrarre investimenti esteri nel territorio statale mediante l'utilizzo di forme di detassazione e non rispondenti a nessuna esigenza di incremento della capacità produttiva del sistema locale», in tal senso P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 13.

informazioni tra le amministrazioni; l'incoraggiamento di politiche elusive; la promozione di veicoli di minimizzazione fiscale, nonché la negoziabilità dell'aliquota o della base imponibile.

A seguito di questo lavoro, nel 2000 l'OCSE pubblica un secondo rapporto <sup>111</sup>, nel quale individua, in particolare, una lista di giurisdizioni a fiscalità privilegiata, individuando ben 47 regimi fiscali «potenzialmente dannosi» e stilando altresì un elenco di raccomandazioni rivolte agli Stati al fine di eliminare o ridurre i fenomeni di elusione o evasione connessi ai rapporti con soggetti giuridici ivi localizzati. In questo documento emerge soprattutto la presa di coscienza dell'OCSE di come l'attività di contrasto alle «pratiche fiscali dannose» non possa essere rimessa semplicemente alle scelte di politica tributaria adottate da singoli Stati nazionali, ma necessiti di un approccio collaborativo a livello internazionale, capace di favorire la trasparenza delle attività realizzate dalle MNEs. Proprio sulla base di questa convinzione, a seguito dei lavori precedentemente condotti - soprattutto nel contesto dei summits G-20 di Londra 2009 e Messico 2012, ma anche nell'ambito dei *reports* pubblicati fino a quel momento <sup>112</sup> -, nel luglio 2013, in occasione del G-20 di Mosca, l'OCSE presenta il celebre rapporto «*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*» <sup>113</sup>, meglio noto con l'acronimo inglese «BEPS». All'interno del rapporto BEPS sono condensati gli approdi di un progetto congiunto, avviato da OCSE e G-20, avente come obiettivo quello definire un modello comune di tassazione delle MNEs e, più in generale, delle attività internazionali, che permetta di applicare l'imposta nel luogo di effettivo svolgimento dell'attività d'impresa, colmando le lacune esistenti nei sistemi fiscali nazionali che consentono - soprattutto attraverso lo

---

<sup>111</sup> *Progress in identifying and elimination harmful tax competition practices*, OECD report, Parigi, 2000.

<sup>112</sup> Tra i quali, oltre a quelli già citati, vale la pena menzionare: *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD report, Parigi, 2011.

<sup>113</sup> OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

sfruttamento delle norme in materia di *transfer pricing* e stabile organizzazione, ma anche mediante la disciplina delle c.d. «*Controlled Foreign Companies*» (CFC) e tramite lo sfruttamento di convenzioni contro le doppie imposizioni di particolare favore, c.d. «*treaty shopping*» - ad alcune MNEs, sostenute direttamente dai singoli Stati attraverso le citate politiche di «*harmful tax competition*», di erodere le basi imponibili dell'imposta societaria - «*base erosion*» - attraverso la traslazione dei profitti lordi - «*profit shifting*» - da Paesi ad alta imposizione verso Paesi a tassazione ridotta o addirittura nulla.<sup>114</sup> Nello specifico, il c.d. «*Action plan*», successivamente aggiornato nel 2015 tramite una serie di dettagliati *Final Reports*<sup>115</sup> si articola in 15 Azioni, funzionalizzate al raggiungimento di alcuni obiettivi concettuali. Le Azioni da 2 a 15, in particolare, sono a loro volta sintetizzabili attraverso l'immagine figurativa di tre pilastri volti a: i) dare coerenza ai regimi fiscali nazionali in materia di attività transnazionali; ii) perseguire il riallineamento della tassazione e dei regimi impositivi attraverso la localizzazione sostanziale delle attività produttive; iii) aumentare la trasparenza e lo scambio di informazioni, c.d. «*disclosure initiatives*», nonché migliorare le condizioni di certezza del diritto. A completare il progetto BEPS si aggiungono infine due ulteriori azioni, c.d. trasversali: l'Azione 1<sup>116</sup>, avente ad oggetto i

<sup>114</sup> Secondo le analisi condotte dall'OCSE, tali strategie di BEPS avrebbero cagionato perdite di gettito fiscale tra i 100 e i 240 miliardi di dollari all'anno, generando altresì un effetto distorsivo delle normali dinamiche di mercato, con particolare riferimento all'allocazione degli investimenti esteri ed all'attribuzione di vantaggi competitivi a favore delle MNEs, a scapito delle imprese di piccole o medie dimensioni, ovvero di quelle anche di grandi dimensioni, ma con una vocazione essenzialmente domestica, consentendo alle prime di ridurre il peso della loro imposizione fiscale fino a un minimo del 5%, a fronte di un tasso medio del 30%, gravante invece sulle piccole imprese. In tal senso, Servizio del Bilancio, (2015). Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)". NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura, p.2, che cita OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS*, Action 11 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<sup>115</sup> Approvati e pubblicati il 5 ottobre 2015, approfondiscono ognuna delle 15 «Azioni» BEPS e sono reperibili sul sito dell'OCSE: <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>

<sup>116</sup> OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

problemi di erosione delle basi imponibili e traslazione dei profitti societari delle MNEs operanti nel settore della c.d. «*Digital economy*», capaci di assumere connotati di particolare gravità, soprattutto a causa del forte rilievo assunto in tali contesti dai c.d. «*intangibles*», ossia da beni immateriali molto difficili da valutare generalmente caratterizzati da estrema volatilità; e l’Azione 15<sup>117</sup>, relativa all’adozione di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale finalizzato a facilitare l’attuazione delle misure di contrasto ai fenomeni BEPS.<sup>118</sup>

### 2.3 Una prima linea di contrasto a livello comunitario: il c.d. «pacchetto Monti»

Parallelamente alla tendenza oppositiva emersa a livello internazionale, anche all’interno dell’ordinamento comunitario si è potuto assistere ad una linea di contrasto al citato fenomeno di «*harmful tax competition*» tra Stati.

In particolare, nonostante a livello comunitario non sia stata formulata una specifica definizione di «concorrenza fiscale dannosa» - a differenza di quanto invece avvenuto in sede internazionale già ad opera del citato Rapporto OCSE del 1998 - , quest’ultima è stata comunque progressivamente identificata attraverso l’adozione, da parte dei vari ordinamenti nazionali, di particolari regimi fiscali, potenzialmente idonei a pregiudicare il principio di libera concorrenza tra Stati all’interno dell’Unione e dunque incompatibili con quelle norme dei Trattati funzionalizzate a garantire il processo di integrazione europea.<sup>119</sup> Più nello specifico, è ben noto come una prima espressione a livello comunitario della citata

---

<sup>117</sup> OECD (2015), *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, Action 15 -2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>

<sup>118</sup> In tal senso, Servizio del Bilancio, (2015). Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)". NB n. 13, ottobre 2015, Senato della Repubblica, XVII legislatura, p.3.

<sup>119</sup> In tal senso, P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 19.

linea di contrasto al fenomeno possa essere ravvisata nell'approvazione del c.d. «Codice di condotta» per la tassazione delle imprese <sup>120</sup>, nell'ambito del c.d. «pacchetto Monti». <sup>121</sup> Tale documento, recepito dal Consiglio ECOFIN nel dicembre 1997, a seguito della proposta della Commissione europea, su iniziativa dell'allora membro della Commissione per le questioni fiscali, Prof. Mario Monti, pur non avendo contenuto giuridicamente vincolante <sup>122</sup>, ha costituito infatti un primo importante complemento a livello comunitario delle raccomandazioni dell'OCSE. A differenza di queste ultime, tuttavia, l'obiettivo perseguito dal codice di condotta europeo non è stato tanto quello di contrastare i citati fenomeni di erosione delle basi imponibili o di traslazione dei profitti, quanto invece di cercare di arginare quelle misure capaci di garantire dei vantaggi fiscali così consistenti da influenzare le logiche di allocazione delle attività d'impresa nel territorio dell'Unione. <sup>123</sup> All'interno del Codice sono state quindi considerate come pratiche di concorrenza fiscale dannosa tutte quelle misure relative alla tassazione delle imprese che condizionino, ovvero siano suscettibili di condizionare, in modo rilevante la scelta dell'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio della Comunità, applicandosi esso altresì ai regimi tributari speciali riservati ai dipendenti, in quanto idonei a produrre un effetto analogo sulla scelta dell'ubicazione dell'attività imprenditoriale.

Ai fini del codice di condotta, sono state inoltre giudicate come potenzialmente dannose tutte quelle misure fiscali capaci di determinare un livello

---

<sup>120</sup> Più precisamente, Il citato Codice di condotta è stato approvato dalla Commissione in data 1.10.1997, per poi venire recepito dal Consiglio ECOFIN con risoluzione del 1.12.1997, c.d. «pacchetto Monti». Il codice di condotta è stato da ultimo approvato con decisione del Consiglio ECOFIN del 7.3.2003.

<sup>121</sup> In realtà, già nel 1992 la Commissione europea aveva avuto modo di affidare al comitato presieduto dall'allora ministro delle finanze olandese Otto Ruding, il compito di analizzare le prospettive dell'integrazione comunitaria quanto alla tassazione del reddito d'impresa.

<sup>122</sup> Come ricordato dalla dottrina, il c.d. principio di unanimità e, pertanto, il potere di veto attribuito agli Stati membri in materia fiscale, avrebbe infatti impedito, in sede di votazione del Consiglio, l'emanazione di un atto tipico, giuridicamente vincolante.

<sup>123</sup> Così, P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, pp. 19-20.

di imposizione effettivo nettamente inferiore rispetto al livello generalmente applicato nel paese di riferimento, evidenziando altresì alcuni indici di concorrenza fiscale dannosa da valutare con particolare attenzione: i) le agevolazioni destinate solo ai non residenti, ovvero solo alle transazioni effettuate con i soggetti non residenti; ii) le agevolazioni isolate dall'economia nazionale e non incidenti sulla base imponibile complessiva dello Stato; iii) le agevolazioni attribuite senza che sia svolta alcuna attività economica effettiva; iv) le norme di determinazione del risultato di esercizio che si discostano da quelle previste usualmente a livello internazionale <sup>124</sup> ; v) le misure fiscali che difettano di trasparenza, compresi i casi di agevolazioni concesse in sede amministrativa. <sup>125</sup>

Con particolare riferimento, invece, alle misure concretamente adottate dal Codice, è stato dapprima disposto il c.d. principio di «*standstill*», o di status quo, in base al quale gli Stati membri dell'Unione si sarebbero impegnati a non introdurre nuove fattispecie normative di agevolazione fiscale idonee ad innescare la citata dinamica concorrenziale tramite l'attrazione di attività produttive in un determinato territorio nazionale, foriere di arrecare un potenziale pregiudizio al mercato unico.

In secondo luogo, è stato previsto il c.d. principio di «*rollback*», ossia il graduale smantellamento delle misure tributarie già esistenti all'interno degli ordinamenti dei Paesi membri che, secondo le definizioni del codice di condotta, sarebbero in grado di generare distorsioni con riferimento alla normale allocazione delle imprese nello spazio europeo, minando, così, il raggiungimento di un assetto concorrenziale leale.

Con particolare riferimento alla materia degli aiuti di Stato, essa viene menzionata espressamente alla lett. H), laddove viene prescritto che «Il Consiglio,

---

<sup>124</sup> Il riferimento è qui ai modelli elaborati dall'OCSE.

<sup>125</sup> Cfr. COMMISSIONE CE, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea. Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, COM, Bruxelles, 1997.

constata che una parte delle misure fiscali contemplate nel Codice rientri nel campo di applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato di cui all'art. 87 ss. del Trattato CE ... prende atto dell'intenzione della Commissione di esaminare o riesaminare caso per caso i regimi fiscali in vigore e i nuovi progetti degli Stati membri, assicurando coerenza e parità di trattamento nell'attuazione delle disposizioni e degli obiettivi del Trattato». <sup>126</sup> Da ultimo, sempre secondo le disposizioni del Codice, è stata prevista una forma di controllo diffuso, ad opera sia della Commissione che degli stessi Stati membri, i quali potranno richiedere e reperire le informazioni necessarie direttamente da quegli Stati che si saranno resi colpevoli di aver applicato misure fiscali potenzialmente suscettibili di generare dinamiche di concorrenza fiscale dannosa all'interno dell'Unione.

#### 2.4 l'assimilazione agli aiuti di Stato delle misure fiscali suscettibili di generare fenomeni di «*harmful tax competition*»: una prima introduzione alla c.d. «dottrina Vestager»

Come indirettamente anticipato anche nel paragrafo precedente, in sede di attuazione comunitaria dei contenuti espressi nel c.d. «Codice di condotta» è emersa con chiarezza quella che potrebbe essere definita come una sorta di «affinità» delle misure fiscali suscettibili di produrre concorrenza fiscale dannosa rispetto agli aiuti di Stato, stante la ricorrente riconducibilità di entrambe le fattispecie alla categoria generale delle c.d. agevolazioni tributarie. <sup>127</sup> Tale affinità, come verrà meglio analizzato in seguito, costituisce, in sostanza, il presupposto logico della applicazione della disciplina degli aiuti di Stato

---

<sup>126</sup> Il virgolettato è così riportato, altresì, da C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 151.

<sup>127</sup> In tal senso, P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, pp. 20 ss.



contenuta nel Trattato anche alle misure fiscali previste dal «Codice di condotta». All'interno di quest'ultimo è espressamente menzionato, infatti, come alcune delle misure fiscali potenzialmente sindacabili, in quanto espressione, appunto, di «*harmful tax competition*» rientrino, invero, nel campo di applicazione dell'attuale art.107 TFUE sugli aiuti di Stato. Riconducibilità, quest'ultima, che è stata altresì confermata, in tempi più recenti, da una specifica Comunicazione della Commissione, la quale ha avuto modo di esprimersi, appunto, per l'applicabilità della disciplina di cui art.107 del Trattato anche alle misure di politica fiscale.<sup>128</sup> Alla luce di tali premesse, occorre ricordare come, a partire dal 2014, la Commissione, su iniziativa dell'allora Commissario alla concorrenza Margrethe Vestager, abbia avviato un'intensa attività di valutazione di specifiche *tax practices*, al fine di assicurare un *level playing field* comunitario ed, in tal senso, abbia instaurato numerose procedure di esame nei confronti degli Stati membri, con particolare riferimento alla legittimità dei loro regimi tributari, nonché, più in particolare, a quella delle sempre più frequenti pratiche di concorrenza fiscale giudicata dannosa perpetrate dagli Stati stessi mediante diversi «*tax rulings*», utilizzati come veicoli giuridici di ubicazione artificiale dei profitti generati dalle MNEs<sup>129</sup> ed aventi lo scopo di consentire a quest'ultime di scontare, sui loro profitti globali, un'imposizione pressoché irrisoria, a danno delle imprese domestiche concorrenti, strutturalmente incapaci di godere di tali benefici.<sup>130</sup> In particolare, nel *Press Release* dell'11 giugno 2014, il

---

<sup>128</sup> Secondo taluni autori - ed invero certamente non a torto - l'attivazione della procedura contemplata dal Trattato per la verifica della compatibilità degli aiuti di Stato ha consentito, inoltre, che venisse indirettamente conferita una sorta di valenza giuridica al c.d. «Codice di condotta», se non altro più incisiva rispetto alla veste di mero documento politico che lo connotava in precedenza. In tal senso anche P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, pp. 20 ss.

<sup>129</sup> Soprattutto attraverso tecniche di manipolazione dei prezzi di trasferimento infragruppo, ovvero dei criteri di attribuzione dei profitti tra stabile organizzazione e c.d. casa madre.

<sup>130</sup> In tal senso, F. PEPE, «*How to dismantle an atomic bomb*»: *Osservazioni sul caso Apple e sulla prima giurisprudenza europea in materia di rulings fiscali*, in RTDT n.2/2021 pp. 330 ss.

vicepresidente della Commissione ha dichiarato: “*In the current context of tight public budgets, it is particularly important that large multinationals pay their fair share of taxes. Under the EU’s state aid rules, national authorities cannot make measures allowing certain companies to pay less taxes than they should if the tax rules of the member State were applied in a fair and non discriminatory way*”.<sup>131</sup>

Più concretamente, la linea d’azione della Commissione è presto sfociata in una significativa giurisprudenza<sup>132</sup>, da parte dei giudici europei, la quale ha subito attirato l’attenzione dei commentatori, anche e soprattutto per il suo potenziale impatto sul piano geopolitico, stante l’assoluta rilevanza internazionale delle imprese coinvolte<sup>133</sup>, unitamente al fatto che, nell’ambito del suo sindacato, la Commissione ha deciso di fare ricorso proprio alla disciplina sugli aiuti di Stato.

Quest’ultima scelta, in particolare, pur non esente da numerose critiche - delle quali, peraltro, si renderà compiutamente conto nei paragrafi finali del presente Capitolo - segue, tuttavia, un ragionamento piuttosto lineare: nel momento in cui i suddetti «*tax rulings*» non rispettino il c.d. «*arm’s length principle*» (ALP) e cioè non apprezzino le relazioni economiche intra-gruppo come se fossero poste in essere da imprese indipendenti, ed implicino, dunque, un trattamento fiscale «selettivo», più favorevole per le imprese appartenenti a gruppi multinazionali,

---

<sup>131</sup> European Commission Press Release, “*State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland), Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*”, 11 giugno 2014. Così come citata da CALABRESE M.A., *L’adozione dell’arm’s length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell’Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 24.

<sup>132</sup> Cfr. Trib. UE, sez. VII ampliata, 14 febbraio 2019, cause T-131/16 (*Regno del Belgio c. Commissione*) e T-263/16 (*Magnetrol International c. Commissione*); Trib. UE, sez. VII ampliata, 24 settembre 2019, cause T-760/15 (*Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*) e T-636/16 (*Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV c. Commissione*); Trib. UE, sez. VII, ampliata, 24 settembre 2019, cause T-755/15 (*Granducato di Lussemburgo c. Commissione*) e T-759/15 (*Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*); Trib. UE, sez. VII ampliata, 15 luglio 2020, cause T-778/16 (*Irlanda c. Commissione*) e T-892/16 (*Apple Sales International e Apple Operating Europe c. Commissione*).

<sup>133</sup> Nei paragrafi successivi si avrà modo di analizzare, in particolare, le vicende giudiziarie relative a Fiat, Starbucks ed Apple, in cui erano parte, rispettivamente, gli Stati membri del Lussemburgo, dei Paesi Bassi e dell’Irlanda.

rispetto a quelle domestiche - altresì definite come «*stand-alone companies*» (SACs) -, andrebbero a configurare un aiuto di Stato vietato ai sensi degli artt. 107 ss. TFUE.

Questa modalità di applicazione della disciplina di cui agli artt. 107 ss. TFUE, prevalentemente orientata al contrasto di una particolare modalità di concorrenza fiscale dannosa, attuata da alcuni Stati membri e declinata dalle imprese attraverso il c.d. «*aggressive tax planning*», ha, di fatto, instaurato un nuovo approccio alla fiscalità delle MNEs in Europa, portando, infatti, taluni autori a definire la stessa alla stregua di una vera e propria dottrina - «c.d. dottrina Vestager» -, dotata di una sua particolare razionalità e coerenza interna.<sup>134</sup> Prima di contestualizzare adeguatamente quest'ultima dottrina attraverso un'approfondita disamina delle inevitabili critiche emerse al riguardo, sia di natura giuridica che politica, si renderà necessario, tuttavia, tentare di delineare le principali vicende giurisprudenziali che hanno caratterizzato la prima giurisprudenza europea in materia di «*tax rulings*» di favore concessi alle MNEs. I paragrafi che seguiranno verranno pertanto dedicati sia all'approfondimento del concetto di *rulings* fiscali - finora solamente citati -, che all'esposizione di alcune delle casistiche e delle sentenze più sintomatiche relative a tali fenomeni: *Apple*, *Starbucks* e *Fiat-FCO*, le quali hanno coinvolto, rispettivamente, gli Stati membri dell'Irlanda, dei Paesi Bassi e del Lussemburgo.

---

<sup>134</sup> In tal senso, tra gli altri, F. PEPE, «*How to dismantle an atomic bomb*»: Osservazioni sul caso *Apple* e sulla prima giurisprudenza europea in materia di *rulings* fiscali, in RTDT n.2/2021 pp. 330 ss.

## 2.5 «Tax rulings» e aiuti di Stato: APA, metodi di calcolo ed alcuni lineamenti generali.

Si è più volte menzionato, nel corso del presente lavoro, il noto fenomeno dei c.dd. *rulings* fiscali concessi alle MNEs da alcuni Stati membri dell'Unione, senza tuttavia offrirne una preliminare definizione.

I *rulings* fiscali di cui si sta trattando, altresì definiti «*Advance Pricing Agreements*» (APA), possono essere, innanzitutto, giuridicamente considerati delle decisioni amministrative, attraverso le quali l'amministrazione fiscale di un qualsivoglia Stato offra all'impresa interessata una certificazione *ex ante* relativamente al regime fiscale ad essa applicabile, sulla base dei fatti e delle circostanze specifiche connesse alla fattispecie concreta.

La *ratio* sottostante all'introduzione, negli ordinamenti statali, della possibilità di emanare tali decisioni consiste, in particolare, nella loro attitudine, in funzione collaborativa, a prevedere, a monte, in che modo verranno applicate ad una determinata impresa le disposizioni fiscali nazionali, ovvero quelle di un trattato fiscale bilaterale, nonché, soprattutto, alla convenienza di stabilire *ex ante* come determinare gli utili societari secondo il principio della libera concorrenza nell'ambito di operazioni tra parti correlate, qualora via sia, in particolar modo, una situazione di incertezza tale da giustificare una valutazione preventiva relativa alla fissazione del prezzo delle suddette operazioni in conformità alle condizioni di mercato, «c.d. *arm's-length principle*».<sup>135</sup> La generale liceità di questo strumento giuridico<sup>136</sup>, il quale dovrebbe consentire, peraltro, un notevole aumento della certezza del diritto<sup>137</sup> rispetto al generale clima di ostilità che,

---

<sup>135</sup> In tal senso, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/36, par. 5.4.4.

<sup>136</sup> Confermata, a più riprese, dalla stessa Commissione, anche in occasione della sua recente citata Comunicazione del 2016.

<sup>137</sup> Si noti come alcuni Stati membri abbiano adottato circolari, le quali disciplinano portata e

come noto, tende a caratterizzare le fasi di contenzioso ed accertamento amministrativo fiscale <sup>138</sup>, non esclude, tuttavia, l'eventualità che esso possa venire adoperato anche in violazione delle norme a tutela della concorrenza all'interno dell'Unione. La circostanza dove è più frequente riscontrarne un tale utilizzo è relativa, infatti, proprio alla citata definizione dei prezzi di trasferimento in transazioni tra parti correlate, considerando che la distinzione di quest'ultime, pur potenzialmente non apprezzabile dal punto di vista economico, lo è sicuramente da quello giuridico, trattandosi di diversi soggetti giuridici, spesso appartenenti a diverse giurisdizioni fiscali. Proprio attraverso una definizione favorevole dei prezzi di trasferimento - pratica c.d. di «*transfer pricing*» - una MNEs è in grado, dunque, di pianificare l'allocatione più conveniente di costi e profitti tra le sue sussidiarie al fine di minimizzare il carico fiscale gravante sul gruppo. Il punto di connessione logica tra «*tax rulings*» ed aiuti di Stato risulta pertanto autoevidente: nel momento in cui l'amministrazione fiscale di uno Stato membro conceda un *ruling* fiscale certificante un metodo di fissazione dei prezzi di trasferimento che non rispecchi la realtà economica sottostante, l'impresa beneficiaria che abbia conseguentemente approfittato di tale *ruling* per «spostare» la sua base imponibile nella giurisdizione fiscale più favorevole, gode plausibilmente di un considerevole vantaggio rispetto alle altre imprese concorrenti.

Così come già esaminato nel primo Capitolo del presente lavoro, affinché possa dirsi integrato il divieto di aiuto di Stato ex art. 107, par. 1 TFUE, anche da parte di un APA, risulta tuttavia necessario, secondo costante giurisprudenza della

---

campo di applicazione delle loro prassi in materia di *ruling*. Si noti, altresì, come in alcuni Stati membri i *ruling* vengano oltretutto pubblicati.

<sup>138</sup> Non è, infatti, infrequente che la giurisprudenza giunga, in sede di esame dei prezzi di trasferimento, a stime valutative differenti rispetto a quelle proposte dall'Advisor societario, essendo infatti i risultati di quest'ultima attività intrinsecamente connessi alla soggettività del valutatore. In tal senso anche CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 22.

Corte di Giustizia <sup>139</sup> , che tutti i requisiti previsti dalla normativa *de qua* siano soddisfatti. In primo luogo, relativamente al requisito delle risorse statali, esso potrà dirsi integrato nel momento in cui la Commissione riesca a dimostrare che la concessione del *ruling* abbia determinato una riduzione del gettito fiscale in capo allo Stato concedente. In particolare, un accordo sui prezzi di trasferimento potrà dirsi in grado di ridurre le risorse statali solamente qualora, non rispettando l'*arm's-length principle*, consenta di calcolare il prezzo utilizzando dei criteri che non sarebbero stati adottati da un operatore indipendente in condizioni di libera concorrenza, in quanto non rispondenti sostanzialmente alla realtà economica sottostante e dunque plausibilmente considerabili solo in un'ottica di minimizzazione dell'imponibile societario. <sup>140</sup> Per quanto concerne, invece, la prova della violazione, tanto del requisito relativo alla distorsione della concorrenza, quanto di quello dell'incidenza sugli scambi all'interno dell'Unione - peraltro incidenza che potrà essere anche solo probabile e non necessariamente attuale -, esse risulteranno facilmente in quanto una riduzione d'imposta concessa a gruppi multinazionali - operanti per definizione in più mercati -, porrà plausibilmente gli stessi in una posizione di maggior forza rispetto alle imprese concorrenti operanti nel mercato interno dell'Unione <sup>141</sup> , non venendo modificata, peraltro, tale conclusione né dall'eventuale circostanza delle modeste dimensioni dell'impresa beneficiaria o della sua quota di mercato, né dal fatto che l'impresa *de qua* non svolga proprio nessuna attività di esportazione, ovvero che la svolga, ma solo al di fuori della Comunità europea. <sup>142</sup> Come ricordato, inoltre, dalla citata

---

<sup>139</sup> Caso C-399/08 P, *Commission vs Deutsche Post*, 38-39; caso C-237/04, *Enirisorse*, 38-39; caso T-219/10, *Autogrill España*, 27-28; casi riuniti C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, 28.

<sup>140</sup> Più banalmente, accettando una tale determinazione non conforme ai citati criteri, lo Stato rinuncia ad una parte delle imposte che sarebbero invece dovute in base alla legge.

<sup>141</sup> Rimane comunque inteso che rileverà altresì verificare se il beneficio sia compensato dall'imposta applicata dal paese di residenza fiscale, benchè quest'ultimo sarà di norma scelto tra i c.d. paradisi fiscali

<sup>142</sup> Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, *Comunicazione della Commissione*

Comunicazione della Commissione del 2016<sup>143</sup>, al fine di valutare, in particolare, se un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento sia conforme al principio di libera concorrenza ex art. 107, par.1 TFUE, la Commissione stessa avrà inoltre la possibilità di fare riferimento alle indicazioni fornite dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) in materia di prezzi di trasferimento per le MNEs e le amministrazioni fiscali<sup>144</sup>. Nonostante esse non trattino di questioni specificamente attinenti alla materia degli aiuti di Stato, quest'ultime riassumono, infatti, l'insieme dei principi condivisi a livello internazionale in materia di «*transfer pricing*» e forniscono, pertanto, delle linee guida utili a garantire che il metodo di fissazione dei prezzi di trasferimento adottato «conduca ad un'approssimazione attendibile di un risultato rispondente alle condizioni di mercato» tale da escludere l'illecita configurazione di un aiuto di Stato. In tal senso, sempre con particolare riferimento al calcolo del prezzo di trasferimento di libera concorrenza, può risultare opportuno segnalare come l'OCSE, all'interno delle «*Transfer Pricing Guidelines*», individui, in particolare, cinque metodologie di calcolo, a loro volta distinte in due categorie: la prima relativa ai c.d. «metodi basati sulla transazione», la quale racchiude il «*comparable uncontrolled price*» (CUP), il «*cost plus method*» ed il «*resale price method*»; la seconda relativa, invece, ai c.d. «metodi basati sull'utile della transazione», ossia il noto «*transactional net margin method*» (TNMM) ed il «*profit split method*».<sup>145</sup> Per quanto concerne il c.d. metodo CUP, esso consiste, in

---

*sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, 10 dicembre 1998, C 384/03, 11.

<sup>143</sup> In tal senso, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016, C 262/36, par. 5.4.4., punto 171

<sup>144</sup> Il riferimento è, in particolare, all'art. 9 del Modello OCSE e alle *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* del 2010

<sup>145</sup> Report OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, 2.1. Così come esposto da CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2017, p. 34.

sostanza, nell'attuazione di una comparazione tra i prezzi sostenuti per beni o servizi trasferiti nell'ambito delle transazioni oggetto di verifica e quelli di transazioni simili effettuate dalla stessa impresa nei confronti di un'impresa indipendente - c.d. «*internal comparable*» -, in modo tale che, al fine di una corretta determinazione del reddito imponibile, il prezzo praticato dal contribuente beneficiario dell'APA venga sostituito virtualmente con «quello di libera concorrenza». Tale metodo, proprio perché, piuttosto di attuare la comparazione tra la transazione in esame ed un'altra effettuata tra parti terze - c.d. «*external comparables*», prende in esame una transazione similare espletata da detto contribuente nei confronti di un'impresa indipendente, consente tendenzialmente di individuare il prezzo di libera concorrenza senza apprezzabili margini di errore. Nonostante quanto appena esposto, risulta tuttavia autoevidente come una tale metodologia di calcolo non sia esente da criticità applicative: essa, infatti, potrà essere utilizzata solo a condizione che tra le transazioni in esame non sussistano differenze apprezzabili tali da influenzare il prezzo di mercato. Anche per tali ragioni, il *CUP method* ha pertanto riscontrato scarsa adozione nella prassi applicativa <sup>146</sup>, soprattutto rispetto alle metodologie della seconda categoria, basate, cioè, sull'utile della transazione.

Proprio con riferimento a quest'ultime, infatti, anche qualora non esista un «*benchmark*» di riferimento relativamente alle singole transazioni, ma siano comunque rinvenibili imprese operanti nel medesimo settore economico e con funzioni, quindi, comparabili, il c.d. *TNMM method* appare prestarsi in maniera particolarmente conveniente, soprattutto per quelle imprese che svolgono funzioni ordinarie di produzione o distribuzione e che rivestono un ruolo tutto sommato marginale all'interno della «*value chain*», non offrendo, cioè, contributi

---

<sup>146</sup> In tal senso G. MAISTO, *Il progetto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in Riv. dir. trib., 1995, 383. Così come citato, in nota, da CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 35.



significativi alla creazione di valore <sup>147</sup> ; viceversa, qualora tutte le imprese interessate forniscano un apporto rilevante dovrà essere utilizzato, secondo le citate linee guida, il c.d. «*profit split method*». <sup>148</sup> Come noto, relativamente all'affidabilità dell'analisi condotta, entrambe queste metodologie basate sull'utile delle transazioni, scontano, tuttavia, un inevitabile margine di errore, il quale, a differenza del *CUP method*, ad esempio, consente di giungere soltanto ad un'approssimazione del prezzo di libera concorrenza con il conseguente rischio intrinseco di sovra o sotto-tassare l'impresa oggetto di analisi.

Al netto, tuttavia, di tali problematiche, considerata soprattutto la maggiore possibilità di individuare soggetti comparabili, l'utilizzo di tali metodi reddituali, qualora condotto attraverso indagini rigorose ed approfondite e sempre purché non siano applicabili altri metodi di calcolo che consentano di giungere ad un esito più accurato, è stato favorevolmente condiviso dall'OCSE, ferma restando, comunque, la pacifica possibilità da parte dell'autorità amministrativa di disattenderli, laddove siano impiegati dal contribuente per determinare i redditi dichiarati, dando prova di un loro utilizzo artificioso, finalizzato unicamente all'ottenimento di vantaggi fiscali, attraverso la determinazione di una minore base imponibile.

Ciò detto relativamente alle varie metodologie di calcolo dei prezzi di trasferimento, un discorso differente coinvolge, infine, i rimanenti requisiti del vantaggio e della selettività. Nonostante essi siano, come noto, da considerare due

---

<sup>147</sup> In tal senso CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 35. Si noti che tale metodologia si basa, sostanzialmente, sulla comparazione tra quello che viene chiamato profitto «globale» dell'impresa in esame e quello relativo ad altre imprese operanti nel medesimo settore economico. Intendendosi, tuttavia, come profitto globale non tanto l'intero reddito ricavato dall'impresa sotto esame, bensì l'aggregato degli utili realizzati attraverso la vendita dei beni, ovvero la prestazione dei servizi oggetto di verifica.

<sup>148</sup> Report OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010, 2.59

requisiti autonomi, nel contesto della prassi applicativa relativa ai *rulings* fiscali quest'ultimi vengono, tuttavia, spesso assimilati, al punto che, sovente, l'uno risulta giuridicamente assorbito dall'altro. Con particolare riferimento ad un aiuto individuale, infatti, sulla base della giurisprudenza europea in materia, l'identificazione della presenza del vantaggio sarebbe di per sé sufficiente a stabilire anche la selettività della misura in questione.<sup>149</sup> Al punto 174, la Comunicazione della Commissione del 2016 delinea oltretutto, a fini esemplificativi, tre fattispecie astratte nelle quali la concessione di un *ruling* fiscale si considera conferire un vantaggio selettivo al suo destinatario. Il primo caso è relativo all'applicazione errata, da parte del *ruling*, della normativa fiscale nazionale, qualora ciò si traduca in una riduzione dell'onere fiscale gravante sul contribuente, rispetto al trattamento normalmente adottato<sup>150</sup>. La seconda ipotesi fa riferimento, invece, alla concessione di un *ruling* a condizioni che non siano disponibili per imprese che pur si trovino in una situazione analoga di diritto e di fatto - una tale fattispecie potrà risultare integrata, ad esempio, qualora alcune imprese partecipanti ad operazioni con soggetti controllati non siano giuridicamente autorizzate a richiedere tale *ruling*, a differenza, invece, di una categoria predefinita di imprese -<sup>151</sup>. Infine, la terza ed ultima fattispecie espressamente citata dalla Comunicazione è relativa all'applicazione di un

---

<sup>149</sup> In tal senso, Sentenza del 4 giugno 2015, *Commissione v Mol* causa C 15/14, così come richiamata da M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni* (doi: 10.1434/93171), Mercato Concorrenza Regole (ISSN 1590-5128), Fascicolo 3, dicembre 2018, Il Mulino-Rivistaweb, p. 426., laddove viene, altresì, esplicitato come questo sia uno dei punti controversi dell'applicazione del divieto di cui all'articolo 107, par. 1, TFUE ai *rulings* in questione.

<sup>150</sup> In tal senso la Comunicazione della Commissione del 2016 cita la Decisione 2003/601/CE della Commissione, del 17 febbraio 2003, relativa al regime di aiuti «*Foreign Income*» al quale l'Irlanda ha dato esecuzione (GU L 204 del 13.8.2003, pag. 51) considerando da 33 a 35.

<sup>151</sup> Cfr., in tal senso, la decisione 2004/77/CE della Commissione, del 24 giugno 2003, sul regime fiscale di «*ruling*» applicabile alle «*US Foreign Sales Corporations*» (GU L 23 del 28.1.2004, pag. 14) considerando da 56 a 62.

trattamento fiscale più «favorevole» rispetto a quello concesso ad altri contribuenti versanti in una situazione di fatto e di diritto analoga.<sup>152</sup>

In tal senso, la Commissione ha inoltre colto l'occasione per esemplificare la fattispecie appena citata esponendo, in particolare, sia l'ipotesi in cui l'amministrazione tributaria avalli un accordo sui prezzi di trasferimento, il quale, tuttavia, non rispetti il principio di libera concorrenza in quanto il metodo di calcolo adottato dal *ruling* produca un risultato che si discosta, *de facto* - come già citato in precedenza -, da un'approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato, sia quella in cui l'accordo preventivo consenta ai beneficiari dello stesso di utilizzare dei metodi alternativi e più indiretti per calcolare gli utili imponibili, come, ad esempio, al fine di determinare un prezzo di trasferimento appropriato, l'utilizzo di margini prestabiliti nel metodo del prezzo di costo maggiorato - c.d. «*cost-plus method*»<sup>153</sup> - o del prezzo di rivendita - c.d. «*resale minus method*»<sup>154</sup> -, qualora siano invece disponibili dei

---

<sup>152</sup> Se nel primo caso si trattava, in sostanza, di un atto (*ruling*) illegittimo, negli ultimi due casi si assume che la legge lasci all'Amministrazione finanziaria margini tali da consentire che si realizzi disparità di trattamento.

<sup>153</sup> Intendendosi con tale dicitura, la metodologia di calcolo con la quale il prezzo di mercato di vendita di un prodotto viene determinato sulla base del costo unitario di produzione, tenendo conto di ciascuna delle spese sostenute, fisse e variabili, aggiungendo un certo c.d. «*mark-up*», ovvero un premio di profitto, al costo del prodotto stesso. Tale metodologia considera dunque i costi sostenuti dal fornitore di beni o servizi nel corso di una transazione controllata per il trasferimento o la fornitura di essi ad un acquirente collegato. In particolare, la percentuale di ricarico applicata deve essere tale da garantire un'adeguata remunerazione, considerando le funzioni svolte e le condizioni di mercato. Il risultato che si ottiene sommando al costo di produzione il margine lordo che si è ottenuto come percentuale di ricarico viene definito come il prezzo di libera concorrenza della transazione controllata. Così, S. MATTIA e M. TOFFANIN, *La disciplina dei prezzi di trasferimento – Metodi per la definizione*, Commercio Internazionale n.2/2005, p.32.

<sup>154</sup> Secondo questa metodologia di calcolo, il valore normale della transazione deve essere equivalente al prezzo praticato ad un terzo indipendente, diminuito di un margine di utile lordo, che è espresso in percentuale rispetto al prezzo di rivendita. In altre parole, la metodologia di calcolo in discorso fa riferimento al prezzo al quale un prodotto, acquistato da un'impresa associata, viene poi rivenduto ad un'altra impresa terza ed indipendente. Proprio tale prezzo - «prezzo di rivendita», appunto - è successivamente ridotto di un certo margine lordo che potrebbe riassumersi concettualmente nell'importo con il quale il rivenditore sia in grado di coprire le proprie spese e, al contempo, di ricavare il suo utile. In seguito, dunque, alla sottrazione del citato margine lordo - ed al netto di eventuali, ulteriori correzioni - ciò che

metodi più diretti <sup>155</sup>. Se da un lato, dunque, come si è visto, la Commissione ha recentemente fornito puntuali informazioni relativamente alla valutazione dei *rulings* fiscali alla luce della normativa europea sugli aiuti di Stato, dall'altro risulta tuttavia evidente come esse scontino ancora il problema di dover essere calate all'interno di un contesto applicativo europeo tutt'altro che esente da implicazioni geopolitiche e giuridiche, il quale, per ragioni sistematiche, verrà tuttavia approfondito nei successivi paragrafi, attraverso la trattazione di alcune delle più note e recenti fattispecie emerse a livello globale.

## 2.6 Alcuni dei principali «*tax rulings*» di favore concessi alle MNEs: Il caso *Apple*

L'analisi delle sentenze relative ai principali «*tax rulings*» di favore concessi alle MNEs non può che prendere avvio da quella che è forse la più clamorosa tra esse, almeno per quanto concerne la valutazione economica di quello che è stato interpretato dalla Commissione europea come aiuto di Stato da recuperare, ammontando, infatti quest'ultimo - secondo le stime - a circa 13 miliardi di dollari. La sentenza a cui si fa riferimento è, ovviamente, relativa alla

---

rimane potrà considerarsi come il prezzo di libera concorrenza per il trasferimento originario del bene tra imprese associate. In tal senso S. MATTIA e M. TOFFANIN, *La disciplina dei prezzi di trasferimento – Metodi per la definizione*, Commercio Internazionale n.2/2005, pp. 31-32.

<sup>155</sup> In tal senso, la Commissione ha ritenuto opportuno citare, in nota: Cfr. la Decisione 2003/438/CE della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa all'aiuto di Stato C-50/2001, *Società finanziarie lussemburghesi* (GU L 153 del 20.6.2003, pag. 40, considerando 43 e 44); Decisione 2003/501/CE della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa all'aiuto di Stato C-49/2001, *Centri di coordinamento lussemburghesi* (GU L 170 del 9.7.2003, pag. 20, considerando 46, 47 e 50); Decisione 2003/757/CE della Commissione, del 17 febbraio 2003, *Centri di coordinamento belgi* (GU L 282 del 30.10.2003, pag. 25, considerando 89-95) e la relativa sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 2006, *Regno del Belgio e Forum 187/Commissione*, cause riunite C-182/03 e C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, punti 96 e 97; decisione 2004/76/CE della Commissione, del 13 maggio 2003, *Centri di coordinamento e centri logistici* (GU L 23 del 28.1.2004, pag. 1, considerando 50 e 53).

società di diritto statunitense *Apple Inc.*, impresa avente, come risaputo, la maggiore capitalizzazione di mercato al mondo.<sup>156</sup> La vicenda giuridica in esame - come, del resto, anche quelle la cui analisi verrà presentata nei successivi paragrafi - si colloca, in particolare, nell'ambito di un doppio filone d'indagine, non solo relativo all'interpretazione delle misure fiscali alla luce dell'art.107 TFUE, ma anche all'insorta problematica della tassazione delle MNEs, nonché, più in generale, alla questione della concorrenza fiscale dannosa in Europa.

Da un punto di vista pratico, la decisione di cui si discorre ha avuto ad oggetto, come è noto, il trattamento fiscale ottenuto in Irlanda da *Apple Inc.* per il tramite di due *tax rulings* concessi, dapprima il 29 gennaio 1991 e poi rinnovati con alcune modifiche il 23 maggio 2007, dal già menzionato Stato membro UE in favore di due società di diritto irlandese del gruppo: *Apple Operations Europe* (AOE) ed *Apple Sales International* (ASI).

Il primo APA, concesso ad ASI e AOE nel 1991, calcolava per la prima la base imponibile della sua stabile organizzazione in Irlanda in ragione del 12,5% dell'insieme dei costi operativi sostenuti dalla stessa, esclusi quelli relativi a materiali destinati alla rivendita, considerando, inoltre, imputabili alla stabile organizzazione solamente le attività manifatturiere. Tuttavia, qualora i profitti societari così determinati fossero stati inferiori a 30-40 milioni di dollari, in quel caso la totalità di essi sarebbe stata ricondotta ad attività manifatturiere e tassata dallo Stato irlandese.

Per quanto riguarda AOE, invece, sempre sulla base del *ruling* concesso nel 1991, i profitti netti sui quali si sarebbe applicata l'aliquota impositiva sarebbero stati pari al 65% dei costi operativi - salvo quelli sostenuti in ragione del «*cost sharing agreement*» stipulato con *Apple Inc.*, il quale verrà esaminato in seguito -, fino ad un tetto massimo di 70 milioni di dollari di costi ed al 20% per i

---

<sup>156</sup> Intendendosi con tale definizione il valore in base alle quotazioni del mercato finanziario.

costi operativi eccedenti. Qualora, tuttavia, i profitti complessivi di AOE fossero stati inferiori rispetto a quelli calcolati sulla base del metodo approvato nel *ruling*, si sarebbe utilizzato un importo inferiore nella determinazione dell'imponibile.<sup>157</sup> Al fine di presentare il più chiaramente possibile la questione, prima di esaminare tanto le accuse mosse dalla Commissione europea in merito alla concessione di questi *rulings*, quanto la conseguente e relativa difesa da parte dell'amministrazione irlandese, si renderà, tuttavia, necessario tentare di tratteggiare, perlomeno sommariamente, la qualificazione dal punto di vista fiscale dell'organizzazione di *Apple Inc.*

In tal senso, dunque, per quanto concerne ASI, essa si occupa di svolgere attività di vendita, approvvigionamento e distribuzione, acquistando i prodotti finali da soggetti terzi - prevalentemente in Cina -, per poi rivenderli, successivamente, ad altre due società del gruppo statunitense, *Apple Distribution International* (ADI), la quale conduce la distribuzione, appunto, dei prodotti stessi in Europa, Medio Oriente, India ed Africa - c.d. EMEA -, nonché ad *Apple Singapore*, che rivende invece i prodotti principalmente nelle regioni dell'Asia. Tutti i prodotti vengono poi successivamente rivenduti al dettaglio. Si noti, tuttavia, che ASI, pur acquistando i suddetti beni, non viene mai fisicamente in possesso degli stessi. Come evidenziato anche dalla dottrina che ha avuto modo di occuparsi di questa vicenda<sup>158</sup>, ASI non svolge nessuna attività produttiva in Irlanda, né aggiunge nulla di nuovo ai prodotti che acquista, già finiti, dalla Cina. I suoi profitti societari derivano, pertanto, dalla differenza che intercorre tra

---

<sup>157</sup> Si segnala che, nel successivo *ruling* del 2007 - cessato, invero nel 2015 -, il metodo di calcolo venne poi revisionato. Così come riportato, tra gli altri, da M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni* (doi: 10.1434/93171), *Mercato Concorrenza Regole* (ISSN 1590-5128), Fascicolo 3, dicembre 2018, *Il Mulino-Rivistaweb*, pp. 426 ss., nonché da CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2017, p. 37.

<sup>158</sup> In particolare, tra gli altri, M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni* (doi: 10.1434/93171), *Mercato Concorrenza Regole* (ISSN 1590-5128), Fascicolo 3, dicembre 2018, *Il Mulino-Rivistaweb*, pp. 419 ss.

l'esborso che sostiene per l'assemblaggio dei prodotti in Cina ed il prezzo ricavato dalla vendita infragruppo degli stessi. Relativamente, invece, all'altra società coinvolta, AOE, essa svolge effettivamente una certa attività produttiva in Irlanda, relativa principalmente alla manifattura di alcuni modelli di *computer* del marchio di Cupertino, nonché alla fornitura di supporto ad alcune società collegate, attraverso lo svolgimento di servizi relativi alla gestione delle risorse umane, alla tenuta della contabilità, nonché all'organizzazione dei sistemi informativi.<sup>159</sup> Vi è da segnalare, inoltre, come la totalità dei dipendenti di *Apple* in Irlanda sia impiegata da AOE, nonostante alcuni di essi svolgano, tuttavia, mansioni per ASI ed il costo del lavoro sia comunque ripartito tra entrambe le società del gruppo.

Sia AOE che ASI sono inoltre titolari del diritto d'uso della proprietà intellettuale di *Apple Inc.*, sulla base del già citato «*cost-sharing agreement*», il quale accordo si basa, sostanzialmente, su di una suddivisione del costo<sup>160</sup> sostenuto da *Apple Inc.* per l'attività di ricerca e sviluppo svolta in USA per conto delle due società irlandesi. Una delle principali problematiche emerse relativamente a quanto appena esposto consiste, tuttavia, nel fatto che una tale tipologia di accordo difficilmente tiene conto dell'inevitabile asimmetria informativa che intercorre tra l'amministrazione fiscale, in questo caso irlandese, e la multinazionale che lo propone. Poiché infatti, solo *Apple Inc.* è in possesso dei numerosi dati ed informazioni in merito al rischio effettivo dell'investimento in ricerca e sviluppo da lei sostenuto, l'amministrazione fiscale irlandese, la quale avrebbe, invece, bisogno di conoscerli ed analizzarli per valutare al meglio se l'accordo *de qua* sia corrispondente alle reali proporzioni tra i bisogni che ogni società ha di quel determinato investimento per svolgere la propria attività d'impresa, si espone al rischio che quei rapporti siano e calibrati essenzialmente

---

<sup>159</sup> *Commission Decision on State aid implemented by Ireland to Apple*, C (2016) 5605 final, del 30 agosto 2016, 53-57

<sup>160</sup> Si noti come, in tale accordo, il costo sia tuttavia sostenuto principalmente da *Apple Sales International* (ASI).

in funzione di pianificazione fiscale, cioè l'accordo di «*cost-sharing*» intra-gruppo allochi scientemente i costi dello stesso in capo a quelle controllate, le quali operino in giurisdizioni dove la fiscalità è ridotta. Tale problematica risulta inoltre acuita con particolare riferimento alla fattispecie concreta che si sta esaminando: i prodotti *Apple*, come noto, hanno ormai, infatti, una domanda già pressoché assicurata, ancora prima dell'uscita sul mercato degli stessi, con la conseguenza che, *de facto*, il rischio relativo all'investimento effettuato in ricerca e sviluppo può dirsi realmente minimo.<sup>161</sup> Un altro punto focale da analizzare, al fine di delineare la struttura fiscale di *Apple Inc.*, concerne, inoltre, la definizione della residenza fiscale delle sue due controllate di diritto irlandese.

ASI e AOE, nonostante siano state costituite in Irlanda, non sono, infatti, almeno relativamente al periodo in cui erano effettivamente in vigore i due *tax rulings* concessi dall'amministrazione irlandese, fiscalmente li residenti. Il *Taxes Consolidation Act 1997*, prima che intervenissero delle modifiche ad opera del legislatore irlandese, stabiliva, infatti, alla Sezione 23 A, che un'impresa potesse non essere ritenuta fiscalmente residente in Irlanda, qualora venisse riconosciuta da un altro Stato come residente nel medesimo sulla base di un trattato sulla doppia imposizione, ovvero qualora fosse quotata in borsa in un altro Stato, o sussidiaria di un'altra società residente in uno Stato membro o comunque firmatario di un trattato fiscale. Proprio in ragione di quest'ultima regola AOE ed ASI non venivano pertanto ritenute fiscalmente residenti in Irlanda, né peraltro

---

<sup>161</sup> In tal senso, secondo quella che è stata anche la linea di ragionamento della Commissione, l'accordo di «*cost-sharing*» in questione avrebbe principalmente una funzione di natura elusiva, mirando infatti a spostare l'attribuzione dei costi e dei profitti lontano dal luogo dove l'attività di ricerca e sviluppo è stata realmente svolta, ossia gli Stati Uniti, secondo convenienza fiscali. A tal proposito, si rende, infatti, opportuno segnalare come, dal 2009 al 2012, sia stato possibile attribuire ad ASI circa il 60% dei profitti realizzati dal gruppo nel suo complesso. *US Homeland Security and Governmental Affairs Permanent Subcommittee on Investigations*, *Offshore Profit Shifting and the US Tax Code*, 180. Così come citato, in nota da CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, *Diritto e pratica tributaria internazionale* 1/2017, p. 37



potavano esserlo negli Stati Uniti laddove questa qualità discende dall'*incorporation*<sup>162</sup>, la quale, in questo caso è in Irlanda. In tal senso, AOE ed ASI potrebbero definirsi, grazie ad un «*hybrid mismatch*» tra la definizione di residenza irlandese ed americana, come società fiscalmente apolide. Per quanto riguarda, il loro regime impositivo, con particolare riferimento agli utili prodotti globalmente, la circostanza del controllo di esse in capo ad una società estera - in tal caso *Apple Inc.*, residente in California, appunto -, non sottrarrebbe, di per sé, le due società in questione dal dovere essere soggette all'imposizione fiscale irlandese sui redditi ivi prodotti.

Alla luce di tali premesse, prende dunque avvio la linea di ragionamento condotta dalla Commissione europea al fine di verificare un'eventuale violazione del divieto di aiuto di Stato da parte dell'Irlanda, a favore di *Apple*. Innanzitutto, secondo la Commissione, dal momento che i *tax rulings* contestati sono stati concessi dall'amministrazione fiscale irlandese, quest'ultimi sarebbero, senza dubbio, imputabili all'Irlanda e, in tal senso, il requisito del finanziamento tramite risorse pubbliche risulterebbe pertanto integrato dalla circostanza della rinuncia al gettito fiscale che lo Stato irlandese avrebbe altrimenti incamerato.<sup>163</sup> Con particolare riferimento, inoltre, all'idoneità della misura ad incidere sugli scambi all'interno dell'Unione, sempre secondo la decisione della Commissione, la semplice circostanza che i beneficiari in questione, ASI ed AOE, facciano parte di un gruppo multinazionale sarebbe di per sé idonea a fornire prova della sussistenza di detto requisito.

In particolare, sulla base dell'assunto che l'aiuto che *Apple* avrebbe ricevuto dall'amministrazione irlandese rientrerebbe nell'alveo dei cc.dd. «aiuti al funzionamento» - in quanto, attraverso una determinazione agevolata della base

---

<sup>162</sup> “The term domestic when applied to corporation or partnership means created or organized in United States”, I.R.C. 7701 (a) (4).

<sup>163</sup> *Commission Decision on State aid implemented by Ireland to Apple*, C (2016) 5605 final, del 30 agosto 2016, punto 221.

imponibile, tale aiuto conduce ad una riduzione del costo fiscale altrimenti gravante sugli utili - la Commissione ha avuto modo di richiamare a sostegno della sua tesi la principale giurisprudenza in materia, la quale ravvisa, infatti, nell'aiuto al funzionamento un potenziale elemento distorsivo della concorrenza.

<sup>164</sup> Un ragionamento leggermente più articolato ha dovuto coinvolgere, invece, l'individuazione dell'esistenza di un vantaggio selettivo. A tal proposito, la Commissione principia con l'affermare che il sistema di riferimento da individuare debba essere relativo al regime ordinario di tassazione degli utili societari, il cui obiettivo risulta essere quello della tassazione degli utili di tutte le società imponibili in Irlanda. <sup>165</sup> Successivamente, la Commissione, al fine di stabilire se le misure *de qua* costituiscano una deroga al sistema di riferimento precedentemente individuato, attua un passaggio logico tutt'altro che irrilevante, collegando l'«*arm's length principle*» - riconosciuto come principio generale da applicare per operazioni con soggetti esteri - al principio di libera concorrenza. Le principali criticità emerse, le quali, come si vedrà nei successivi paragrafi, sono state oggetto di numerosi contributi dottrinali, sono proprio relative a questo passaggio: il criterio dell'«*arm's length principle*» tematizzato all'interno delle citate Linee Guida OCSE <sup>166</sup>, nonostante sia indubbiamente un riferimento accettato a livello internazionale, non potrebbe, tuttavia, giuridicamente costituire fondamento normativo per l'azione dell'Esecutivo europeo, in quanto rappresenta un principio estraneo al diritto dell'Unione. In altri termini, potrebbe sostenersi che l'«*arm's length principle*» a cui fa riferimento la Commissione nella sua «*contested Decision*» sarebbe una versione «*State aid specific*», differente rispetto a quella elaborata a livello internazionale, la quale, più che altro, ne costituirebbe

---

<sup>164</sup> Ibid, punto 222 e giurisprudenza in nota 128.

<sup>165</sup> Ibid, punto 228.

<sup>166</sup> *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010 OECD.

un punto di partenza.<sup>167</sup> Da un punto di vista pratico, proprio nell'ambito della sua valutazione inerente al requisito del vantaggio selettivo e, dunque, alla luce del citato collegamento, al rispetto del principio di libera concorrenza, la Commissione ha di fatto contestato sia le metodologie di calcolo previste nei *tax rulings* per l'attribuzione dei profitti ad ASI e AOE<sup>168</sup>, sia le argomentazioni proposte dall'amministrazione irlandese in merito ai profitti derivanti dal citato «*cost sharing agreement*»<sup>169</sup>. In particolare, se da un lato la circostanza della riduzione della base imponibile di *Apple* in Irlanda, attraverso la particolare attribuzione dei profitti accordata alla stessa dall'amministrazione irlandese suggerisce una prova del conferimento di un vantaggio, dall'altro lato, con particolare riferimento alla prova della selettività dello stesso, la Commissione ha seguito due strade argomentative tra loro alternative. In primo luogo, considerando che gli APAs contestati costituiscono misure individuali, destinate a beneficiari specifici, risulta autoevidente come la selettività delle misure stesse emerga automaticamente, salvo che queste non possano dirsi applicazione di una normativa nazionale di stampo generale, destinata alla totalità delle imprese.<sup>170</sup> In secondo luogo, sempre secondo la Commissione, pur considerando gli APAs concessi alle *branches* irlandesi di *Apple* misure di carattere generale, il fatto di

---

<sup>167</sup> Così M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni* (doi: 10.1434/93171), Mercato Concorrenza Regole (ISSN 1590-5128), Fascicolo 3, dicembre 2018, Il Mulino-Rivistaweb, p. 428.

<sup>168</sup> In particolare, è stata contestata la decisione di Apple di utilizzare un metodo di determinazione della base imponibile basato sui costi societari. Per quanto concerne ASI, l'ammontare dei ricavi dal 2009 al 2012 è cresciuto, infatti, del 415%, a fronte di una crescita del 10-20% relativa ai costi. Si è pertanto messo in luce come, in tal caso, un metodo basato sui ricavi di vendita sarebbe stato probabilmente più appropriato nel riflettere la profittabilità di ASI, considerato soprattutto come il metodo basato sui costi finisca per mantenere costante la base imponibile, nonostante la citata crescita rilevante dei ricavi. In tal senso CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 38

<sup>169</sup> Tali profitti non potrebbero essere tassati in Irlanda, non svolgendosi, infatti, in tale Stato nessuna attività di management collegata alla gestione della proprietà intellettuale, punto 266 della citata Decisione.

<sup>170</sup> Fermo restando, tuttavia, anche in questo caso, la necessità che la normativa nazionale di riferimento non consenta alle singole misure di violare l'«*arm's length principle*».

non rispettare l'«*arm's length principle*» condurrebbe comunque ad una valutazione di selettività *prima facie*, sulla base del citato modello di valutazione a tre fasi, c.d. «*Three-step Analysis*», ponendo, dunque, in capo allo Stato membro l'onere di dimostrare che la deroga attuata trovi giustificazione nella natura e nella logica del sistema tributario nazionale, pur non potendo esistere, tuttavia, secondo la Commissione, nessuna possibile giustificazione per trattare in modo differente e più favorevole imprese facenti parti di un gruppo, rispetto a quelle singole.<sup>171</sup>

Alla luce delle argomentazioni così sinteticamente riportate, la Commissione europea, con la Decisione 2017/1283, ha affermato, dunque, che i *tax rulings* in questione costituirebbero un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno ai sensi dell'art.107, par.1 TFUE, e, più precisamente, che le misure d'aiuto sarebbero state concesse illecitamente dall'Irlanda in violazione dell'art.108, par.3 TFUE, considerando, infatti, come a tali società sarebbe stata concessa la possibilità di calcolare la propria base imponibile, ai fini delle imposte dirette, in maniera agevolata rispetto alle altre. Per questi motivi, la Decisione richiedeva pertanto all'Irlanda di recuperare presunti aiuti di Stato, per un valore di circa 13 miliardi di euro, relativamente ad imposte sul reddito societario non versate dalle stabili organizzazioni di *Apple Inc.* al fisco irlandese.

Con la Sentenza del 15 luglio 2020<sup>172</sup>, relativa, appunto, alle cause T-778/16 e T-892/16, il Tribunale dell'Unione europea ha annullato la citata Decisione della Commissione perché quest'ultima non avrebbe adeguatamente dimostrato la sussistenza di un vantaggio selettivo ai sensi dell'art.107, par. 1 TFUE. Con particolare riferimento ad un punto di vista più tecnico, inoltre, all'interno della Sentenza del Tribunale dell'Unione, le citate Linee Guida OCSE

---

<sup>171</sup> M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni* (doi: 10.1434/93171), Mercato Concorrenza Regole (ISSN 1590-5128), Fascicolo 3, dicembre 2018, Il Mulino-Rivistaweb, pp. 428-429.

<sup>172</sup> Judgment of 15. 7. 2020 - Cases T-778/16 and T-892/16 *Ireland and others V Commission*

in materia di *transfer pricing* hanno svolto un ruolo centrale: se nella «*contested Decision*» della Commissione, infatti, si era argomentato negativamente, sia in merito alla scelta del metodo inerente ai costi operativi, che relativamente all'uso del c.d. «*Berry ratio*»<sup>173</sup> come indicatori per determinare una remunerazione conforme al principio di libera concorrenza per le funzioni svolte da ASI; al paragrafo 372 della sentenza del Tribunale dell'Unione si è affermato, invece, che le condizioni previste dalle Linee Guida OCSE in materia di *transfer pricing* per l'utilizzo del «*Berry ratio*» risultano soddisfatte e che, quindi, l'amministrazione irlandese non avrebbe concesso né ad ASI, né ad AOE un vantaggio fiscale relativo alla mancata attribuzione alle stesse delle *royalties* del gruppo statunitense ricavate dalle vendite del gruppo, effettuate extra Nord e Sud America.<sup>174</sup>

## 2.7 Il caso *Starbucks*

Come sopra esposto relativamente alla vicenda *Apple*, anche in questa sede, avente ad oggetto le iniziative della Commissione, nonché la conseguente giurisprudenza europea che ha coinvolto il gruppo *Starbucks*, al fine di proporre una sufficiente disamina della casistica *de qua*, risulterà opportuno offrire al lettore un sintetico quadro di riferimento inerente alla struttura fiscale ed alle principali attività svolte dal colosso statunitense.

In tal senso, come ben noto, il gruppo *Starbucks Corporation*, avente sede legale in Seattle negli Stati Uniti, è attivo in circa 65 Paesi a livello globale,

---

<sup>173</sup> Intendendosi come tale il rapporto finanziario creato dall'economista americano Charles Berry ed impiegato nella valutazione della redditività di un'impresa specifica. Il rapporto viene determinato dividendo i profitti lordi di un'azienda per le sue spese operative. Ai sensi delle Linee Guida OCSE quest'ultimo dovrebbe preferibilmente essere utilizzato, ai fini fiscali, solo qualora sussista una diretta connessione tra funzioni svolte a valore aggiunto e spese operative sostenute.

<sup>174</sup> V. TAMBURRO, *Apple-Irlanda, stop alla Commissione Ue: i ruling non sono aiuti di Stato*, 15 luglio 2020, [nplusfisco.ilsole24ore.com](http://nplusfisco.ilsole24ore.com)

attraverso le sue principali attività di torrefazione, distribuzione e rivendita al dettaglio di caffè, nonché alla concessione in licenza del suo marchio ad esercizi commerciali affiliati. Con particolare riferimento alle regioni europee, africane e del Medio Oriente (EMEA), le attività del gruppo vengono svolte da *Starbucks Coffee BV*, società con sede nei Paesi Bassi, la quale, a fronte del pagamento di *royalties*, riceve in licenza dalla sua azionista, *Alki LP*<sup>175</sup>, alcuni marchi *Starbucks*, oltre al necessario «*know-how*»<sup>176</sup> per svolgere le citate attività. La stessa *Starbucks Coffee BV* concede, inoltre, a sua volta, delle sublicenze ai negozi del gruppo, relative ai diritti di proprietà intellettuale, a fronte del pagamento di «*royalties*» in percentuale al fatturato degli esercizi commerciali stessi. A completare il quadro generale si innesta, infine, la società beneficiaria della misura controversa, controllata da *Starbucks Coffee BV*, *Starbucks Manufacturing EMEA BV (SMBV)*, principale stabilimento di distribuzione e torrefazione del gruppo *Starbucks* nella regione, appunto, dell'Europa, del Medio Oriente e dell'Asia. Quest'ultima svolge la sua attività di tostatura secondo le linee guida fornite da *Starbucks US*, nel suo stabilimento di torrefazione ubicato ad Amsterdam, nonché generiche attività di distribuzione di articoli non

---

<sup>175</sup> *Alki LP* è una società in accomandita semplice che ha come socio accomandatario *SCI UK, Inc* e come socio accomandante *Starbucks Coffee International, Inc*. Trattasi di due società costituite secondo le leggi dello Stato di Washington, USA. In particolare, *Alki LP* è stata integrata alla struttura del gruppo statunitense nel dicembre 2006, con la conseguenza di evitare che il reddito delle *royalties* versate a quest'ultima venisse integrato nel reddito dei suoi soci, ai sensi del diritto tributario statunitense. In tal senso, la stessa Commissione ha infatti ritenuto superfluo, artificioso e non giustificato da ragioni extrafiscali l'assetto adottato dal Gruppo in UE. Nonostante ciò, alla luce della sua Decisione, essa sembra comunque parteggiare per la non imputabilità dello stesso al tax ruling contestato, dichiarando, infatti, di circoscrivere il suo controllo alla razionalità economica delle operazioni intercorse fra *SMBV* e *Alki LP*, e non anche al rapporto fra *Alki* e la Capogruppo statunitense. In tal senso, lodevole la sintesi offerta, tra gli altri, da V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale N. 2/2020, p. 817.; nonché C. FRANCIOSO, *Il caso Starbucks: primi chiarimenti giurisprudenziali su aiuti di Stato e ruling fiscali*, Diritto e Pratica tributaria internazionale N. 1/2020, p.265.

<sup>176</sup> Consistente, principalmente, nell'identità aziendale di *Starbucks*, nonché al format degli esercizi commerciali del gruppo stesso.

direttamente correlati al caffè e di sostegno alla catena di approvvigionamento in alcuni mercati. Al fine di compensare l'assunzione del rischio d'impresa, vi è inoltre da segnalare come anche SMBV corrisponda ad *Alki LP* delle «royalties», ai sensi di un c.d. «*roasting agreement*» attraverso il quale esse riceve in licenza dei diritti di proprietà intellettuale relativamente al citato procedimento di torrefazione<sup>177</sup>. Con particolare riferimento, dunque, alla vicenda fiscale *tout court*, si noti, in via preliminare, come il contestato APA sui prezzi di trasferimento, intercorso tra SMBV e l'amministrazione fiscale olandese, sia stato stipulato il 28 aprile 2008, in un'ottica di validità decennale.

Da un punto di vista strettamente tecnico, secondo tale «*ruling*», il reddito imponibile per i servizi infragruppo di SMBV si sarebbe calcolato - attraverso la metodologia avvallata dall'APA *de qua*, ossia quella del già esaminato «*transactional net margin method*» (TNMM) - aggiungendo ai costi sostenuti dalla stessa un c.d. «*mark-up*» del 9-12%<sup>178</sup>, intendendosi, tuttavia, come tali unicamente quelli che, alla luce di una valutazione fiscale, avrebbero contemplato un valore aggiunto, come, ad esempio, quelli sostenuti per il personale, quelli di produzione, nonché le spese generali per gli impianti, a discapito, invece, di quelli sostenuti per le materie prime e per i pagamenti delle «royalties» ad *Alki LP*, a fronte del citato utilizzo della proprietà intellettuale. In aggiunta, vi è inoltre da segnalare come quest'ultime fossero, peraltro, deducibili, e non soggette a ritenute alla fonte, né nei Paesi Bassi e neppure nel Regno Unito, laddove ha, appunto,

---

<sup>177</sup> Il riferimento, in particolare, è alle curve di tostatura, le quale specificano sia la temperatura che le tempistiche necessario per completare il procedimento. In tal senso, V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale N. 2/2020, p. 818.

<sup>178</sup> Si noti come il metodo di calcolo del suddetto *mark-up* scaturiva da una comparazione del margine applicato ai costi totali da imprese indipendenti, con una mediana del 7,8%, affiancato da un ridimensionamento relativo alla riduzione del costo di materie prime, alla luce dell'Euribor. Così come riportato, peraltro, anche da CALABRESE M.A., *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, Diritto e pratica tributaria internazionale 1/2017, p. 43.

sede *Alki LP* - c.d. deduzione senza inclusione -. In tal senso, prima di analizzare la Decisione emanata dalla Commissione relativamente alla misura fiscale in esame, nonché le conseguenti conclusioni giurisprudenziali, si consenta una preliminare esposizione circa la struttura fiscale adottata dal Gruppo in Europa, la quale risulta, appunto, riconducibile al modello di pianificazione olandese - già, invero, adoperato da molteplici MNEs statunitensi -, c.d. «CV-BV»<sup>179</sup>. La variante implementata da *Starbucks* permette, attraverso il citato versamento di «royalties» alla CV titolare dei diritti di proprietà intellettuale - in tal caso, *Alki LP* -, di traslare i profitti realizzati dalla società BV - qui, SMBV- verso una società come *Alki LP*, indirettamente controllata, *de facto*, dalla statunitense *Starbucks Corporation*. *Alki LP* viene dunque considerata alla stregua di una società trasparente ai fini delle imposte sui redditi, al punto che, sulla base dell'istruttoria condotta dalla Commissione, le «royalties» *de qua* sarebbero equivalse a pagamenti diretti al capogruppo stesso - circostanza, peraltro, non contestata dal Gruppo statunitense -. <sup>180</sup>

Addentrando, ora, nel merito della contestazione avanzata dalla Commissione, attraverso la Decisione del 21 ottobre 2015, quest'ultima, come anticipato, qualifica l'APA concesso dall'amministrazione fiscale olandese come aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1 TFUE.<sup>181</sup> Con particolare riferimento all'analisi dei requisiti necessari alla configurazione della violazione, anche in

---

<sup>179</sup> La sigla fa riferimento alla dicitura «*Commanditaire Vennootschap - Besloten Vennootschap*», molto simile, peraltro, al modello lussemburghese «*SCS-Sarb*», contestato nell'ambito della vicenda Amazon.

<sup>180</sup> Si noti, da ultimo, come anche l'imposizione in capo ai soci statunitensi possa essere evitata o rinviata, ricorrendo ad alcune eccezioni contemplate dalla normativa statunitense sulle «*controlled foreign companies*», c.d. CFC, ovvero attraverso l'opzione «*check-the-box*», la quale permette di considerare la società CV - in questo caso, sempre *Alki LP* -, come non trasparente ai fini dell'imposizione fiscale negli Stati Uniti, con conseguente doppia non imposizione fino al rimpatrio. In tal senso, illuminante la sintesi offerta da C. FRANCIOSO, *Il caso Starbucks: primi chiarimenti giurisprudenziali su aiuti di Stato e ruling fiscali*, Diritto e Pratica tributaria internazionale N. 1/2020, p.265.

<sup>181</sup> Decisione della Commissione del 21 ottobre 2015, caso SA.38374, *Aiuti a Starbucks*, par. 123-278.



questa sede, analogamente a quanto esposto relativamente alla vicenda *Apple*, il parere della Commissione si declina sia in favore dell'imputabilità della misura all'amministrazione dello Stato membro, in questo caso ai Paesi Bassi, sia del finanziamento dell'ipotetico aiuto per il tramite di risorse statali, attraverso, *de facto*, una perdita di entrate fiscali derivante dalla concessione a SMBV di una riduzione delle imposte, rispetto al debito tributario che sarebbe stato astrattamente gravante sulla stessa, in base al regime ordinario in vigore nei Paesi Bassi. Anche qui, sempre secondo la Commissione, non vi sarebbe dubbio che l'APA *de qua*, avendo rafforzando la condizione finanziaria del beneficiario, avrebbe migliorato le condizioni dello stesso rispetto alle imprese con le quali compete a livello europeo, falsando, dunque, la concorrenza all'interno dell'Unione.<sup>182</sup>

Com'è noto, nell'ambito delle misure fiscali, al fine di dimostrare compiutamente la sussistenza di un aiuto illecito, il punto cruciale è rappresentato, tuttavia, dal criterio della selettività del vantaggio.<sup>183</sup> In tal senso, come si è già esposto nel primo Capitolo del presente lavoro, il «*gold standard*» per il giudizio di selettività delle misure fiscali è rappresentato dalla citata analisi a tre fasi: individuato preliminarmente il sistema di riferimento, inteso come regime tributario ordinariamente applicabile nello Stato membro, occorrerà, dunque, in un secondo momento, condurre una verifica in merito all'eventualità che la misura *de qua* possa costituirne una deroga<sup>184</sup>, la quale, nell'ambito della terza fase, andrà,

---

<sup>182</sup> Punti 225 e 226 della Decisione.

<sup>183</sup> Si noti come la differenziazione tra vantaggio e selettività, sostenuta in principio dalla stessa Corte di giustizia, sia stata successivamente abbandonata nelle pronunce in tema di selettività materiale (causa C-20/15 P *World Duty Free* ECLI:EU:C:2016:981) e selettività di fatto (Cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P *Commissione europea e Regno di Spagna contro Government of Gibraltar* ECLI:EU:C:2011:732): così P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, 201, 202. Si noti, altresì, come, nonostante nella Decisione *de qua* la Commissione segua in effetti tale approccio, esaminando, cioè, contemporaneamente vantaggio e selettività, il Tribunale, al punto 129 della Sentenza, abbia invece esaminato i due requisiti separatamente.

<sup>184</sup> Come si è già avuto modo di precisare, dovrà intendersi come tale una qualsiasi misura che sia idonea ad introdurre differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo

a sua volta, a far gravare un onere sullo Stato membro di provarne l'eventuale giustificazione in base ai principi generali del sistema tributario nazionale.<sup>185</sup> Con particolare riferimento al caso che si sta esaminando, nell'ambito della prima fase del giudizio di selettività la Commissione ha individuato il citato sistema di riferimento in quello generale olandese, connotato dall'obiettivo di sottoporre a tassazione gli utili di tutte le imprese soggette ad imposta nei Paesi Bassi, siano esse appartenenti ad un gruppo societario o meno, e la deroga ad esso, nella seconda fase del giudizio si è, ravvisata, in sostanza, nella violazione, da parte del «valore» accertato nel «*tax ruling*» concesso a SMBV, del principio di libera concorrenza.

Come ricordato anche dalla dottrina<sup>186</sup>, lo spunto per la linea di ragionamento condotta dalla Commissione in merito a quest'ultima circostanza è stato, in particolare, il principio giuridico stabilito nel caso *Forum 187*<sup>187</sup>, nell'ambito del quale la Corte di Giustizia ha infatti ravvisato la sussistenza di un vantaggio selettivo con particolare riferimento all'ipotesi di una misura fiscale che metta il contribuente nelle condizioni di definire prezzi di trasferimento infragruppo non prossimi a quelli che verrebbero invece praticati in un regime di libera concorrenza, tra imprese indipendenti che negozino in circostanze analoghe. Analogamente a quanto già esaminato nel caso *Apple*, anche in questa sede - la cui prima giurisprudenza, si noti, è, invero, precedente - risulta dunque evidente come il principio di libera concorrenza venga adoperato come punto

---

perseguito dal sistema tributario di tale Stato membro, in una situazione fattuale e giuridica analoga

<sup>185</sup> Si noti, inoltre, che, nell'eventualità in cui si tratti di una misura individuale, la presenza del vantaggio economico consentirebbe di presumere, altresì, il carattere di selettività. In tal senso, Causa C-15/14 P *Commissione/MOL* ECLI:EU:C:2015:362, punto 60; cfr. anche, causa T-385/12 *Orange/Commissione* ECLI:EU:T:2015:117.

<sup>186</sup> V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, N. 2/2020, pp. 820 ss.

<sup>187</sup> Cause riunite C-182/03 e C-217/03 *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL/Commissione*, ECLI:EU:C:2006:416

cardine nella valutazione di selettività delle misure fiscali, e ciò indipendentemente dal fatto che un tale principio sia di fatto incorporato o meno all'interno dell'ordinamento tributario dello Stato membro in questione. Anche qui, l'«*arm's length principle*» è stato pertanto utilizzato dalla Commissione per verificare se l'imponibile determinato per SMBV dal «*tax ruling*» dell'amministrazione fiscale olandese, sia di fatto coerente, con approssimazione attendibile, ad un risultato di libero mercato.

Da un punto di vista pratico, sempre con riferimento al giudizio di selettività del vantaggio, la Commissione, nel contesto della sua Decisione, ha ritenuto di elaborare due tesi, una in via principale e l'altra in via subordinata.

In via principale, essa ha sostenuto che la relazione sui prezzi di trasferimento sarebbe stata carente relativamente all'analisi dell'operazione infragruppo per la quale era avvenuta la richiesta e la concessione del «*tax ruling*» *de qua* - ossia relativamente al pagamento di royalties da parte di SMBV ad Alki LP per i diritti di proprietà intellettuale legati al procedimento di torrefazione<sup>188</sup> - e che la scelta del metodo TNMM sarebbe stata inoltre errata, considerato come, in conseguenza di quanto sopra esposto, non sarebbero state né individuate, né tantomeno esaminate in via comparativa operazioni pertinenti. Successivamente, avendo sottolineato, in via preliminare, come anche le Linee Guida OCSE abbiano manifestato una preferenza per le metodologie di calcolo cc.dd. tradizionali, la stessa Commissione ha dunque proseguito con l'affermare come l'entità dei canoni - «*royalties*» - conforme al principio di libera concorrenza si

---

<sup>188</sup> Si noti come vi sia stata, invero, un'altra operazione infragruppo fondamentale non presa, altresì, in considerazione dalla citata relazione sui prezzi di trasferimento. Il riferimento è infatti all'acquisto di chicchi di caffè verdi dalla società consociata SCTC. La stessa Commissione ne fa peraltro menzione nella sua Decisione, ai sensi della quale viene fatto presente come il prezzo della stessa sarebbe sopravvalutato e, in particolare, l'aumento registrato per il periodo 2011-2014 non sarebbe comunque coerente con i costi sostenuti da SCTC. A tal proposito si segnala, *ex multis*, la sintesi offerta da V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, N. 2/2020, pp. 821-822.

sarebbe potuta determinare, più opportunamente, attraverso il metodo CUP - «*comparable uncontrolled price method*» -, il quale si basa sul confronto del prezzo di singoli beni o servizi.<sup>189</sup> In via sussidiaria, la Commissione sostiene inoltre che, non solo il metodo TNMM sia stato applicato erroneamente, ma anche che le funzioni principali svolte da SMBV siano state individuate e valutate in modo improprio, considerato, infatti, come la principale fonte di reddito della controllata non sia, invero, la rivendita di prodotti a base di caffè<sup>190</sup>. Da un punto di vista tecnico, ciò comporterebbe, sempre a detta della Commissione, che vi sarebbe stato, da parte della consulenza fiscale di *Starbucks*, un utilizzo inappropriato delle spese di esercizio come indicatore da utilizzare nel metodo TNMM: ad esse piuttosto, si sarebbero dovute preferire le vendite, in quanto indicatore più adeguato della funzione principale svolta da SMBV. Per esemplificare maggiormente quanto esposto, si potrebbe affermare che il pagamento di *royalties* ad *Alki LP*, da parte di SMBV, trasferirebbe in capo alla prima l'utile che la seconda realizza per il tramite sia della rivendita nei negozi gestiti dalla società di prodotti non a base di caffè, ma thè, altre bevande e, più in generale, anche altri prodotti alimentari, sia attraverso la concessione in licenza del suo marchio a supermercati, esercizi commerciali affiliati, e alla ristorazione collettiva nazionale.

Da ultimo, sempre con particolare riferimento al giudizio di selettività condotto dalla Commissione, si noti come quest'ultima abbia a tal proposito condotto, in via autonoma, una valutazione comparativa, prendendo a riferimento società che svolgessero delle funzioni di rivendita simili a SMBV, mossa dall'intento di dimostrare come, dall'erronea valutazione fatta da *Starbucks* in merito alle funzioni svolte dalla sua controllata, siano *de facto*, scaturiti rilevanti

---

<sup>189</sup> V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, N. 2/2020, pp. 820 ss.

<sup>190</sup> Punti 383-389 della Decisione *de qua*. Laddove emerge come la funzione principale di SMBV debba considerarsi la rivendita di prodotti non a base di caffè.

errori metodologici, i quali avrebbero impedito di condurre ad un risultato in linea con il citato principio di libera concorrenza. In sede di contestazione della Decisione, risulta particolarmente meritevole di nota come i ricorrenti, Paesi Bassi e *Starbucks*, abbiano sollevato la questione di un'ipotetica violazione del principio di autonomia fiscale degli Stati membri. Tale questione, così come ricordato anche dalla dottrina <sup>191</sup>, risulta in particolar modo connessa al primo «*step*» del giudizio di selettività condotto dalla Commissione: a detta dei Paesi Bassi, il sistema di riferimento si sarebbe dovuto ravvisare nella normativa olandese in materia di determinazione dei prezzi di libera concorrenza, e qualora si fosse, altresì, voluta individuare la presenza di un vantaggio selettivo, essa si sarebbe potuta dimostrare solo sulla base degli oneri che, ai sensi del diritto nazionale, sono ordinariamente gravanti sul bilancio dell'impresa. Lo specifico principio di libera concorrenza delineato dalla Commissione con particolare riferimento al contesto dell'Unione europea non dovrebbe, infatti, secondo i citati ricorrenti, essere rilevante ai fini della valutazione circa l'esistenza di un vantaggio, dovendo piuttosto esserlo - oltre alle già menzionate Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento -, i regolamenti e le leggi nazionali dello Stato membro eventualmente coinvolto. Si noti come tale argomentazione difensiva apra margini di dibattito, in quanto, nonostante possa apparire valido che, qualora uno Stato membro preveda rimedi interni al TP, la regola contestata da un provvedimento specifico debba essere confrontata con i suoi principi generali e non con qualsiasi regola, se ciò fosse vero lascerebbe chiaramente agli Stati membri libertà di farsi concorrenza fiscale tramite l'implementazione di regole *ad hoc*. Ad ogni modo, con particolare riferimento al merito del giudizio di selettività condotto, il Tribunale, nella relativa Sentenza del 2019 <sup>192</sup>, ha ritenuto, innanzitutto, che la sola inosservanza

---

<sup>191</sup> V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, N. 2/2020, p. 823.

<sup>192</sup> Tribunale dell'Unione europea, Sez. VII ampliata, 24 settembre 2019, cause riunite T-636/16 e T-760/15.

di requisiti metodologici, non debba giocoforza comportare anche una riduzione dell'onere fiscale gravante sull'impresa. Pertanto, sempre a detta del Tribunale, al fine di condurre un'adeguata dimostrazione dell'attribuzione di un vantaggio - conseguente alla citata riduzione -, la Commissione avrebbe dovuto, piuttosto, tentare di fornire prova del fatto che gli asseriti errori sul metodo di calcolo non abbiano, *de facto*, consentito di ottenere un'approssimazione attendibile di un risultato di libera concorrenza.

Per quanto concerne, in particolare, quella che può forse considerarsi la tesi principale sostenuta dalla Commissione, ossia la necessita di privilegiare il metodo CUP, rispetto al TNMM, ai fini del corretto calcolo dell'entità delle «royalties», il Tribunale ha avuto modo di evidenziare come, dal momento che il valore di quest'ultime è stato definito come valore puramente residuale e che quindi non si era adoperata al riguardo nessuna metodologia di determinazione dei prezzi di trasferimento, la Commissione non avrebbe potuto richiedere che venisse esaminata un'operazione differente rispetto a quella per la quale il «*tax ruling*» era stato originariamente concordato, ossia la remunerazione di SMBV. Si noti, a tal proposito, come la Commissione non abbia nemmeno stimato un «*range*» di riferimento relativamente alla determinazione dell'entità delle citate «royalties», avendo banalmente concluso, sulla base di una serie di elementi, che esse si sarebbero dovute considerare pari a zero: il fatto che SMBV non avrebbe sostanzialmente sfruttato la proprietà intellettuale interessata, non vendendo infatti i suoi prodotti al cliente finale <sup>193</sup>; la circostanza delle perdite, a partire dal 2010, legate all'attività di torrefazione, dalle quali, a detta della Commissione, si sarebbe potuto dedurre che il valore del pagamento corrisposto da SMBV ad *Alki LP* non era, in realtà, collegato al valore della proprietà intellettuale adoperata; nonché, da ultimo, il fatto che, raffrontando altri contratti di torrefazioni, sia

---

<sup>193</sup> che avrebbe, infatti, dovuto essere quello che apprezza effettivamente il marchio.

conclusi dalla stessa Starbucks con terzi, che da altre società «*competitors*», si sarebbe visto che questi non contemplavano alcuna «*royalty*» come canone per l'uso della proprietà intellettuale relativo all'attività di torrefazione.<sup>194</sup> Secondo il Tribunale, tali assunti risulterebbero, tuttavia, inesatti: innanzitutto, si è segnalato come anche la proprietà intellettuale legata all'attività di torrefazione possa, invero, rappresentare un valore economico<sup>195</sup>; in secondo luogo, la circostanza del necessario realizzo di utili sulle attività di torrefazione ai fini della corresponsione di «*royalties*» non troverebbe, secondo il Tribunale, alcun riscontro effettivo all'interno della normativa olandese; infine, con particolare riferimento ai contratti comparabili analizzati dalla Commissione, il Giudice europeo avrebbe evidenziato come quest'ultima non sia riuscita a dimostrare una loro effettiva rilevanza relativamente alla vicenda *de qua*, considerando che si tratterebbe di accordi, per vari motivi<sup>196</sup>, non paragonabili al «*roasting agreement*» sottoscritto con *Alki LP*.

Da ultimo, per quanto attiene alla linea di ragionamento proposta in via sussidiaria dalla Commissione, ossia quella relativa all'erronea qualificazione di SMBV ed al conseguente errore metodologico nell'applicazione del TNMM, merita giusto menzione il fatto che il Tribunale dell'Unione abbia ritenuto che essa dovesse altresì respingersi, sia sulla base del rilievo che la mera constatazione di un'inosservanza di requisiti metodologici in materia di «*transfer pricing*» non può risultare sufficiente ai fini della dimostrazione dell'esistenza di

---

<sup>194</sup> In tal senso, si segnala la sintesi offerta, sul punto da V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, Diritto e Pratica tributaria internazionale, N. 2/2020, pp. 824 ss.

<sup>195</sup> Risulta evidente come essa sia in sostanza necessaria per lo svolgimento dell'attività economica di SMBV. Essa conduce, infatti, l'attività di torrefazione seguendo le linee guida di Starbucks, ricavando pertanto valore dalla proprietà intellettuale relativa alle curve di tostatura, in assenza di cui la rivendita di caffè tostato ai negozi del gruppo non le sarebbe possibile.

<sup>196</sup> Si tratterebbe, infatti, in molti casi, di accordi successivi, se non addirittura sottoscritti con terze parti, le quali non effettuavano nemmeno attività di torrefazione di caffè, oppure, ancora, di contratti relativi a prodotti diversi dal caffè.

un aiuto di Stato ex art.107 TFUE, sia, inoltre - per quanto attiene, in particolare, alla corretta individuazione delle funzioni effettivamente svolte da SMBV - alla luce del fatto che la Commissione abbia ragionato sugli introiti e non sugli utili della società e che, comunque, le attività di vendita di prodotti a base di caffè e di torrefazione svolte dalla stessa non avrebbero importanza trascurabile.

Conclusivamente, se da un lato, analogamente a quanto esposto, anche il Tribunale dell'Unione è sembrato dunque convalidare la legittimità dell'impiego del principio di libera concorrenza nell'ambito del giudizio di selettività di misure fiscali ex art. 107 TFUE <sup>197</sup>, dall'altro, sulla base di una carenza sostanzialmente dimostrativa in merito alle linee di ragionamento condotte dalla Commissione sulla selettività del vantaggio che si sosteneva essere stata concesso a SMBV, e, in particolare, nella analisi di comparabilità svolta - la quale, peraltro, non avrebbe specificato nemmeno quale inferiore livello di *royalty* si sarebbe dovuto considerare adeguato -, il Giudice europeo ha ritenuto, infine, di annullarne la Decisione.

## 2.8 Il caso *Fiat*: Un primo inquadramento generale

Prima di condurre una disamina più dettagliata ed alcune osservazioni critiche riguardo agli aspetti più rilevanti della vicenda in discorso - unitamente ai necessari aggiornamenti in merito agli ultimi sviluppi giurisprudenziali della

---

<sup>197</sup> In particolare, le statuizioni del Tribunale relative alla natura del principio di libera concorrenza lasciano intendere come l'*arm's length principle* debba considerarsi come un principio generale di parità di trattamento in materia fiscale, il quale si considera, tuttavia, distinto da quello statuito ai sensi dell'art. 9 del modello di Convenzione dell'OCSE. Esso deve considerarsi esistente indipendentemente dall'incorporazione nell'ordinamento giuridico nazionale di riferimento ed è, come si è visto, lo strumento giuridico adottato, nell'ambito del giudizio di selettività, per valutare se una metodologia di determinazione dei prezzi di trasferimento conduca, o meno, con approssimazione attendibile, ad un risultato di libero mercato.



stessa - merita introduttivamente spazio una breve esposizione dei fatti contestati, nonché delle principali linee di ragionamento proposte dalla Commissione, dai ricorrenti e dal Tribunale di primo grado.

In tal senso, come del resto ben noto, la misura oggetto della vicenda in esame era stata concessa dall'amministrazione fiscale lussemburghese a favore di *Fiat Chrysler Finance Europe* - all'epoca della vicenda, invero, *Fiat Finance and Trade Ltd*, (FFT) -, società lussemburghese, parte del Gruppo automobilistico *Fiat/Chrysler*, la quale offriva - nel settore automobilistico, principalmente in Europa ed attraverso due sue controllate, una a Londra e l'altra a Madrid - servizi di tesoreria e finanziamento ad altre consociate del Gruppo stesso.

Attraverso il «*tax ruling*» *de qua*, analogamente a quanto avvenuto nelle casistiche esaminate in precedenza, le autorità fiscali lussemburghesi - in sede di accordi preventivi in materia di prezzi di trasferimento infragruppo - si sarebbero, dunque, vincolate ad approvare la metodologia di attribuzione degli utili all'interno del Gruppo, a favore di FFT - per il periodo 2010-2012 -, secondo il metodo del margine netto della transazione (TNMM), nonché, con riferimento al capitale detenuto dalla stessa per lo svolgimento delle sue funzioni e la gestione dei rischi connessi, a consentire a quest'ultima di determinare annualmente la propria base imponibile in Lussemburgo.

Da un punto di vista tecnico, l'utile di FFT era stato definito attraverso alcuni passaggi: il capitale era stato suddiviso e segmentato in funzione delle specifiche attività menzionate, per le quali, a loro volta, era stato definito un diverso tasso di remunerazione, a seconda dell'entità di capitale ad esse attribuito.

Proprio con particolare riferimento a quest'ultima voce, il *ruling de qua* prevedeva, dunque: una remunerazione del rischio sulla base del c.d. «*Capital Asset Pricing Model*» (CAPM)<sup>198</sup> - per un ammontare complessivo pari al 6,05%

---

<sup>198</sup> Si tratta, in economia finanziaria, di un modello di equilibrio dei mercati, proposto per la prima volta, nel 1964, dall'economista statunitense William Sharpe - per il quale vinse,

<sup>199</sup> -; una remunerazione di funzione equivalente a quella dei depositi a breve termine, quindi 0,87% ; nonché, da ultimo, la parte rimanente di capitale, adoperata per l'attuazione di investimenti in *Fiat Finance Canada* (FFC) e *Fiat Finance North America* (FFNA), non avrebbe sostanzialmente dovuto essere remunerata ai fini del calcolo del TP. Nonostante l'autorità fiscale lussemburghese avesse valutato il «*tax ruling*» in discorso come conforme al principio di libera concorrenza, non ravvisando, dunque, alcuna violazione del c.d. «*arm's length principle*», già a partire dal mese di giugno del 2013, la Commissione, sulla base della contraria convinzione che tale misura integrasse, invero, un aiuto di Stato vietato ai sensi dell'art.107 TFUE e, pertanto, incompatibile con la logica ed i principi su cui si fonda il mercato interno dell'Unione, aveva inviato una prima richiesta di informazioni rivolta allo Stato lussemburghese, alla quale, nel corso dell'anno successivo, avrebbe fatto seguito un vero e proprio procedimento di investigazione formale, ai sensi dell'art. 108, par. 2 TFUE, sfociato, infine, nella contestata Decisione, (UE) 2016/2326 del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN).

Nell'ambito di tale Decisione, come noto, la Commissione stabiliva che FCA fosse stata destinataria di un indebito aiuto fiscale, concesso dall'amministrazione fiscale del Lussemburgo, la quale sarebbe stata tenuta a procedere al recupero di tale aiuto. Lussemburgo e FFT, con ricorsi separati, impugnavano, dunque, la Decisione *de qua*, sulla base di una serie di motivi. <sup>200</sup> Vi

---

peraltro, il premio Nobel per l'economia nel 1990 - e poi sviluppato da Lintner e Mossin. In breve, si tratta di un modello che mira a stabilire una relazione tra il rischio ed il rendimento di un titolo, misurata attraverso un unico fattore di rischio, denominato  $\beta$  (beta).

<sup>199</sup> Come richiamato, altresì, dalla citata Dottrina, questo valore si sarebbe ottenuto da un tasso privo di rischio pari al 2.85% - calcolato sulla base delle remunerazioni dei Bond tedeschi -, al quale si è poi sommato un fattore di rischio beta di 0.29 - ricavato sulla base di un insieme di 66 società comparabili -, a sua volta moltiplicato per un premio per il rischio delle azioni del 5%. Da ultimo, si sarebbe diviso il tutto per uno meno l'aliquota d'imposizione lussemburghese, ossia 28.80%. In tal senso, Paragrafo 64 della Decisione (UE) 2016/2326 del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN).

<sup>200</sup> Si segnala che, a supporto dei Ricorrenti, Lussemburgo e FFT, è altresì intervenuta in giudizio

è da segnalare come, a differenza di quanto accaduto nelle casistiche esaminate in precedenza - *in primis Apple e Starbucks* -, l'impostazione accusatoria presentata dalla Commissione è stata, questa volta - perlomeno in prima battuta - confermata dal Tribunale dell'Unione, attraverso la sentenza del 24 settembre 2019<sup>201</sup>, con la quale sono stati infatti respinti i ricorsi volti all'annullamento della Decisione *de qua*. Con particolare riferimento, dunque, all'analisi esposta nella citata Sentenza del Tribunale, un primo *step* ha avuto ad oggetto il rigetto delle motivazioni di ricorso volte a dimostrare una lesione del principio delle competenze di attribuzione ex artt. 4 e 5 TUE. Secondo i ricorrenti, Lussemburgo e FFT, il relativo vizio della Decisione avrebbe avuto origine, infatti, da un'applicazione strumentale dell'art. 107, par. 1 TFUE, da parte della Commissione, volta cioè al raggiungimento di «armonizzazione fiscale dissimulata» in materia di imposte dirette, la quale si sarebbe, tuttavia, posta in contrasto con l'art. 114 TFUE, ove, viceversa, è sancita competenza esclusiva degli Stati membri in materia.<sup>202</sup> In secondo luogo, il Giudice europeo ha altresì ritenuto di confermare l'impostazione accusatoria proposta dalla Commissione, sia in ordine all'individuazione del regime fiscale lussemburghese dell'imposta sulle società quale sistema generale di riferimento, sia in merito alla declinazione del principio di libera concorrenza proposta dalla stessa, come valido «strumento» - indipendentemente da una sua formale integrazione nell'ordinamento nazionale - ai fini della valutazione della corrispondenza a condizioni di mercato dei prezzi delle operazioni infragruppo concordati mediante *tax ruling* con le autorità fiscali degli Stati membri.<sup>203</sup> A

---

l'Irlanda, e a sostegno della Commissione, il Regno Unito.

<sup>201</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*.

<sup>202</sup> In tal senso, si veda l'analisi offerta da S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, n.3/2020, pp. 1292 ss.

<sup>203</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, sub D(2)(a), Paragrafi 126 ss. A supporto di tale interpretazione del Tribunale, è valso, in particolare, il richiamo giurisprudenziale alla Sentenza *Belgio e Forum187 c. Commissione*, Sentenza della Corte del 22 giugno 2006, causa C-182/03 e C-217/03, nel contesto della quale il giudicato,

supporto di tale interpretazione del Tribunale, è valso, in particolare, il richiamo giurisprudenziale alla Sentenza *Belgio e Forum 187 c. Commissione* del 2006, nel contesto della quale il giudicato, confermando l'impianto accusatorio della Commissione, aveva fatto applicazione del principio di libera concorrenza, pur non avendolo menzionato esplicitamente. In terzo luogo, gli ulteriori *steps* dell'analisi contenuta nella Sentenza in esame hanno avuto ad oggetto, sia la conferma da parte del Tribunale - anche a fronte dei motivi di ricorso presentati da Lussemburgo e FFT - della correttezza della linea adottata dalla Commissione in merito all'erronea applicazione del metodo TNMM ai fini della determinazione dell'utile di FFT, sia il rigetto degli argomenti, altresì formulati dai ricorrenti, in base ai quali le conclusioni presentate dalla Commissione, non solo avrebbero integrato una violazione dei principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto<sup>204</sup>, ma non sarebbero nemmeno stati sufficienti a dimostrare l'esistenza di un danno alla concorrenza.<sup>205</sup> Conclusivamente, il Tribunale ha da ultimo ritenuto di rigettare le motivazioni dei ricorrenti volte a contestare la legittimità dell'obbligo, sancito dalla Commissione, di recuperare l'aiuto fiscale concesso, sulla base del fatto che esso sarebbe stato imposto in violazione del principio di certezza del diritto, nell'impossibilità, *de facto*, di individuarne l'esatto ammontare.<sup>206</sup>

Al netto, dunque, di quanto finora sommariamente esposto in merito alle linee di ragionamento condotte nella Sentenza *de qua*, vi è da segnalare come la

---

confermando l'impianto accusatorio della Commissione, aveva fatto applicazione del principio di libera concorrenza, pur non avendolo menzionato esplicitamente. tal senso, si veda anche T. JORIS, W. DE COCK, *Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, pp. 607 ss.

<sup>204</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, sub D(a), Paragrafi 180 ss.

<sup>205</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, sub F, Paragrafi 368 ss.

<sup>206</sup> Circostanza, quest'ultima, che, secondo i ricorrenti, avrebbe leso il diritto di difesa del Lussemburgo. In tal senso Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, sub G(1) e (2), Paragrafi 399 ss.

controversia in discorso abbia avuto i suoi ultimi sviluppi con la Sentenza della Corte di Giustizia dell'8 novembre 2022<sup>207</sup>. Solo attraverso tale ultimo giudicato, la Corte - come si avrà modo di osservare in maggior dettaglio *infra* - avrebbe infatti accolto le impugnazioni dei ricorrenti ed annullato la precedente Sentenza.

## 2.9 Considerazioni critiche in merito alla prima Sentenza del Tribunale sul caso *Fiat*: l'introduzione di un autonomo *standard* di libera concorrenza di derivazione unionale.

Come si è poc'anzi accennato, la portata della Sentenza in discorso, benché, in fase di appello - come si avrà modo di vedere *infra* -, non abbia avuto uno sviluppo favorevole, merita, cionondimeno, alcune righe di approfondimento, soprattutto in merito a due profili, individuati dalla dottrina: l'introduzione di quello che è sembrato essere un nuovo *standard* di libera di concorrenza nel giudizio di selettività ed il rafforzamento della posizione di supremazia che starebbe assumendo la Commissione nell'ambito di tali vicende fiscali.<sup>208</sup> Per quanto attiene, dunque, al primo dei due rilievi, rigettati i motivi dei Ricorrenti fondati sull'erronea individuazione del sistema generale di riferimento, il Tribunale, ritenendo di convalidare le conclusioni *in parte qua* della Commissione, ha, come anticipato, statuito che il requisito in discorso debba individuarsi nel sistema generale dell'imposta sulle società lussemburghese, il cui obiettivo è sottoporre a tassazione gli utili di tutte le società ivi soggette all'imposta.<sup>209</sup> Le prime criticità sollevate dalla dottrina in merito alla relativa

---

<sup>207</sup> Cause riunite C-885/19 P e C-898/19 P

<sup>208</sup> In tal senso, S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, n.3/2020, pp. 1291 ss.

<sup>209</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, Paragrafi 360-361.

analisi condotta dal Tribunale, si innesterebbero, allora, nell'introduzione di un elemento innovativo, rappresentato, in particolare dal principio di libera concorrenza, quale criterio complementare al regime generale del Lussemburgo dell'imposta sulla società, ai fini dell'esame ex art. 107, par. 1 TFUE. Il principio di libera concorrenza appena menzionato - il quale, a detta del Tribunale, dovrebbe trovare applicazione anche se non espressamente integrato nell'ordinamento interno <sup>210</sup> - si configurerebbe come una sorta di corollario, necessario per «[...] livellare il confronto tra società integrate e società *stand-alone*, che si trovano, alla luce dell'obiettivo del sistema di riferimento, in una situazione di fatto e di diritto simile». <sup>211</sup> La necessità di tale *benchmark* supplementare, volto a fornire garanzia che la remunerazione delle operazioni infragruppo avvenga secondo le condizioni di mercato, sarebbe da rinvenire, in particolare, secondo l'analisi condotta anche dalla citata dottrina, nell'inefficienza del solo sistema di riferimento generale - individuato dal regime dell'imposta sulle società - a cogliere i riflessi fiscali che connotano in via differenziale società integrate e *stand-alones*. In altri termini, parrebbe che senza l'integrazione di questo ulteriore *standard* valutativo, non vi sarebbe modo di controllare, tramite lo scrutinio ex art. 107, par. 1 TFUE, che non vengano applicate misure fiscali derogatorie a vantaggio delle imprese integrate, le quali, a differenza di tutte le altre società, potrebbero dunque godere di una determinazione dell'utile imponibile di favore, inferiore a quello di mercato. <sup>212</sup> Tralasciando le incertezze

---

<sup>210</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, Paragrafo 131.

<sup>211</sup> Così, S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, n.3/2020, p. 1297.

<sup>212</sup> Tribunale, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *caso FCA*, Paragrafo 145, nel quale si espone come, dal momento che FFT sarebbe una società integrata e che il sistema fiscale del Lussemburgo è volto a voler assoggettare a imposta l'utile derivante dalla sua attività economica «[...] come se fosse il risultato di operazioni effettuate a prezzi di mercato», si renderebbe necessario porre a confronto l'utile imponibile di FFT derivante dall'APA contestato, con la situazione, derivante dall'applicazione dell'ordinaria normativa fiscale lussemburghese, di una società versante in un contesto di fatto analogo, la quale eserciti le

espresse dalla dottrina in merito ai fondamenti teorici di tale citata introduzione, la Sentenza in discorso parrebbe aver indicato almeno due giustificazioni - invero, altresì oggetto di critiche <sup>213</sup> - a fondamento dell'adozione del principio di libera concorrenza nell'ambito del sindacato ex art. 107 TFUE: il principio di parità di trattamento e la citata pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Belgio e Forum 187 c. Commissione* del 2006. <sup>214</sup> Se con particolare riferimento al primo, nonostante la centralità dello stesso in ottica UE, sembrerebbe che il Tribunale non abbia voluto esprimere ulteriori puntualizzazioni, con riguardo alla citata giurisprudenza si è richiamata, invece, l'argomentazione ivi contenuta, secondo la quale, per valutare la selettività di una determinata misura d'aiuto - di natura fiscale - nei confronti di società integrate «[...] a fronte di un sistema di applicazione generale, basato sulla differenza tra ricavi e costi, sarebbe necessario fare applicazione del citato criterio di libera concorrenza». <sup>215</sup> Con particolare riferimento, dunque, alle principali critiche sollevate in merito all'introduzione ed alla declinazione applicativa di un principio di libera concorrenza di derivazione sostanzialmente unionale, si è fatto notare come l'identificazione di un simile principio quale «criterio esterno», rispetto all'ordinamento nazionale vigente, parrebbe avere potenzialmente esiti sovversivi nei confronti della competenza esclusiva degli Stati membri in materia di imposte dirette, dal momento che sarebbe foriero di configurare un «regime fiscale astratto o ipotetico» <sup>216</sup>, alieno rispetto alla normativa interna. Al netto dei criticismi suscitati, condurre una

---

proprie attività in condizioni di libera concorrenza. In particolare, secondo il Tribunale, occorrerebbe altresì valutare se il livello di prezzo per le operazioni infragruppo accettato tramite il contestato APA corrisponda a quello che sarebbe stato applicato a condizioni di mercato.

<sup>213</sup> J. MONSENEGO, *Some observations on Starbucks, Fiat, and their potential impact on future amendments to the arm's length principle*, in *International Tax Blog*, 28 settembre 2019.

<sup>214</sup> Paragrafi 142 e 150 della Sentenza in discorso.

<sup>215</sup> S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2020, p. 1300.

<sup>216</sup> Paragrafo 330 della Sentenza in discorso.

completa valutazione critica in merito alla reale portata dell'introduzione del principio di libera concorrenza all'interno del giudicato ex art. 107 TFUE, non appare, tuttavia, agevole. Come si è del resto fatto notare, in mancanza di un tale criterio - il quale informa, infatti, della sua ambivalente natura anche le norme in materia di prezzi di trasferimento <sup>217</sup> - sarebbe molto difficile, se non addirittura impossibile, per la Commissione condurre un efficace scrutinio in merito alla selettività delle misure nazionali in discorso, le quali trovano infatti applicazione nei confronti delle MNEs ove le regole di determinazione del reddito, a differenza delle *stand-alones*, esclusivamente soggette alla normativa fiscale interna dello Stato membro di residenza, vengono *de facto* influenzate da meccanismi esterni di allocazione del reddito nei vari Stati.

Benché tale oggettiva ricostruzione in merito alle giustificazioni teoriche dell'artificiosa introduzione del principio di libera concorrenza contenga indubbiamente dei punti di vista validi, si è ritenuto di obiettare che una siffatta limitazione degli spazi di manovra degli Stati membri debba considerarsi, tuttavia, illegittima in tutte le circostanze in cui essi contemplino già, a livello interno, un apposito regime di coordinazione del meccanismo di allocazione del reddito a livello internazionale, con le regole di determinazione dell'utile fiscale. In quest'ultimo caso, infatti, l'introduzione di uno *standard* ulteriore, alieno rispetto a quello interno, costituirebbe una «strisciante forma di armonizzazione positiva in contrasto con il principio delle competenze di attribuzione» <sup>218</sup> A ben vedere e

---

<sup>217</sup> In tal senso, «si veda come esse partecipino, ad un tempo, del meccanismo nazionale di imposizione sul reddito delle società», ma rappresentano altresì una disciplina a tutela della corretta applicazione dei criteri di allocazione della potestà impositiva tra gli Stati». Così, S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, n.3/2020, p. 1302, il quale richiama, a tal proposito, E. TRAVERSA, *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, 2012, pp.79-80 e p. 88, ove si osserva come «[...] transfer pricing rules do not allocate taxing rights to countries in the first place, they protect the application of these taxing rights in the context of intra-group business transactions».

<sup>218</sup> S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività*



conclusivamente, è stato fatto notare come un *benchmark* ulteriore, esterno al quadro di riferimento generale individuato, parrebbe, inoltre, essere necessario anche per contrastare quelle misure fiscali la cui selettività consista proprio nella devianza rispetto agli obiettivi sottesi al quadro di riferimento stesso. In tal senso, si pensi, in particolare alle argomentazioni condotte dalla Corte di Giustizia nel già citato caso *Gibilterra*<sup>219</sup>, laddove, benché avente ad oggetto una misura fiscale a carattere generale, analogamente alla fattispecie in discorso, la mera applicazione del sistema generale di riferimento ivi introdotto non aveva permesso di coglierne gli aspetti di selettività a netto vantaggio delle società offshore, nonostante, alla luce dell'obiettivo perseguito dal citato sistema di riferimento, entrambe le tipologie di società sembrassero versare in una situazione di fatto e di diritto analoga.<sup>220</sup> Se ben si ricorda, in quel caso, la Corte di Giustizia aveva, infatti, altresì integrato, attraverso una sua «interpretazione adeguatrice», il giudizio di selettività ordinario, attribuendo al quadro di riferimento individuato il «reale» ed «autonomo» obiettivo di voler sottoporre a tassazione tutte le società stabilite a Gibilterra. A conti fatti, solo così facendo è stato possibile per la Corte avanzare un efficace sindacato ex art. 107 TFUE e sottoporre le citate società offshore all'ordinaria applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, in contrasto al regime di sostanziale esenzione fiscale di cui avrebbero altrimenti goduto.

---

*con il principio di libera concorrenza*, Diritto e Pratica Tributaria Internazionale, n.3/2020, p. 1303.

<sup>219</sup> Sentenza della Corte giustizia, Grande Sezione, 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P.

<sup>220</sup> In tal senso, T. LANG, *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A 'Methodological Revolution'?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 805 ss.; P. ROSSI-MACCANICO, *Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2012, 443 ss.

## 2.10 Sempre sul caso *Fiat*: gli ultimi sviluppi della vicenda

Al netto di quanto poc'anzi esposto, come anticipato, in tempi recenti, la controversia de quo è giunta ai suoi ultimi sviluppi, attraverso la Sentenza della Corte di Giustizia dell'8 novembre 2022.

In tal sede, la Corte, accogliendo le impugnazioni dei ricorrenti ed annullando la precedente Sentenza del Tribunale, ha infatti avuto modo di esprimersi favorevolmente in merito all'esercizio, da parte degli Stati membri, delle loro competenze nei settori laddove permanga una carenza di armonizzazione da parte dell'Unione, sempre a patto, però, che ciò avvenga nel rispetto dei principi e delle regole comunitarie.

Nella Sentenza *de qua*, la Corte, richiamando una sua consolidata giurisprudenza sul punto <sup>221</sup>, si è, innanzitutto, espressa circa la necessità di una corretta applicazione metodologica al fine della valutazione delle misure in esame. In tal senso ha dunque proseguito, anch'essa, operando il consueto richiamo all'analisi a tre fasi <sup>222</sup>. In particolare, il primo *step* della stessa ha ricoperto, all'interno della Sentenza, un ruolo cardine, considerando come l'argomentazione della Commissione, convalidata in prima istanza dal Tribunale, sia apparsa, secondo la Corte, viziata da un errore di diritto in merito all'individuazione del sistema di riferimento, non avendo correttamente tenuto conto della normativa nazionale applicabile al caso concreto <sup>223</sup>. A detta della

---

<sup>221</sup> Sentenze della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-51/19 P e C-64/19 P, *World 4 Duty Free Group e Spagna c. Commissione*, del 16 marzo 2021, causa C562/19 P, *Commissione c. Polonia*, del 15 novembre 2011, cause riunite C106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*.

<sup>222</sup> Così come delineato dalla Sentenza della Corte giustizia, Grande sezione, 21 dicembre 2016, cause riunite C20/15 P e C-21/15 P, caso *World Duty Free*.

<sup>223</sup> In tal senso, il riferimento è all'Art. 164, par. 3 del Codice delle imposte lussemburghese.

Corte di Giustizia, tale errore vizierebbe, dunque, l'analisi *tout court* in merito all'esistenza di un vantaggio selettivo, comportando necessariamente l'annullamento della Sentenza del Tribunale. Più precisamente, non si tratterebbe, peraltro, di un vizio solamente logico, in quanto, nel momento in cui il Tribunale di primo grado aveva ritenuto di applicare un principio esterno all'ordinamento nazionale dello Stato membro <sup>224</sup>, a discapito della specifica normativa interna di quest'ultimo, lo stesso si sarebbe posto in contrasto con la citata quanto consolidata giurisprudenza sul punto in merito alla declinazione applicativa dell'art.107, par.1 TFUE, ai sensi della quale la valutazione e l'analisi dovrebbe essere infatti condotta sulla base della normativa nazionale vigente. In altre parole, in assenza di una compiuta armonizzazione da parte dell'Unione, rientrerebbe in capo agli Stati membri la competenza discrezionale in merito all'integrazione, nel proprio ordinamento, di «criteri» per la declinazione del principio di libera concorrenza. Ne consegue che, considerando come l'adozione di parametri alieni al sistema tributario nazionale - al fine dell'analisi della selettività del vantaggio - non sarebbe, pertanto, consentita, il fatto che il Tribunale di primo grado abbia, cionondimeno, avallato le relative argomentazioni della Commissione violerebbe, secondo la Corte, gli artt. 114, par. 2 e 115 del Trattato in merito all'adozione, da parte dell'Unione europea, delle necessarie misure di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri in materia di imposte dirette, limitando, altresì il principio di autonomia statale. <sup>225</sup> Con particolare riferimento, infine, alla richiamata Sentenza *Belgio e Forum 187 c. Commissione*, la Corte di Giustizia ha espresso notevoli perplessità in merito

---

<sup>224</sup> Alla luce della presunta giustificazione di principio, secondo la quale entrambi sarebbero comunque orientati al perseguimento dello stesso obiettivo, mirando, infatti, a garantire un'approssimazione affidabile del prezzo di mercato nell'ambito di operazioni infragruppo

<sup>225</sup> Si noti, peraltro, come una tale argomentazione sia legata al principio generale dell'Unione europea della legalità dell'imposta, secondo il quale l'obbligatorietà di versare l'imposta dovuta deve essere predeterminata *ex lege*, al fine di garantire al soggetto passivo di prevederla e calcolarla *ex ante*. G. PEROTTO, *La sentenza della Corte di giustizia nel caso Fiat: il divieto di aiuti di Stato e il limite dell'autonomia fiscale nazionale*, BlogDUE, 17 gennaio 2023.

all'analogia della vicenda, dichiarando come, in quel caso, il principio di libera concorrenza facesse parte, invero, del sistema tributario nazionale. A detta della Corte non sarebbe stata dunque corretta l'interpretazione del Tribunale, secondo il quale la citata pronuncia lascerebbe intendere la volontà di un'introduzione di un principio autonomo di libera concorrenza applicabile *tout court* - nell'ambito delle valutazioni delle misure di natura fiscale in esame -, anche indipendentemente da una sua formale integrazione nell'ordinamento statale.

Attraverso questa Sentenza, la Corte di Giustizia dell'Unione ha dunque statuito in maniera definitiva sulla vicenda *de qua*, non limitandosi al solo annullamento della Sentenza del Tribunale, ma pronunciandosi, altresì, anche in merito all'annullamento della Decisione controversa <sup>226</sup>. Si è conclusivamente commentato come questa Sentenza, oltre ad aver avuto una notevole rilevanza relativamente all'interpretazione delle casistiche attinenti alla disciplina degli aiuti di Stato, tentando di porre un freno alla discrezionalità della Commissione nell'ambito applicativo dell'art 107, par. 1 TFUE, sia stata foriera - come si avrà, del resto, modo di esaminare più approfonditamente nei paragrafi seguenti - di non trascurabili contributi anche con riguardo al principio di autonomia statale in materia fiscale <sup>227</sup>. Proprio in tal senso, risulta interessante notare come le linee di ragionamento contenute nella pronuncia *de qua*, finalizzate ad escludere il richiamo del principio di libera concorrenza nell'analisi della liceità di una misura ex art. 107, par.1 TFUE - qualora, ovviamente, non già incorporato dallo Stato nell'ordinamento interno -, si siano focalizzate soprattutto, attraverso il citato richiamo agli artt. 114 e 115 TFUE, sul rispetto del principio di autonomia statale: risulta evidente, in sintesi, come la Corte di Giustizia dell'Unione abbia voluto

---

<sup>226</sup> Si noti come ciò sia giuridicamente consentito ai sensi dell'art. 61, par. 1 dello Statuto della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in quanto i motivi dei ricorsi al Tribunale relativi all'annullamento della Decisione controversa della Commissione sono stati oggetto di contraddittorio innanzi alla Corte di primo grado ed il loro esame non necessitava di ulteriori misure di organizzazione del procedimento.

<sup>227</sup> L. AZOULAI, *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.

chiarire come non dovrebbe essere consentito avallare una limitazione della discrezionalità statale in materia fiscale sulla base di un intento di armonizzazione declinato con modalità elusive rispetto alla relativa normativa in materia contenuta nei Trattati.<sup>228</sup>

2.11 Alcune riflessioni conclusive in merito alle criticità ed ai riflessi «geo-politici» della c.d. «dottrina Vestager»: quale «*arm's length principle*»?

Le casistiche giurisprudenziali fin qui esaminate offrono l'occasione di condurre alcune riflessioni conclusive, con particolare riferimento alla declinazione applicativa, da parte della Commissione, sia di alcuni concetti giuridici, che di determinati principi cardine all'interno dell'Unione.<sup>229</sup> In tal senso, una delle principali critiche di stampo giuridico emerse in merito all'operato dell'Esecutivo europeo e, in particolare, alla c.d. «dottrina Vestager» ha riguardato la significativa divergenza nella declinazione dell'«*arm's length principle*» (ALP), rispetto a quanto sancito, in merito allo stesso, a livello OCSE. Proprio quest'ultimo principio è stato infatti oggetto di un largo impiego da parte della Commissione, alla quale se ne è tuttavia rimproverata una declinazione «*in chiave squisitamente europea*»<sup>230</sup>, connotata da più di una divergenza rispetto ai

---

<sup>228</sup> C. PETERS, *Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality*, in EC Tax Review, 2019, p. 6 ss.

<sup>229</sup> Si coglie l'occasione per segnalare le osservazioni alle Sentenze *Fiat* e *Starbucks* offerte dalla *CFE Tax Advisers Europe*, nell'ambito dell'*Opinion Statement* ECJ-TF 1/2020 on the General Court decisions of 24 September 2019, in Cases C-760/15 & T-636/16, *The Netherlands v. Commission (Starbucks)*, and Cases T-755/15 and T-759/15, *Luxembourg v. Commission (Fiat Finance and Trade)*, on *State Aid granted by transfer pricing rulings*, 28 January 2020.

<sup>230</sup> F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 722.

caratteri che presenta lo stesso a livello internazionale.<sup>231</sup> Come efficacemente ricordato dalla Dottrina<sup>232</sup>, se nel contesto OCSE l'«*arm's length principle*» risulta connotato da una dimensione marcatamente *interstatale*, finalizzato cioè all'individuazione dello Stato in capo al quale riconoscere il *diritto di tassare*<sup>233</sup> - si è parlato, in tal senso, di ALP come criterio di ripartizione del potere impositivo tra i vari ordinamenti -, la «dottrina Vestager», al contrario, sembra aver funzionalizzato la declinazione del medesimo unicamente all'ambito della disciplina sugli aiuti di Stato. Se da un lato, dunque, a livello internazionale, potrebbe dirsi che i singoli Stati rimangano liberi sia di accogliere il principio *de qua* attraverso sue differenti declinazioni nel contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni da loro sottoscritte - c.dd. «*double taxation conventions*» (DTCs) -, sia, eventualmente, disattendendolo ai sensi dell'art. 25 del Modello OCSE, nell'ambito di una «procedura amichevole», - c.d. «*mutual agreement procedure*» (MAP) tra Stati<sup>234</sup>; dall'altro lato, invece, a livello comunitario, l'ALP è stato impiegato dalla Commissione non tanto per ripartire il potere impositivo tra Stati, quanto piuttosto per eliminare, a livello domestico - o, come si è detto, a livello *intrastatale* - discriminazioni fiscali - siano esse di fatto o di diritto - esistenti tra società multinazionali e le c.dd. «*stand-alone companies*», foriere di arrecare nocimento alla concorrenza all'interno

---

<sup>231</sup> L. GORMSEN, *Has the Commission Taken Too Big a Bite of The Apple?*, cit., pp. 3-5

<sup>232</sup> F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 722 ss.

<sup>233</sup> Al fine, dunque, di evitare ipotesi di doppia imposizione e doppia non imposizione internazionale.

<sup>234</sup> Trattasi di una procedura avviata dagli Stati contraenti, parti di una DTC, volta a ricercare una soluzione in merito alla corretta definizione delle pratiche di «*transfer pricing*», in conformità con l'«*arm's length principle*». Nel contesto di tale procedura, nonostante la decisione venga assunta in via riservata dagli Stati, senza la partecipazione della multinazionale coinvolta, essa è comunque vincolante sia per i giudici nazionali che per detta multinazionale, essendo sostanzialmente classificabile come un accordo internazionale semplificato. Da ciò deriva che il merito della controversia, ossia la corretta quantificazione del prezzo di trasferimento, è rimesso unicamente ai singoli Stati. In tal senso, CHRISTIANS, *How Nations Share*, Indiana Law Journal, 2012, 87, p. 1407 ss.

dell'Unione.<sup>235</sup> Al fine di comprendere dove si celino, più concretamente, i profili di criticità pratica di quanto finora brevemente esposto, risulta doveroso fornire, tuttavia, alcune premesse. In primo luogo, se da un lato è intuibile che la citata eterogeneità dei fini dell'«*arm's length principle*»<sup>236</sup>, a livello OCSE ed a livello europeo, possa influenzare non solo le modalità di declinazione dello stesso, ma, giocoforza, anche la scelta del metodo di stima del TP più coerente all'ALP, dall'altro lato, si tenga comunque presente che la stessa Commissione, sia nell'ambito delle sue Decisioni in materia di *tax rulings*, che all'interno della sua Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato del 2016, ha riconosciuto un ruolo chiave alle Linee Guida OCSE, giungendo perfino ad assicurare che il rispetto delle stesse, pur non trattandosi di una normativa vincolante, integri, cionondimeno, una presunzione di corretta declinazione dell'«*arm's length principle*», anche ex art. 107 TFUE. In secondo luogo, sempre con particolare riferimento all'applicazione dell'ALP nell'ambito della disciplina europea in materia di aiuti di Stato, si è altresì sostenuto che il presupposto stesso del citato principio, così come l'utilità d'impiego del medesimo, non derivi tanto dalla normativa ex art. 107, par. 1 TFUE, quanto, più probabilmente, dal sistema nazionale generale di riferimento, c.d. «*normal tax system*»<sup>237</sup>. In altre parole,

<sup>235</sup> Alla luce di quanto brevemente esposto, potrebbe allora tratteggiarsi un'interessante dicotomia tra la citata dimensione *interstatale* del principio, sul piano internazionale - peraltro, come visto, eventualmente disponibile - ed il carattere marcatamente *intrastatale* ed apparentemente indisponibile dello stesso, a livello comunitario. In tal senso, F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 722 ss.

<sup>236</sup> E, invero, non solo dei fini, ma anche di prospettiva, avuto riguardo come, a differenza del contesto OCSE, nell'ambito della disciplina europea sugli aiuti di Stato il relativo parametro o benchmark di riferimento risulterebbe essere il regime fiscale nazionale applicabile alle «*stand-alone companies*».

<sup>237</sup> A tal proposito, si segnala che, relativamente al c.d. «*Three-step Analysis*» per la valutazione della selettività di una misura di natura fiscale, il sistema di riferimento potrà definirsi o come «*normal tax system*» a livello UE, la quale sarebbe l'ipotesi più preferibile, ma che rimane percorribile solamente con riferimento ad alcuni tributi armonizzati, ovvero in presenza di *benchmark* condivisi, come in sede OCSE; oppure come «*normal tax system*» a livello nazionale, ipotesi adottata, nell'ambito della tassazione diretta, da parte della Corte di Giustizia dell'Unione. In tal senso, Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08 e

secondo parte della dottrina <sup>238</sup>, la stessa necessità di assicurare che le società appartenenti a imprese multinazionali non godano di un trattamento fiscale più favorevole rispetto ad imprese indipendenti «comparabili» e, dunque - con particolare riferimento ai «*tax rulings*» -, la conseguente esigenza di condurre una valutazione comparativa, attraverso l'impiego dell'ALP, delle transazioni tra parti correlate come se avvenissero tra parti indipendenti, sarebbe rinvenibile, più che nella disciplina del Trattato a livello europeo, all'interno della normativa nazionale di riferimento. Alla luce di entrambe le premesse esposte, sembrerebbe allora che la dimensione reale del rischio di un conflitto legato al metodo di stima delle operazioni di «*transfer pricing*», in funzione della disciplina OCSE ed europea, sia tutto sommato ridotto. Ma se ciò fosse vero, richiamando quanto anticipato in apertura di paragrafo, sarebbe legittimo domandarsi quali siano, allora, i reali profili di criticità derivanti dalla divergente declinazione del principio *de quo*.

In tal senso, la citata necessità <sup>239</sup> - per non incorrere in una violazione della normativa del Trattato in materia di aiuti di Stato - di condurre stime nelle transazioni infragruppo rispettose dell'ALP sembrerebbe apparire di particolare interesse critico soprattutto per i suoi sottesi «riflessi geo-politici». In particolare, la pressoché totale ed indiscriminata riduzione dei margini di «negoiazione» per

---

C-80/08, *Paint Graphos*, punto 50; 18 luglio 2013, causa C-6/12, *P Oy*, punti 19 ss.; 9 ottobre 2014, causa C-522/13, *Navantia*, punti 35, 40.

<sup>238</sup> In tal senso si segnala F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 722 ss., il quale ha una visione che però è diversa rispetto, ad esempio, a LOVDHAL GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing*, pp. 379 ss., che sembra rinvenire invece il fondamento dell'utilizzo dell'ALP esclusivamente ex art. 107, par. 1 TFUE.

<sup>239</sup> Si coglie l'occasione per ricordare che, seppur agli Stati membri sia consentito poter limitatamente disporre in merito alla distribuzione del loro potere impositivo convenzionalmente - in tal senso si veda Corte di Giustizia UE, 12 maggio 1998, causa C-336/98, *Gilly*, punti 30-32. -, è tuttavia principio consolidato che essi non possano invocare obblighi convenzionali per sottrarsi a quelli derivanti dal diritto dell'Unione - in tal senso, si veda Corte di Giustizia UE, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit*, punto 53; 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*, punto 55 -.



gli Stati membri in materia di «*transfer pricing*» rischierebbe di avere significative ripercussioni laddove tali margini potrebbero risultare effettivamente utili, ossia, ad esempio, nel caso dell'utilizzo della definizione del TP come strumento di politica internazionale<sup>240</sup>, anche per la risoluzione «amichevole» di controversie tra contraenti.<sup>241</sup> In secondo luogo, con particolare riferimento ai processi decisionali che si accompagnano alla concessione dei *tax rulings*, appare certamente innegabile che, sia per il loro carattere di segretezza, quanto per la complessità nella scelta delle metodologie di calcolo del TP<sup>242</sup> - la quale è infatti spesso oggetto di critiche in fase di contenzioso - essi possano coinvolgere valutazioni non solo di natura tecnica, sibbene politica, economica e occupazionale<sup>243</sup>. Proprio in merito a quest'ultimo aspetto, si è peraltro già avuto modo - nel corso dei primi paragrafi di questo secondo Capitolo - di fare menzione del *trade off* tra livello ordinario di tassazione e «strumenti del mercato»<sup>244</sup>, ed è infatti chiaro come la percezione del vantaggio che le MNEs

---

<sup>240</sup> Il fatto che la Commissione, indirizzando la definizione del TP da parte delle autorità nazionali, possa avere negato agli stessi l'impiego di un tale principio come strumento di politica internazionale, sembra aver destato, oltretutto, l'interesse del governo USA, il quale avrebbe paventato il pericolo che gli stessi Stati membri dell'Unione, a causa della c.d. «dottrina Vestager», potrebbero mancare di adempiere alle convenzioni stipulate con loro.

<sup>241</sup> Questo è il pensiero, *ex multis*, anche di F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 722 ss. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di risoluzioni di problematiche di asimmetria di potere negoziale, ovvero di altre tipologie di interessi geo-politici contingenti, i quali potrebbero essere risolti tramite «concessioni tributarie» tra Stati membri, che implicino «alterazioni» di quello che dovrebbe essere considerato il «giusto TP». In tal senso, CHRISTIANS, *How Nations Share*, cit., p. 1427 ss. segnala come nell'ordinamento USA gli accordi stipulati tra AF statunitense e singolo contribuente - anche in ambito di prezzi di trasferimento - non siano sottoposti a tutti gli obblighi di trasparenza ordinariamente contemplati nel «*Freedom of Information Act*», cioè, sembrerebbe, proprio in virtù della loro duplice natura, sia, cioè, di atti amministrativi che di accordi diplomatici.

<sup>242</sup> In tal senso si veda S. PICCIOTTO, *Indeterminacy, Complexity, Technocracy and the Reform of International Corporate Taxation*, *Social & Legal Studies*, n. 2, 2015, 24, p. 180.

<sup>243</sup> Proprio in merito a quest'ultimo aspetto, è infatti evidente che il fatto che lo Stato membro acconsenta ad un'agevolazione relativamente all'imponibile - che viene, si potrebbe dire «dirottato» -, sia sovente subordinata ad una contropartita anche di tipo occupazionale. Si veda in tal senso *Decisione Commissione* (2014) 3606 final, *Apple*, spec. par. 2.3.

<sup>244</sup> P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019, p. 5.

sono in grado di apportare all'economia del territorio - unitamente alla loro mobilità, in termini di eventuale «migrazione» verso altri Stati membri - sia il vero motore che spinga, nell'ambito della valutazione del TP, a «negoziare»<sup>245</sup> con esse dei c.d. «*sweetheart deals*»<sup>246</sup>. La criticità sottesa a tali aspetti è allora relativa, in particolare, al fatto che la Commissione, attraverso il suo approccio «stringente» ai criteri di stima in materia di «*transfer pricing*», finisca, di fatto, con impedire l'uso di uno strumento - se pur indiretto - di politica economica che gli Stati membri sembrerebbero avere tutto l'interesse ad adoperare<sup>247</sup>. Per chiudere il cerchio in merito all'analisi dei «riflessi geo-politici» dell'ALP, l'insieme delle circostanze finora descritte<sup>248</sup>, unitamente a ciò che ormai rappresenta - dal punto di vista soprattutto economico - l'Unione europea, a livello globale, sembrerebbe attribuire alla Commissione - invero anche alla Corte di Giustizia - un'influenza tutt'altro che trascurabile nell'evoluzione del principio in discorso, sia nei rapporti tra Stati membri, quanto, potenzialmente, anche tra questi e altri paesi dell'OCSE. Parte della dottrina ha dunque paventato il pericolo

---

<sup>245</sup> Il riferimento ad una dinamica di «negoziazione» non è casuale. Si veda in tal senso, anche con particolare riferimento all'idoneità di tali accordi a traslare la *governance* fiscale internazionale dal livello sovranazionale ad un'ottica statale, BREM-TUCHA, *Globalization, Multinationals, and Tax Base Allocation: Advance Pricing Agreements as Shifts in International Taxation?*, in READ-GREGORIOU (Eds.), *International Taxation Handbook. Policy, Practice, Standards, and Regulation*, Oxford, 2007, p. 111 s. Così come richiamato, in nota, anche da F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 727

<sup>246</sup> Il riferimento è a S. PICCIOTTO, *Indeterminacy, Complexity, Technocracy*, cit., pp. 169-170, il quale intende identificare in tal senso quei trattamenti fiscali individuali di particolare favore che abbiano come contropartita la permanenza della MNEs nel territorio dello Stato.

<sup>247</sup> Non si spiegherebbe, altrimenti, come sia possibile, ad esempio, che l'Irlanda - come si è avuto modo di analizzare - abbia rinunciato al recupero di una quota di gettito di circa 13 miliardi di euro ed abbia fatto perfino ricorso dinnanzi ai Giudici europei contro la Decisione dell'Esecutivo.

<sup>248</sup> Non solo il fatto che l'ALP è adoperato nell'ambito della disciplina europea sugli aiuti di Stato, ma anche che esso debba essere declinato secondo un approccio metodologico ben preciso, il quale avrebbe assunto dei caratteri di vincolatività - in seguito al suo avallo da parte sia della Commissione che della Corte di Giustizia - con particolare riferimento ai quali si è peraltro parlato di «*hardening*» dell'ALP in UE. In tal senso, H. GRIBNAU, *Soft law and taxation: EU and international aspects*, in *Legisprudence*, n. 2, 2008, 2, p. 67 ss.

che la Commissione possa giungere a ricoprire un ruolo talmente egemone in tal senso da arrivare perfino a manipolare intenzionalmente gli standard di giudizio dei *rulings* «[...] non tanto per meglio attuare i fini del diritto dell'Unione, quanto per acquisire un maggior potere negoziale nelle relazioni economiche e commerciali con i paesi terzi»<sup>249</sup>. Da ultimo, sempre in merito ai profili di criticità espressi attraverso una certa declinazione dell'ALP, si era visto come si fosse altresì prospettata la possibilità di impiegare il citato criterio giuridico come *benchmark* di riferimento nel giudizio di selettività della misura fiscale in esame, solo a patto che quest'ultimo risulti, tuttavia, *ex ante* incorporato nella legislazione fiscale domestica.<sup>250</sup> A proposito di ciò<sup>251</sup>, parte della dottrina ha rilevato come non parrebbe invero nemmeno necessaria una vera e propria previsione legislativa in tal senso, essendo forse sufficiente che il sistema tributario nazionale non attui alcuna distinzione tra imprese singole ed imprese appartenenti ad un gruppo. Ad ogni modo, anche non volendo dar seguito ad una tale interpretazione dottrinale<sup>252</sup>, la maggiore criticità che risulta emergere in merito alla fattispecie appena descritta sarebbe legata al rischio dell'insorgere di conflitti nelle relazioni politiche intercorrenti tra Unione e singolo Stato membro, tenuto conto di come l'azione della Commissione apparirebbe volta a contestare non tanto la misura fiscale in sé, quanto piuttosto il sistema tributario nazionale *tout court*.

---

<sup>249</sup> F.PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 728.

<sup>250</sup> Se così non fosse, sembrerebbe che la Commissione finirebbe col fondare il suo giudizio di selettività sulla base di un parametro - il c.d. «*European arm's length*» - da essa sviluppato autonomamente, anziché sul reale sistema tributario dello Stato membro. Si noti, peraltro, come, in merito al caso *Apple*, l'Irlanda risulti essere l'unico Stato membro, tra quelli coinvolti nelle indagini dell'Esecutivo in materia di *tax rulings*, a non aver incorporato esplicitamente nel proprio ordinamento l'ALP.

<sup>251</sup> Affinché dunque l'utilizzo dell'ALP come *benchmark* del giudizio di selettività della misura sia coerente con l'ordinamento tributario domestico.

<sup>252</sup> In tal senso si è espresso, *ex multis*, anche F.PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 729.

## 2.12 Quale sovranità fiscale per gli Stati membri?

Un'altra criticità emersa in merito all'impiego della c.d. «dottrina Vestager» appare legata a quella che è stata definita come una sorta di «erosione della sovranità fiscale statale»<sup>253</sup>. Come ben noto, già a partire dalla citata sentenza «*Paint Graphos*» (C-78/08), si era tentato di fare chiarezza in merito a quali misure costituissero aiuto di Stato. Alla luce di tale sentenza, la Corte di Giustizia aveva avuto modo di affermare, in via preliminare, come il concetto di aiuto sia, invero, più ampio di quello di sovvenzione. In tal senso, la concessione di un'esenzione fiscale che, pur non implicando un trasferimento di risorse statali, collochi, cionondimeno, i beneficiari della stessa in una posizione più favorevole rispetto a quella degli altri contribuenti, integra un aiuto di Stato. Posta la sussistenza degli altri requisiti - con riferimento ai quali si è già ampiamente discusso -, affinché una misura risulti selettiva, il regime tributario ordinariamente applicabile nello Stato membro deve risultare, in particolare, «derogato» dalla misura fiscale *de qua*, attraverso l'introduzione di differenziazioni tra operatori economici che si trovino in una situazione di fatto e di diritto analoga. Al netto di tale premessa, la stessa dottrina ha avuto modo di constatare come, nelle sue ultime Decisioni, la Commissione Europea, in sede di argomentazione logico-giuridica, abbia fatto prevalere sulla normativa fiscale dello Stato membro coinvolto una serie di principi, sia di livello europeo, come quello di libera concorrenza, sia - seppur «declinati in chiave europea», attraverso il raccordo giuridico offerto dall'art. 107 TFUE e le successive interpretazioni

---

<sup>253</sup> L. ALLEVI, *Il sistema di riferimento normativo-fiscale e deviazioni dallo stesso negli aiuti di Stato: il caso Amazon*, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2019, p. 549.

della Commissione <sup>254</sup> - di derivazione OCSE, come la determinazione ad «*arms's lenght*» del TP. In tal senso, la sola coerenza delle misure fiscali *de qua* rispetto ai principi, alla natura ed alla struttura generale del sistema tributario interno, parrebbe non più sufficiente a dimostrare che non si tratti di un Aiuto di Stato, dovendosi preferire, invece - anche e soprattutto con riferimento agli atti amministrativi delle Amministrazioni finanziarie-, la conformità delle stesse al citato principio di libera concorrenza, per scongiurare il rischio di integrare la citata concorrenza fiscale dannosa tra Stati.

Sempre a tal proposito, si è altresì osservato, in particolare, come una simile «dottrina» non sia esente dal riflettersi sui limiti all'impiego della discrezionalità amministrativa, la quale troverebbe, appunto, limitazioni sia con riferimento alle prassi amministrativo-tributarie, perché queste dovrebbero applicare le già citate Linee Guida OCSE in materia di «*transfer pricing*» <sup>255</sup>, sia nell'ambito dell'interpretazione normativa, la quale dovrà rispettare l'«*arm's length principle*», così come declinato dalla Commissione. <sup>256</sup> Le pubblicazioni dottrinali italiane ed estere <sup>257</sup> non hanno invero mancato di esprimere numerose perplessità in merito ad una simile impostazione, la quale sembrerebbe foriera di problematiche di ingerenza nei confronti dell'autonomia fiscale - con riferimento alla tassazione diretta - degli Stati membri, e di una conseguente riduzione della loro sovranità in tale ambito. Se da un lato è infatti vero che i Paesi dell'Unione hanno acconsentito, con riferimento ad alcune materie, ad una riduzione - o per

---

<sup>254</sup> F.PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 722.

<sup>255</sup> Tale Principio è altresì ribadito dalla *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, par. 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (2016/ C 262/01), par. 173 (però ciò vale nei limiti in cui siano incorporate nel sistema normativo interno).

<sup>256</sup> Par. 173 della Comunicazione.

<sup>257</sup> *Ex multis*, L. ALLEVI, *Il sistema di riferimento normativo-fiscale e deviazioni dallo stesso negli aiuti di Stato: il caso Amazon*, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2019, pp. 549 ss.; R.H.C. LUJA, *Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?*, *EC Tax review* 2016/5-6;

meglio dire limitazione - della propria sovranità statale, dall'altro, come ben noto, l'imposizione diretta dovrebbe rimanere nell'alveo della loro competenza esclusiva, tanto con riferimento all'individuazione dei criteri per la ripartizione della potestà impositiva, quanto in merito alla determinazione delle modalità di applicazione, purché tali prerogative vengano *de facto* esercitate nell'osservanza del diritto dell'Unione, al fine di limitare eventuali contrasti con i principi espressi nei Trattati.<sup>258</sup> Tuttavia, proprio con particolare riferimento alla discrezionalità delle scelte di politica fiscale degli Stati membri in materia imposizione sui redditi, sia il fatto che una negoziazione diretta del *ruling* con il contribuente possa trovare ostacolo nel divieto di aiuti di Stato, sia la necessità del rispetto del principio di libera concorrenza tramite l'applicazione di quello che si è definito il «giusto TP», parrebbero incrinare *de facto* - almeno allo stato attuale delle cose - il principio di affidamento che dovrebbe, invece, tutelare i contribuenti i quali scelgano di ricorrere all'amministrazione fiscale domestica per ottenere certezza in merito all'esborso tributario che dovranno sostenere.

Alla luce di quanto esposto, si può, dunque, conclusivamente evincere come il fatto che la Commissione abbia intensificato, non solo quantitativamente, ma anche da un punto di vista «qualitativo», il suo scrutinio nei confronti delle misure nazionali di natura fiscale, si sia tradotto « [...] in un diverso bilanciamento dei poteri tra istituzioni dell'Unione ed in una differente concezione degli assetti di forza nei rapporti tra Stati membri e Commissione»<sup>259</sup>, con la conseguenza di

---

<sup>258</sup> In tal senso, L. AZOULAI, *The 'retained powers' formula in the case law of the European court of justice: EU law as total law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, 194, laddove si esprime come «[...] the scope of application of EU law extends beyond the subject areas over which the EU has been given jurisdiction. By dissociating the existence of state powers from the exercise of such powers, the Court legitimizes the application of EU law in any domain that is not a priori within the Union's scope of intervention».

<sup>259</sup> S. M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2020, pp. 1326-1327.

una progressiva erosione della sfera di sovranità statale degli Stati membri in materia fiscale.

2.13 La presunta inadeguatezza dell'art.107 TFUE come meccanismo di giudizio: una proposta alternativa per contrastare il fenomeno della concorrenza fiscale dannosa in Europa.

Attraverso quanto sin qui esposto, si è tentato di rendere conto delle principali criticità, soprattutto politiche, emerse relativamente alla c.d. «dottrina Vestager» sugli aiuti di Stato. Si è dunque visto, sia come la Commissione abbia sviluppato un *focus* d'indagine sui singoli «atti di amministrazione individuale del prelievo» - *tax rulings* -, piuttosto che sulla «base legale» degli stessi <sup>260</sup>, sia come la disciplina europea sugli aiuti di Stato o, perlomeno, l'interpretazione offertane dalla Commissione, si sia dimostrata abbastanza ampia da potervi sussumere l'insieme delle fattispecie in discorso. Da un punto di vista geo-politico, non sono mancate, tuttavia, notevoli perplessità in merito alla compatibilità di tale dottrina con un reale progetto di integrazione delle regole e delle prassi nazionali in materia di TP all'interno dell'Unione <sup>261</sup>, le quali sembrerebbero, invero, permanere anche qualora si ritenesse di valutare la condotta della Commissione come meramente funzionalizzata all'ottenimento «forzato» del consenso politico degli Stati membri, in ordine all'approvazione della nota proposta istitutiva di una

---

<sup>260</sup> I virgolettati sono da attribuire a F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 745 ss.

<sup>261</sup> In tal senso, T. DI TANNO, *Fine delle tassazioni-regalo alle grandi imprese in Europa?*, lavoce.info, 2 novembre 2016, <http://www.lavoce.info/archives/43635/passi-avanti-per-una-base-imponibile-ue.>; T. DI TANNO, *Come evitare un altro caso Apple*, lavoce.info, 27 settembre 2016, <http://www.lavoce.info/archives/42973/come-evitare-un-altro-caso-apple>.

«*Common Consolidated Corporate Taxation Base*» (CCCTB).<sup>262</sup> In tal senso, la stessa dottrina ha fatto notare come una tale «pressione politica»<sup>263</sup>, la quale potrebbe se non altro mantenere una sua coerenza logica, qualora rispondesse all'esigenza di suscitare, seppur in maniera forzata, un consenso unanime negli Stati UE, non sarebbe nemmeno rivolta in maniera unitaria nei confronti della totalità degli stessi, rimanendo circoscritta, *de facto*, solamente a quelli notoriamente più inclini all'impiego del proprio sistema fiscale ed alla concessione di *rulings* in funzione attrattiva, come, ad esempio, Lussemburgo, Irlanda, Belgio e Olanda. Come se ciò non bastasse, la linea d'azione adottata dalla Commissione non parrebbe, oltretutto, nemmeno efficace, né incisiva in merito al reale *impasse* politico che notoriamente connota una qualsiasi proposta che voglia adottare un c.d. «*unitary approach*» al tema - approccio al quale, del resto, pare ispirarsi la stessa idea di una «*Common Consolidated Corporate Taxation Base*» -, ossia l'adozione di un criterio oggettivo di riparto dell'imponibile consolidato tra le varie giurisdizioni tributarie coinvolte nella

---

<sup>262</sup> Con tale dicitura si vuole intendere un insieme unico di norme per il calcolo degli utili imponibili delle società nell'UE. I vantaggi della CCCTB sarebbero evidenti e molteplici: i) le imprese transfrontaliere sarebbero tenute a rispettare solamente un unico sistema dell'UE, piuttosto che diverse normative nazionali; ii) vi è il vantaggio che le imprese potrebbero presentare un'unica dichiarazione dei redditi per tutte le loro attività nell'UE, compensando le perdite registrate in uno Stato membro con utili realizzati in un altro, fattore, quest'ultimo, molto importante soprattutto per piccole imprese e start-up; iii) gli utili imponibili consolidati verranno ripartiti tra gli Stati membri in cui il gruppo societario è attivo, attraverso una formula di ripartizione. In tal senso, potrebbe dirsi che ciascuno Stato membro tasserebbe la propria quota degli utili alla propria aliquota d'imposta nazionale. Gli obiettivi della CCCTB possono, infine, riassumersi in tre grandi macroaree: 1) migliorare il mercato unico per le imprese, attraverso la riduzione della burocrazia e dei costi di conformità per le imprese; 2) combattere l'elusione fiscale, attraverso l'obbligatorietà di tale disciplina per i gruppi più grandi dell'UE, con l'eliminazione delle pratiche di transfer pricing e *tax rulings* nascosti; 3) sostenere la crescita, l'occupazione e gli investimenti in UE. Si è stimato che una CCCTB potrebbe incrementare gli investimenti nell'UE del 3,4% e la crescita fino all'1,2%. Così [https://taxation-customs.ec.europa.eu/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb\\_it?ettrans=it](https://taxation-customs.ec.europa.eu/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_it?ettrans=it)

<sup>263</sup> F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 745 ss.



«diramazione» del gruppo societario.<sup>264</sup> Benché, dunque, l'impostazione della c.d. «dottrina Vestager» presenti delle spinose criticità, appare tuttavia evidente che anche una sterile stigmatizzazione *tout court* della linea d'azione dell'Esecutivo europeo non sia un'opzione percorribile. Una tale «estromissione» implicherebbe solo il rischio che le condotte fiscalmente inique adottate da MNEs e Stati membri vengano *de facto* - anche se solo implicitamente - avallate, senza che si sia nemmeno proposta una soluzione valida al problema.

Ritenendo, invece, di poter riconoscere alla «dottrina Vestager» il merito di aver introdotto un profilo - se pur declinato problematicamente - dalla portata innovativa, ossia l'aver ravvisato una «genesi amministrativa ed individuale - e non legale - dell'aiuto fiscale»<sup>265</sup>, accogliendo propositivamente lo stesso, si renderà possibile offrire una soluzione alternativa, tesa a ridimensionare gli aspetti più problematici della dottrina *de qua*<sup>266</sup>, ribadendone, al contempo, i principi volti al contrasto delle pratiche di concorrenza fiscale dannosa attraverso l'impiego di «*tax rulings*». In altre parole, per meglio comprendere tale aspetto innovativo, si è detto che nelle casistiche sottoposte al vaglio della Commissione non si farebbe tanto questione della disciplina legale del *ruling*, quanto piuttosto, ed esclusivamente, di «confezione» in concreto dello stesso. In tal senso, e qui si cela probabilmente il punto nevralgico del discorso, si capisce come l'atto amministrativo in esame, in tali contesti, venga apprezzato come causa unica dell'accordo APA e non invece come mezzo di concretizzazione di un privilegio insito *ex ante* nelle legge che tale accordo regola. L'origine amministrativa del vantaggio, il quale deriverebbe, dunque, dal *ruling* e non dalla base legale dello

---

<sup>264</sup> V. DE GRAAF, *International Tax Policy Needed to Counterbalance the 'Excessive' Behaviour of Multinationals*, EC Tax Review, n. 2, 2013, p. 110.

<sup>265</sup> Così F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 746.

<sup>266</sup> Il riferimento è, soprattutto, ma non solo, ai rischi geo-politici di cui si è trattato.

stesso, fa sì che sia proprio quest'ultimo, nella sua singolarità, ad essere oggetto di valutazione della Commissione, in merito alla sua legittimità.

Alla luce di tale profilo, una proposta parrebbe giungere dalla dottrina <sup>267</sup> : sussumere le pratiche in discorso, invece che nella disciplina degli aiuti di Stato ex artt. 107 ss. TFUE - la quale parrebbe mal adattarsi alla specificità del settore fiscale -, nella procedura ordinaria di infrazione ex art. 258 TFUE. Tale procedura costituisce uno strumento indispensabile per garantire il rispetto e l'effettività del diritto dell'Unione. Attraverso di essa è infatti consentito alla Commissione, nell'esercizio delle sue funzioni, agire nei confronti di uno Stato membro, anche con particolare riferimento ad atti giurisdizionali ed amministrativi contrastanti con gli obiettivi e, in generale, con il diritto dell'Unione *tout court*. Con particolare riferimento al suo avvio, la Commissione gode di competenza esclusiva e di potere discrezionale. La violazione contestata potrà essere tanto la mancata attuazione di una normativa o disposizione europea, quanto una pratica amministrativa nazionale, incompatibile con il diritto UE. Si segnala, altresì, come non sia rilevante che l'autore della violazione sia un organo costituzionale, un ente territoriale o un soggetto di diritto privato controllato dallo Stato, in quanto, dal punto di vista del diritto europeo, lo Stato membro manterrebbe una connotazione unitaria, non trovando dunque rilievo, in tale prospettiva d'azione, la tradizionale tripartizione dei poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario. <sup>268</sup> Per quanto concerne la procedura in sé, essa consiste nell'invio di una «lettera di messa in mora» allo Stato membro, il quale avrà un periodo di due mesi per preparare e presentare le proprie osservazioni in merito. Qualora quest'ultimo non risponda nel termine indicato, ovvero presenti osservazioni non soddisfacenti, la Commissione potrà emettere un «parere motivato» attraverso il quale otterrà la «cristallizzazione» in

---

<sup>267</sup> La proposta è da attribuire a F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, pp. 745 ss.

<sup>268</sup> ADAM-TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, pp. 284-285

fatto ed in diritto dell'inadempimento contestato e diffiderà lo Stato membro a porvi rimedio entro un dato termine.

Se lo Stato membro dovesse ulteriormente non adeguarsi al «parere motivato», la Commissione potrà, da ultimo, presentare ricorso per inadempimento dinnanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee contro lo stesso ex art. 258 par. 2 TFUE.

In tal senso la fase di c.d. «precontenzioso» si considera conclusa ed avrà inizio la c.d. «fase contenziosa», disciplinata dall'art. 260 TFUE e tesa ad ottenere dalla Corte l'accertamento formale, con Sentenza, dell'inosservanza da parte dello Stato membro, dell'obbligo imposto dall'Unione. Con particolare riferimento alla fattispecie in esame, la concessione di *tax rulings* non conformi all'«*arm's length principle*» a favore di imprese multinazionali non verrebbe sanzionata «direttamente», avuto cioè riguardo alla singolarità della concessione stessa, ma solo qualora - considerato come, in tal senso, le decisioni amministrative e giurisdizionali sembrerebbero rilevare prevalentemente alla luce di una loro costanza e generalità <sup>269</sup> - «per numero, frequenza ed ampiezza temporale di validità, fosse sintomo di un abituale modo di agire dello Stato membro». <sup>270</sup>

Per quanto poco ortodossa possa apparire, soprattutto alla luce della differente linea d'azione espressa finora dall'Esecutivo europeo, una simile impostazione eviterebbe, secondo la citata dottrina, un'indebita - in quanto giudicata eccessiva - «intromissione» da parte della Commissione nella sfera

---

<sup>269</sup> Tale principio sembra essere stato ribadito più volte dalla giurisprudenza: Corte di Giustizia UE, 29 aprile 2004, C-387/99, *Commissione c. Germania*, punto 42; 26 aprile 2005, C-494/01, *Commissione c. Irlanda*, punto 28; 23 aprile 2009, C-331/07, *Commissione c. Grecia*, punti 32-33; laddove è sostenuto che, singolarmente, tali decisioni amministrative o giurisdizionali possano essere rilevanti solamente qualora appaiano come fatti «sintomatici» di una disciplina legislativa inadeguata, in quanto sottoposta ad interpretazioni incompatibili con il diritto dell'Unione - Corte di Giustizia UE, 9 dicembre 2003, C-129/00, *Commissione c. Italia*, punti 32-33 -.

<sup>270</sup> In tal senso, F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, RTDT, nn. 3-4/2017, p. 747.

d'azione delle Amministrazioni finanziarie degli Stati membri, consentendo, tuttavia, al contempo, alla prima di esercitare una sorta di «*moral suasion*» nei confronti dei secondi, senza che quest'ultima venga però declinata in maniera lesiva rispetto alla loro sovranità fiscale.



## CONCLUSIONI

L'analisi fin qui compiuta, anche attraverso la disamina delle vicende giuridiche che hanno coinvolto i Gruppi multinazionali *Apple*, *Starbucks* e *Fiat*, ha posto in luce come l'impiego da parte della Commissione europea dell'istituto giuridico degli aiuti di Stato, in chiave di contrasto alla concessione di misure suscettibili di produrre concorrenza fiscale dannosa tra Stati membri - stante la ricorrente riconducibilità di entrambe le fattispecie alla categoria generale delle c.d. «agevolazioni tributarie» -, abbia evidenziato alcune criticità, sia di natura meramente giuridica che, più in generale, «geo-politica».

In primo luogo, si è visto come la c.d. «dottrina Vestager» abbia sollevato il rischio di una «erosione» della sovranità fiscale degli Stati membri, laddove, in sede di sindacato ex art. 107 par. 1 TFUE, la mera coerenza delle misure fiscali in discorso, rispetto al sistema tributario interno non parrebbe più sufficiente ai fini dimostrativi dovendosi condurre tale giudizio alla luce del principio di libera concorrenza di derivazione comunitaria, tramite l'applicazione del c.d. «giusto TP». In secondo luogo, l'analisi condotta ha evidenziato come la stessa declinazione «in chiave squisitamente europea» dell'«*arm's length principle*» da parte della Commissione, unicamente funzionalizzata all'ambito degli aiuti di Stato, risulti caratterizzata da un'eterogeneità dei fini rispetto a quanto invece sancito, in merito allo stesso principio, a livello OCSE, laddove esso è infatti apparso maggiormente orientato a ripartire il potere impositivo tra Stati, piuttosto che ad eliminare le discriminazioni fiscali a livello domestico. Oltretutto, con particolare riferimento ai riflessi «geo-politici» della citata dottrina, si è altresì segnalata la significativa influenza della Commissione europea nell'evoluzione del principio *de quo*, la quale sottenderebbe il rischio, tutt'altro che trascurabile, di una sua manipolazione intenzionale con riguardo agli standard di giudizio dei

*tax rulings*, non solo per perseguire più compiutamente i fini del diritto dell'Unione, ma, eventualmente, anche per acquisire un maggiore potere negoziale nelle relazioni internazionali.

Conclusivamente, sulla base dell'analisi condotta, si è avuto modo di evidenziare la presunta inadeguatezza dell'istituto degli aiuti di Stato ex art. 107 TFUE, in ottica di risoluzione del fenomeno di concorrenza fiscale dannosa in discorso, il quale parrebbe, invero, mal adattarsi alla specificità propria del settore fiscale. In tal senso, alla luce del presunto profilo innovativo della «dottrina Vestager» - consistente nell'aver ravvisato una genesi amministrativa ed individuale, e non legale, dell'aiuto fiscale - si è dunque segnalata la proposta, proveniente dalla dottrina, di sussumere le pratiche *de qua*, anziché nella disciplina degli aiuti di Stato, nella procedura ordinaria di infrazione ai sensi dell'art. 258 del Trattato, la quale sembrerebbe poter costituire uno strumento valido ai fini dell'esercizio di una *moral suasion* meno lesiva della sovranità fiscale degli Stati membri





## BIBLIOGRAFIA

R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 284-285

L. ALLEVI, *Il sistema di riferimento normativo-fiscale e deviazioni dallo stesso negli aiuti di Stato: il caso Amazon*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2019, p. 549 ss.

F. AMATUCCI, *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XV - N. 1, 2018, p.11 ss.

R.S. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, Working Paper, 2007, in *University of Michigan Law School, John Olin Center for Law & Economics*, p. 17.

R.S. AVI-YONAH - G. MAZZONI, *Apple State Aid Ruling: A Wrong Way to Enforce the Benefits Principle?*, in *Tax Notes International*, 84, 9, 2016, pp. 837-845.

- L. AZOULAI, *The Question of Competence in the European Union*, in *Oxford University Press*, 2014, p. 168 ss.
- C. BIZ, *Countering tax avoidance at the EU level after “luxleaks”. A history of tax rulings, transparency and BEPS: Base erosion profit shifting or bending European prospective solutions?*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XII - N.4, 2015, p. 1035 ss.
- C. BOBBY, *A Method Inside the Madness. Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings*, in *Chicago Journal of International Law*, 18, 1, 5, 2017, pp. 186-215.
- M. BOCCACCIO, *Caso Apple e dintorni*, in *Mercato concorrenza regole* / a. XX, n. 3, dicembre 2018, p. 419 ss.
- P. BORIA, *European tax law: institutions and principles*, Milano, Giuffrè, 2014
- P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, Giuffrè, 2017
- P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, Padova, CEDAM, 2019.
- F. CACHIA, *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *EC Tax Review*, 2017-5, p. 257 ss.
- M.A. CALABRESE, *L'adozione dell'arm's length principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 1/2017, p. 21 ss.
- D. CANE', *Indebito vantaggio fiscale e abuso del diritto. Profili di diritto comunitario e internazionale*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XIII - N.4, 2016, p. 1253 ss.

- A. CHRISTIANS, *How Nations Share*, in *Indiana Law Journal*, 2012, 87, p. 1407 ss.
- P. COPPOLA, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Padova, CEDAM, 2012.
- B. CORTESE, *EU State Aid Law as a passepartout: Shouldn't We Stop Taking the Effect on Trade for Granted?*, in *Bratislava Law Review*, 4(1), 2020, p. 10 ss.
- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, Giuffrè, 2012.
- L. DE BROE, *Can Tax Treaties Confer State Aid?*, in *EC Tax Review*, 2017 -5, p. 228 ss.
- L. DE BROE, *The State Aid Selectivity-Test in Corporate Tax Matters: CJEU Applies Common Sense in Its Judgments on the German 'Sanierungs'-clause, but Do We Have All Pieces of the Puzzle Now?*, in *EC Tax Review*, 2018-6, p. 285 ss.
- V. DE GRAAF, *International Tax Policy Needed to Counterbalance the 'Excessive' Behaviour of Multinationals*, in *EC Tax Review*, n. 2, 2013, p. 110.
- L. DEL FEDERICO, *Legittimità delle agevolazioni fiscali nazionali tra aiuti di Stato e principi nazionali*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, N.3/2006, p. 19 ss.
- T. DI TANNO, *Come evitare un altro caso Apple*, in *lavoce.info*, 27 settembre 2016.
- T. DI TANNO, *Fine delle tassazioni-regalo alle grandi imprese in Europa?*, in *lavoce.info*, 2 novembre 2016.
- S. DOUMA - A. KARDACHAKI, *The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt International Tax Rules*

*to the Business Models of Multinational Enterprises*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 10, p. 746 ss.

J. ENGLISCH, *Article 116 TFEU – The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?*, in *EC Tax Review*, 2020-2, p. 58 ss.

C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, Giappichelli, 2012.

E. FORRESTER, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, in *Ec Tax Review*, 2018/1, p. 19 ss.

C. FRANCIOSO, *Il caso Starbucks: primi chiarimenti giurisprudenziali su aiuti di Stato e ruling fiscali*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, N. 1/2020, p. 259 ss.

C.A. GAGLIANO, P.N. SALEMI, S. ORLANDO, *Fiscal competition, definizioni e modalita` concrete*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XIII - N.4, 2016, p. 1308 ss.

F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in *Rassegna Tributaria*, 2012, p. 292 ss.

A. GIRAUD - S. PETIT, *Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?*, in *EStAL - European State Aid Law Quarterly*, 2, 2017, pp. 233-242.

L.L. GORMSEN, *Has the Commission Taken Too Big a Bite of The Apple?*, in *European Papers*, Vol.1, 2016, No.3., pp. 1137-1144.

L.L. GORMSEN, *Eu State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal Competition Law and Practice*, 7, 6, 2016, pp. 369-382.

H. GRIBNAU, *Soft law and taxation: EU and international aspects*, in *Legisprudence*, n. 2, 2008, 2, p. 67 ss.

A. GUNN - J. LUTS, *Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues*, in *EC Tax Review*, 2015-2, p. 119 ss.

T. JORIS - W. DE COCK, *Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"?*, in *EStAL - European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 607 ss.

A. KARDACHAKI - M. VAN HULTEN, *Report on the EUCOTAX Conference 'State Aid, Intangibles and Rulings'*, in *EC Tax Review*, 2017-5, p. 284 ss.

J.T. LANG, *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A 'Methodological Revolution'?*, in *EStAL - European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 805 ss.

M. LEMBO, *Il ruolo del giudice nazionale in materia di aiuti di stato: sussiste ancora la giurisdizione del giudice tributario?*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XVI - N.3, 2019, p. 626 ss.

L. LOVDHAL GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 7, Issue 6, June 2016, p. 379 ss.

R.H.C. LUJA, *Eu State Aid Rules, Tax Competition and Its Limits*, in *Tax Notes International*, October 27, 2014, pp. 353-356.

R.H.C. LUJA, *Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?*, in *EC Tax review*, 2016/5-6, p. 312 ss.

- R. LYAL, *Transfer Pricing Rules and State Aid*, in *Fordham International Law Journal*, 38, 4, 2015, pp. 1017-1043.
- G. MAISTO, *Il progetto OCSE sui prezzi di trasferimento*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1995, p. 383.
- A. MAITROT DE LA MOTTE, *The Recovery of the Illegal Fiscal State Aids: Tax Less to Tax More*, in *EC Tax Review*, 2017-2, p. 75 ss.
- S. MATTIA - M. TOFFANIN, *La disciplina dei prezzi di trasferimento – Metodi per la definizione*, in *Commercio Internazionale* n.2/2005, p. 29 ss.
- G. MERCURI, *Meccanismi di risoluzione delle controversie fiscali nell’Unione Europea: un’analisi “proporzionale” del sistema*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, Vol. XVI – N.4, 2019, p.982 ss.
- R. MICELI, *The role of state aid in the European fiscal integration*, Cham, Switzerland, Springer, 2022.
- E. MOAVERO MILANESI, *Partecipazione dello Stato nella disciplina comunitaria degli aiuti pubblici*, in *Rivista di Diritto Europeo*, 1990, p. 530.
- L. PANCI, *Latest Developments on the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation*, in *EStAL - Europea State Aid Law Quarterly*, 3/2018, p. 358ss.
- F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della «dottrina Vestager» in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, nn. 3-4/2017, p. 704 ss.

- F. PEPE, *“How to dismantle an atomic bomb”*: Osservazioni sul caso Apple e sulla prima giurisprudenza europea in materia di rulings fiscali, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n.2/2021 p. 330 ss.
- A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizione sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, n.1/2019, p. 68 ss.
- G. PERROTTO, *La sentenza della Corte di giustizia nel caso Fiat: il divieto di aiuti di Stato e il limite dell'autonomia fiscale nazionale*, in *BlogDUE*, 17 gennaio 2023.
- C. PETERS, *Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality*, in *EC Tax Review*, 2019-1, p. 6 ss.
- S. PICCIOTTO, *Indeterminacy, Complexity, Technocracy and the Reform of International Corporate Taxation*, in *Social & Legal Studies*, n. 2, 2015, 24, p. 180.
- J.J. PIERNAS LOPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law. From internal market to competition and beyond*, in *Oxford University Press*, 2015, p. 138 ss.
- T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, Bompiani, 2014
- A. PISAPIA, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali*, Padova, CEDAM, 2013
- A. QUATTROCCHI, *Profili tributari degli aiuti di Stato*, Padova, CEDAM, 2020, p. 58 ss.

A. QUATTROCCHI, *Recupero di aiuti attuati mediante misure fiscali e rilevanza delle imposte assolute all'estero*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, 2022, Fascicolo 4, p. 1794 ss.

S.M. RONCO, *Aiuti di Stato e tax rulings: la difficile convivenza del giudizio di selettività con il principio di libera concorrenza*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, n.3/2020, p. 1292 ss.

P. ROSSI-MACCANICO, *Gibraltar: Beyond the Pillars of Hercules of Selectivity*, in *EStAL - European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 443 ss.

P. ROSSI-MACCANICO, *Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, in *EC Tax Review*, 2015-2, p. 63 ss.

P. ROSSI-MACCANICO, *A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings*, in *EStAL- European State Aid Law Quarterly*, 2015, 3, pp. 371-381

V. SALERNO, *Il caso Starbucks e l'applicazione del principio di libera concorrenza da parte della Commissione europea*, in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, N. 2/2020, p. 817 ss.

L. SALVINI, *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, CEDAM, 2007.

P. SANTIN, *La selettività e il sistema impositivo di riferimento nella più recente giurisprudenza europea sugli aiuti di Stato fiscali*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2023, Fascicolo 2, Parte IV p. 37 ss.

D.S. SMIT, *International Juridical Double Non-taxation and State Aid*, in *EC Tax Review*, 2016-2, p. 109 ss.



A. TAFERNER - J.W. KUIPERS, *Tax Rulings: In Line with Oecd Transfer Pricing Guidelines but Contrary to State Aid Rules?*, in *European Taxation IBFD*, April 2016, pp. 134-144.

V. TAMBURRO, *Apple-Irlanda, stop alla Commissione Ue: i ruling non sono aiuti di Stato*, in *ntplusfisco.ilsole24ore.com*, 15 luglio 2020.

A. TING, *iTax-Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, in *British Tax Review*, 1, 2014, pp. 40-71.

A. TIZZANO, *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Giuffrè, Milano, 2004.

E. TRAVERSA, *Allocating taxing powers within the European Union*, in *Springer*, 2012, pp.79-80 e p. 88.

G. TREMONTI - G.VITALETTI, *La fiera delle tasse*, Bologna, Il Mulino, 1991.

B. VOS, *State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks?*, in *EC Tax Review*, 2018-2, p. 112 ss.

P.J. WATTEL, *Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle*, in *Intertax*, Volume 44, Issue 11, 2016, p.791 ss.