



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

1

2021

gennaio/aprile

Fondata nel 1999 da | *Founded in 1999 by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da | *Directors*
FABRIZIO AMATUCCI, PIETRO BORIA,
ROBERTO CORDEIRO GUERRA,
LORENZO DEL FEDERICO, PETER ESSERS,
GIUSEPPE MARINO, ROMAN SEER,
PIETRO SELICATO



SAPIENZA
UNIVERSITÀ
EDITRICE

SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “LA SAPIENZA”
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata nel 1999 da • *Founded in 1999 by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da • *Directors*

FABRIZIO AMATUCCI
Università Federico II - Napoli

PIETRO BORIA
Università Sapienza - Roma

ROBERTO CORDEIRO GUERRA
Università di Firenze

LORENZO DEL FEDERICO
Università di Pescara

PETER ESSERS
Tilburg University

GIUSEPPE MARINO
Università di Milano

ROMAN SEER
Ruhr Universitaat, Bochum

PIETRO SELICATO
Università Sapienza - Roma

1

2021

Gennaio/Aprile



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Sapienza Università di Roma - Dipartimento di Scienze Politiche
RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

COMITATO SCIENTIFICO DEI REVISORI ESTERNI
PEER REVIEW COMMITTEE

Tutti i contributi pubblicati nella Rivista di Diritto Tributario internazionale sono sottoposti all'approvazione collegiale del Comitato di Direzione.

I contributi destinati alla sezione I (Dottrina) e II (Documenti commentati) nonché, ove richiesto dall'Autore, alla Sezione III (Appunti e rassegne) sono soggetti alla valutazione del Comitato scientifico dei Revisori con le modalità previste dal Regolamento pubblicato nel sito web della Rivista.

- Prof. Francisco ADAME MARTINEZ
(Catédrico di Diritto Tributario e Finanziario nell'Università di Siviglia)
- Prof. Massimo BASILAVECCHIA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Teramo)
- Prof. Beniamino CARAVITA DI TORITTO
(Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Alberto COMELLI
(ASN Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Parma)
- Prof. Daria COPPA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Prof. Francesco D'AYALA-VALVA
(già Ordinario di Diritto Tributario nell'Università dell'Aquila)
- Prof. Massimo FINOCCHIARO CASTRO
(ASN Ordinario di Scienza delle Finanze nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria)
- Prof. Stefano FIORENTINO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Emma GALLI
(Ordinario di Scienza delle Finanze nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Carlo GARBARINO
(Id. Ordinario di diritto Tributario nell'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano)
- Prof. Alfredo GARCÍA PRATS
(Professor of Tax Law - Universitat de València)
- Prof. Fabio GIGLIONI
(ASN Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Alessandro GIOVANNINI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Siena)
- Prof. Marco GREGGI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Ferrara)
- Prof. Manlio INGROSSO
(Ordinario di Diritto Tributario nella Seconda Università di Napoli)
- Prof. Ennio Agostino LA SCALA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Prof. Enrico LAGHI
(Ordinario di Economia Aziendale nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. José Maria LAGO MONTERO
(Catédrico di Diritto Finanziario e Diritto Tributario nell'Università di Salamanca)
- Prof. Richard N. LANGLOIS
(Professor of Economics – University of Connecticut – U.S.A.)
- Prof. Carlos Maria LÓPEZ ESPADAFOR
(Catédrico di Diritto Tributario nell'Università di Jaén)
- Prof. Paolo LIBERATI
(Ordinario di Scienza delle Finanze nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Raymond LUJA
(Professor of Comparative Tax Law – University of Maastricht – The Netherlands)
- Prof. Giuseppe MARINI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Jean Claude MARTINEZ
(Ordinario di diritto tributario nell'Università di Paris II)
- Prof. Giuseppe MELIS
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università LUISS-Guido Carli)
- Prof. Saturnina MORENO GONZALES
(Catedrática di Diritto Finanziario e Tributario nell'Università di Castilla – La Mancha)
- Prof. Salvatore MULEO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università della Calabria)
- Prof. Mario NUSSI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Udine)
- Prof. Maria Cristina PIERRO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università dell'Insubria)
- Prof. Pasquale PISTONE
(ASN Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Paolo PURI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università del Sannio)
- Prof. José Andrés ROZAS VALDÉS
(Professore Titolare di Diritto Finanziario e Tributario nell'Università di Barcellona)
- Prof. Salvatore SAMMARTINO
(già Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Eugenio SIMÓN ACOSTA
(Catédrico di Diritto Finanziario nell'Università di Navarra)
- Prof. Giuseppe TINELLI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Loris TOSI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Venezia)
- Prof. Antonio URICCHIO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Bari)
- Prof. Juan Enrique VARONA ALABERN
(Catédrico di Diritto Tributario e Finanziario nell'Università di Cantabria)
- Prof. Marta VILLAR EZCURRA
(Catédrico di Diritto Tributario e Finanziario nell'Università San Pablo CEU)
- Prof. Giuseppe ZIZZO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Castellanza)

Sezione I – Dottrina

Section I – Academic Essays

WENG WUYAO

*Legislation on Crime of Falsely Issuing Special VAT Invoice
and Its application in China: Retrospect, Status Quo and Prospect* 5

ANGELO CONTRINO

Spunti e osservazioni in tema di soggetti legittimati e questioni
dirimibili nell'ambito della procedura di risoluzione delle controversie
fiscali internazionali di cui alla Direttiva UE n. 2017/1852 51

ROSSELLA MICELI

Il divieto di aiuti di Stato nel contrasto ai rulings fiscali.
Limiti ed opportunità 71

Sezione II – Documenti commentati

Section II – Commented documents

ROSY VIRZÌ

Considerazioni in ordine al regime di responsabilità del rappresen-
tante indiretto in materia di IVA all'importazione
(Nota a Italia - Commissione Tributaria Regionale di Milano - Sez.
IX - Sent. 11 marzo 2020, n. 748) 107

Sezione III – Appunti e rassegne

Section III – Notes and Surveys

ALESSIA TOMO

*The Remodulation of the Italian Bonus-Malus in The Pandemic
Framework: Balancing Economic and Environmental Issues* 139

FRANCESCA SCALABRINI, ALESSANDRO NICOLINI

Multilateral Instrument. Stato dell'arte e prospettive future 159

RICCARDO LANCIA

Il regime dei dividendi in «entrata» e l'istituto del credito di imposta «indiretto», anche alla luce della giurisprudenza europea 183

STEFANIA SCARASCIA MUGNOZZA

Quando la fiscalità ambientale è “involontaria”: l'impatto sull'ecosistema dei tax benefits previsti dal decreto Rilancio 225

LORENZO PENNESI

Transfer pricing rules and intra-group transactions in the digital era: a brief overview from the Italian perspective 257

Il divieto di aiuti di Stato nel contrasto ai *rulings* fiscali. Limiti ed opportunità*

Rossella Miceli**

*Articolo sottoposto a revisione con il sistema della *blind peer review*, nel rispetto dell'apposito regolamento adottato da questa Rivista.

** Professore associato di diritto tributario, Facoltà di Economia, Sapienza Università di Roma.

Abstract

The censorship of the state aid framework on international tax rulings reveals a certain inadequacy both of the regulatory paradigm and legal consequences. These features are amplified by the fact that in the most important cases (Apple, Starbucks, Amazon and Fiat) the main element is the aggressive tax planning of taxpayers.

The line of intervention of the Vestager doctrine can be effective against rulings that do not have elements of aggressive tax planning, as happens when a Member State grants tax conditions different from those that can be implemented in compliance with the principle of free competition. In these cases, a legal framework is defined with the effect to reduce the space for agreements on the taxable income or on the tax.

At the same time, the European Commission's line of action is considered useful and its positive aspects are appreciated.

In this historical phase of national tax crisis, individual Member States can preside over rulings expressing harmful tax competition on which they would independently have neither the means nor the powers to intervene.

The weakening of national sovereignty is therefore the price to pay in order to control and limit the most dangerous cases for the world tax balance.

With this aim in mind, the state aid discipline has implemented in recent years an important policy to support taxation in a phase of profound crisis and the loss of traditional references.

Abstract

Il riferimento della disciplina degli aiuti di Stato alla censura dei *rulings* fiscali internazionali rileva una certa inadeguatezza del paradigma normativo e delle conseguenze giuridiche. Tali caratteri sono amplificati dalla circostanza che nei casi più importanti (Apple, Starbucks, Amazon e Fiat) l'elemento dominante è la pianificazione fiscale aggressiva dei contribuenti.

La linea di intervento della dottrina *Vestager* può essere efficace nei confronti di *rulings* che non presentano elementi di pianificazione fiscale aggressiva, nei casi in cui uno Stato membro conceda condizioni impositive differenti da quelle attuabili in ossequio al principio di libera concorrenza. In questi casi si definisce una cornice giuridica riducendo lo spazio discrezionale degli accordi sull'imponibile o sull'imposta.

Allo stesso tempo si ritiene utile la linea di intervento della Commissione europea e se ne apprezzano i lati positivi.

In questa fase storica di crisi della fiscalità nazionale i singoli Stati membri possono presidiare sui *rulings* espressivi di *harmful tax competition* in ordine ai quali non avrebbero autonomamente né i mezzi né i poteri per intervenire.

Il depotenziamento della sovranità nazionale è pertanto il prezzo da pagare per controllare e tamponare fattispecie estremamente pericolose per gli equilibri impositivi mondiali.

In tale obiettivo la disciplina degli aiuti di Stato ha attuato negli ultimi anni una importante politica di sostegno della fiscalità in una fase di profonda crisi e di perdita dei riferimenti tradizionali.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il divieto di aiuti di Stato nell'integrazione fiscale europea; 2.1. La declinazione del divieto di aiuti fiscali. Le funzioni; 3. Divieto di aiuti di stato e fattispecie espressive di concorrenza fiscale sleale. Inquadramento; 3.1. Il sindacato dei tax rulings; 3.2. Il parametro giuridico del sindacato; Il principio di libera concorrenza; 3.3. La posizione della giurisprudenza europea; 3.4. La sostanziale inefficacia del rimedio; 3.5 Le opportunità della politica in esame; 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Il presente contributo si inserisce nel filone di indagine - in questo momento di estrema attualità - relativo al contrasto alla concorrenza fiscale sleale (*harmful tax competition*) attraverso l'utilizzo della disciplina europea degli aiuti di Stato, contenuta nell'art. 107 TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

Si tratta di una politica di estremo rilievo nel panorama giuridico come dimostra la centralità che ha assunto nel dibattito della dottrina¹ e nella giurisprudenza europea².

I caratteri di tale politica sono infatti peculiari ed esprimono conseguentemente effetti nuovi ed inesplorati.

La premessa della riflessione è lo stato dell'integrazione giuridica europea e le modalità con cui si è giunti all'utilizzo della disciplina degli aiuti di Stato per favorire un processo di coordinamento nelle imposte dirette.

In tale azione la suddetta materia ha subito evidenti forzature, rese possibili dalla mobilità dei concetti che ne costituiscono la disciplina³ e dal ruolo attivo della Commissione europea nell'attuazione della materia in esame⁴.

¹ Sul tema, *ex pluribus*, si vedano i contributi della colletanea a cura di P. BORJA, *La concorrenza fiscale tra Stati*, (Milano, 2018), nonché i contributi della colletanea a cura di I. RICHELLE – W. SCHON – E. TRAVERSA, *State aid Law and business Taxation*, (Berlin – Heidelberg, 2016); nonché G. MARINO, *Note brevi sull'evoluzione del divieto di aiuti di Stato e sostenibilità dei sistemi fiscali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, p. 393.

² Cfr., tra le sentenze più significative di tale percorso, Corte Giust. UE, sent. del 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09, *Commissione c. Gibilterra*, e C-107/09, *Spagna c. Gibilterra*; Tribunale UE, sent. del 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15, *Lussemburgo v Commissione*, e T-759/15, *Fiat c. Commissione*; Tribunale UE, sent. del 24 settembre 2019, T-760/15, *Paesi Bassi c. Commissione*, e T-636/15, *Starbucks c. Commissione*; Tribunale UE, sent. del 14 febbraio 2019, cause riunite T-131/16, *Belgio c. Commissione*, e T-263/16, *Magnetrol International c. Commissione*; Tribunale UE, sent. del 15 luglio 2020, cause T-778/16, *Irlanda c. Commissione*, e T-892/16, *Apple Sales International e Apple Operating Europe c. Commissione*.

³ La modifica delle impostazioni teoriche iniziali e l'ampliamento dei confini della disciplina degli aiuti di Stato sono fattori che si sono potuti realizzare a fronte di alcune caratteristiche riconosciute alle due nozioni generali su cui si fonda la struttura della disciplina: mercato e concorrenza. Mercato e concorrenza si caratterizzano per un rapporto di strumentalità reciproca e per una flessibilità dei contenuti. Tali nozioni hanno definito i propri contenuti sulla base dei momenti storici, della normativa esistente e soprattutto dell'attività interpretativa della Corte di Giustizia ed attuativa della Commissione europea.

⁴ Pur riconoscendo il rilievo che ogni istituzione ha avuto nell'attuazione della disciplina degli aiuti di Stato, la Commissione europea ha svolto indiscutibilmente un ruolo di primo piano nella creazione dell'attuale materia, essendo l'organo deputato dal Trattato alla definizione degli aiuti ammessi. Attraverso una costante attività ermeneutica (realizzata con Comunicazioni e

Ai problemi generali che hanno accompagnato la declinazione del divieto di aiuti di Stato alla disciplina fiscale, si affiancano le questioni legate al contrasto alla *harmful tax competition*.

Come si dimostrerà, la lotta alla *harmful tax competition* costituisce uno degli obiettivi (non l'unico) della materia degli aiuti fiscali che esula dalle iniziali finalità degli aiuti stessi.

Nella politica di contrasto al suddetto fenomeno si è poi attuato un duplice piano di azione: il contrasto alle normative generali ed il sindacato dei *tax rulings* internazionali.

In tale ultimo obiettivo emergono, a nostro avviso, ulteriori problemi che rendono questa politica molto importante da un punto di vista politico strategico, ma complessa e parzialmente inefficace da un punto di vista giuridico.

Per argomentare quanto detto, si analizzeranno i punti chiave del percorso di integrazione giuridica europea allo scopo esclusivo di porre in luce la declinazione del divieto di aiuti di Stato in materia fiscale e la politica di contrasto ai *rulings* internazionali, in merito alla quale saranno effettuate osservazioni più approfondite finalizzate alle conclusioni del presente contributo.

La riflessione in esame è pertanto concentrata su un singolo aspetto dell'applicazione del divieto di aiuti di Stato alla materia tributaria ovvero il sindacato dei *rulings* espressivi di *harmful tax competition*.

Esulano da tale riflessione, invece, i temi della generale applicazione del divieto di aiuti di Stato alla materia tributaria e quelli della generale politica degli aiuti ammessi il cui approfondimento è rinviato ad altre sedi.

2. Il divieto di aiuti di Stato nell'integrazione fiscale europea

L'integrazione fiscale europea è un fenomeno complesso che ha seguito logiche autonome e non predefinite.

Orientamenti) ed attraverso l'emanazione di Decisioni, la Commissione europea ha contribuito alla evoluzione della materia, soprattutto nella scelta degli obiettivi e nella definizione dei paradigmi interpretativi. Gli atti della Commissione, espressione di *soft law*, che per anni hanno dettato una disciplina puntuale e pervasiva della materia, sono stati poi recepiti nei contenuti degli atti normativi del Consiglio europeo, che molto raramente si è discostato dalle determinazioni assunte dalla Commissione. Tale aspetto ha un rilievo molto importante per il tema analizzato in questa sede in quanto la Commissione europea opera su questioni di rilievo internazionale. Cfr. F. PEPE, *Concorrenza fiscale dannosa e tax rulings: l'uso strategico dell'arm's length principle nella disciplina europea sugli aiuti di Stato e l'imprevista (?) «egemonia» della Commissione europea nell'area della fiscalità internazionale*, in *federalismi.it*, n. 5/2018.

Un fenomeno dal quale è nata una disciplina giuridica articolata e coinvolgente che non rientra in schemi ordinari⁵.

La suddetta integrazione è un tema in continua evoluzione secondo un paradigma crescente, giustificato dalla sempre maggiore importanza che la materia tributaria ha assunto nel panorama internazionale a causa della stretta relazione esistente tra la regolazione dell'economia e la fiscalità degli Stati membri⁶.

Il progetto europeo in materia fiscale ha attraversato momenti molto importanti ed ha realizzato gradualmente un'integrazione giuridica sia di tipo negativo, sia di tipo positivo⁷.

Tale percorso è iniziato dall'istituzione dell'Unione europea con il Trattato di Roma del 25 marzo 1957.

Sebbene gli obiettivi principali dell'Unione non sembrassero riconoscere un ruolo diretto alla materia fiscale, quest'ultima, sin dall'origine si è dimostrata fondamentale nel processo di sviluppo dell'ordinamento europeo⁸.

Gli obiettivi del Trattato si sono declinati nella realizzazione dell'Unione doganale fra gli Stati, realizzata con il Trattato di Maastricht⁹ e nel processo di armonizzazione dell'imposizione indiretta¹⁰.

⁵ Cfr., sui caratteri del diritto tributario europeo, M. INGROSSO, *La comunitarizzazione del diritto comunitario e gli aiuti di Stato*, in (a cura di M. Ingrosso – G. Tesauro) *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, (Napoli, 2009), p. 4; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, (Milano, 2017), p. 22; A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, (Milano, 2008), p. 439; P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, p. 19.

⁶ Cfr., di recente su questi temi, G.F. FERRARI, *Stato e mercati: quali rapporti dopo la crisi*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2010, p. 6; C. PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in (a cura di Bassanini – Tiberi), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, (Bologna, 2010), p. 71.

⁷ Cfr. S. CNOSSEN, *Tax policy in the European Union: A review of issues and options*, in *Finanz. Archiv.*, 2001, p. 466; F. BOLKERSTEIN, *Taxation and competition: the realization of the internal market*, in *EC Tax Review*, 2000, p. 78.

⁸ Cfr. C. COSCIANI, *Problemi fiscali del mercato comune*, (Milano, 1958), p. 63.

⁹ Cfr. Trattato di Maastricht sull'Unione Europea sottoscritto il 7 febbraio 1992.

¹⁰ Il processo di armonizzazione fiscale - caratterizzato dalla istituzione dell'IVA e dalla armonizzazione delle accise - è stato molto importante nella prima fase di integrazione europea, come dimostra il rilievo che ha assunto nel dibattito della dottrina. Cfr. S. STAMMATI, *Art. 99*, in (a cura di R. Quadri – R. Monaco – A. Trabucchi) *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Commentario*, (Milano, 1965), p. 781; C. SACCHETTO, *L'armonizzazione nella Comunità europea*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1989, p. 564; P. RUSSO – R. CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in *Rass. Trib.*, 1990, I, p. 629; R. CORDEIRO GUERRA, *L'Iva quale imposta sui consumi: riflessi applicativi secondo la Corte di Giustizia*, in *Rass. trib.*, 1996, p. 332; F. FICHERA, *L'armonizzazione delle accise*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1997, II, p. 216; P. ADONNINO, *L'armonizzazione fiscale dell'Unione Europea*, in *Enc. del diritto*, (Milano,

L'indirizzo che emergeva, in questa fase, era quello di promuovere la neutralità dell'imposizione fiscale sugli scambi commerciali e la tassazione del consumo, assecondando le esigenze del mercato e della concorrenza.

L'abolizione dei dazi doganali, il divieto di tributi discriminatori e protezionistici e il principio di armonizzazione delle imposte indirette sono, infatti, rivolti alla affermazione di una fiscalità neutrale nell'imposizione sugli scambi, al fine di realizzare uno spazio economico nel quale i tributi non siano in grado di influenzare le scelte degli operatori economici¹¹.

L'evoluzione della politica europea ha presto evidenziato la necessità di definire principi comuni anche nell'ambito delle imposte dirette, in quanto sono emerse numerose questioni che rilevavano una importanza cruciale per il raggiungimento degli obiettivi europei.

L'imposizione diretta costituisce tradizionalmente una prerogativa fondamentale della sovranità di ogni Stato. Nell'imposizione diretta, infatti, si definiscono le linee guida essenziali di ogni programma politico e si qualifica l'identità di ogni sistema tributario.

Per tali ragioni gli Stati sono molto restii ad ammettere limitazioni in materia di imposizione diretta e in sede di Trattati europei non sono state previste norme in questo senso.

Tale assetto ha resistito con molte difficoltà fino al momento in cui il progetto europeo è stato concentrato sull'abolizione dei dazi doganali e sull'armonizzazione delle imposte indirette. Successivamente, raggiunti questi obiettivi, si è reso necessario ampliare gli orizzonti.

L'importanza dei problemi che sono gradualmente emersi nella politica comunitaria è stato il fattore che ha favorito un'integrazione in materia di imposte dirette in assenza di competenze espressamente attribuite all'Unione europea¹².

Si è così definita una politica che afferma principi propri e che si qualifica per aver causato un importante depotenziamento del potere fiscale statale.

1999), p. 277; A. COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, (Padova, 2000), *passim*.

¹¹ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, I, p. 367.

¹² Cfr. D. WEBER, *In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement*, in *EC Tax Review*, 2006, p. 585; P. PISTONE – R. SZUDOCZKY, *The coordination of tax policies in the EU*, in *Introduction to European tax law: direct taxation*, in *Introduction to European tax law: direct taxation*, (Vienna, 2016), p. 29.

In questo ambito si è assistito ad una attività di integrazione positiva e di integrazione negativa che ha attraversato varie fasi¹³.

Nella prima fase di attività europea l'obiettivo fondamentale che ha alimentato questo percorso è stato quello di eliminare le discriminazioni e le restrizioni fiscali (ovvero discriminazioni e restrizioni effettuate attraverso normative fiscali) e di affermare i principi di neutralità fiscale nell'ambito di determinate fattispecie transfrontaliere che coinvolgevano le attività economiche.

Si trattava dell'applicazione di principi fiscali espressivi della filosofia economica di stampo liberista.

In tale ambito, oltre alla emanazione di specifiche Direttive, il principio di non discriminazione fiscale e il divieto di restrizione, messi a punto in via interpretativa dalla Corte di Giustizia, sono stati il fondamentale motore di questa evoluzione¹⁴.

Nella stessa fase in sede europea si è preso atto del fenomeno della concorrenza fiscale dannosa tra Stati, che già alla fine del secolo scorso evidenziava effetti molto gravi sul mercato; in tale contesto l'Unione europea ha cercato con gli strumenti a sua disposizione di affrontare anche tale problema¹⁵.

Nell'area generale del contrasto ai regimi espressivi di una concorrenza fiscale dannosa si è ammessa l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla materia fiscale, che gradualmente ha assunto una importanza determinante nella politica europea, come si evidenzierà anche in seguito.

In questo momento si è operata una forzatura: lo strumento degli aiuti di Stato è stato utilizzato per finalità differenti rispetto a quelle proprie ed impiegato in una materia che evidentemente non costituiva oggetto del proprio campo di applicazione generale ed astratto.

¹³ Così P. PISTONE – R. SZUDOCZKY, *The coordination of tax policies in the EU*, op. cit., p. 29.

¹⁴ Il percorso in esame è stato infatti realizzato declinando i principi generali del Trattato, relativi alla non discriminazione ed al divieto di restrizione delle libertà economiche, alla materia tributaria. Specificamente su tali passaggi, F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, (Padova, 1998), *passim*; G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rass. Trib.*, 2000, p. 1161; R. LYAL, *Non discrimination and direct tax in community law*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 68; M. GAMMIE, *The role of the european Court of Justice in the development of direct taxation in the european union*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 2003, p. 86; G.L. BIZIOLI, *Il principio di non discriminazione*, (a cura di A. Di Pietro – T. Tassani), *I principi europei del diritto tributario*, Milano, 2013, p. 191.

¹⁵ Su tale passaggio e sui problemi giuridici, S. CIPOLLINA, *Armonizzazione vs. competizione fiscale: il trade off Europa-Italia*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2004, p. 93.

Inizia, in tal modo, la storia degli aiuti di Stato fiscali che definisce importanti problemi interpretativi ma crea al contempo una fondamentale ed innovativa prospettiva di integrazione giuridica.

L'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla materia fiscale ha avviato anch'essa un percorso di integrazione negativa e positiva dell'ordinamento fiscale nazionale.

Con specifico riferimento alla integrazione negativa, la funzione degli aiuti fiscali ha evidenziato sin da subito delle differenze rispetto alle altre discipline giuridiche, come si metterà in luce nei paragrafi successivi.

In ogni caso, la disciplina degli aiuti fiscali si è inserita a pieno titolo in quella che la dottrina ha definito come «politica di coordinamento» nelle imposte dirette, basata su una naturale sinergia di azioni giuridiche¹⁶.

Attraverso una interazione di fonti normative¹⁷ è stata attuata un'attività di integrazione comunitaria basata sulla convergenza che ha affermato valori europei nell'ambito di discipline impositive nazionali¹⁸. Si tratta, quindi, di un'opera meno incisiva rispetto all'armonizzazione, ma ugualmente efficace nel processo di integrazione europea nella materia tributaria.

In questo senso, infatti, il coordinamento non ha mirato alla eliminazione delle politiche nazionali ma soltanto alla loro correzione in senso europeo ed alla integrazione nell'ambito di queste ultime di importanti valori e principi generali dell'Unione.

Nel percorso descritto la disciplina degli aiuti di Stato ha avuto un ruolo fondamentale, definendo lo strumento di maggiore pervasività nella materia fiscale tra i diversi strumenti di integrazione.

Il coordinamento fiscale costituisce un passaggio importante verso l'attuale definizione del diritto tributario globale, ovvero verso un nuovo ordine giuridico basato su valori condivisi al fine di raggiungere obiettivi di equità e di coerenza nella tassazione internazionale.

¹⁶ Sulla politica di coordinamento fiscale basata sulla convergenza e sulla pluralità di strumenti di intervento, cfr. F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2000, p. 725; G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, (Milano, 2007), *ad vocem*; P. PISTONE – R. SZUDOCZKY, *The coordination of tax policies in the EU*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷ L'attività di coordinamento ha operato attraverso: il principio di non discriminazione fiscale, il divieto di restrizione, la disciplina degli aiuti di Stato, il principio del ravvicinamento normativo *ex art.* 115 TFUE. In tale contesto si è registrata un'importante interazione di fonti normative quali: la formazione di principi generali, l'emanazione di Direttive, la creazione di un *soft law*. Cfr. P. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸ Cfr. G. MELIS, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 4.

In tale percorso il coordinamento europeo nell'imposizione diretta ha assecondato principi «in divenire» nel diritto internazionale, ove oggi si è imposto il paradigma generale di definizione di regole comuni condivise a cui i singoli Stati si devono gradualmente adattare¹⁹.

2.1. La declinazione del divieto di aiuti fiscali. Le funzioni

Sulle disposizioni in materia di aiuti di Stato si è definita una naturale convergenza di azioni europee nella materia fiscale. In tale assetto il divieto di aiuti di Stato (rispetto alle disposizioni sugli aiuti ammessi *ex art.* 107, par. 2 TFUE) ha avuto un ruolo decisivo nella politica fiscale europea.

Le disposizioni sugli aiuti di Stato - oggi contenute negli artt. 107-109 del TFUE - sono presenti nella medesima formulazione in tutte le precedenti versioni del Trattato europeo.

Si tratta di norme generali, non riferite alla materia tributaria e fondamentali per il raggiungimento degli obiettivi europei.

Con tali norme, infatti, a livello generale, si è inteso regolare un divieto di intervento dello Stato nel mercato in ossequio ai principi generali dell'economia liberista, riconoscendo un potere esclusivo alla Commissione europea di autorizzare le misure statali ammesse²⁰.

Nella materia fiscale si è avvertita la necessità fondamentale di definire un'area giuridica ove non si realizzassero discriminazioni nell'accesso al mercato unico e nella permanenza all'interno dello stesso.

In tale assetto il principio di non discriminazione fiscale e il divieto di restrizione hanno affermato la necessità di assicurare le libertà economiche nel mercato, ma la loro attività non risultava sufficiente, soprattutto per l'assenza di una disciplina strutturata a livello europeo che consentisse una costante verifica del rispetto di tali paradigmi.

¹⁹ In linea generale sul diritto globale fra tutti S. CASSESE, *Il diritto globale*, (Torino, 2009), *passim*. Sul diritto tributario globale, P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 395; P. SELICATO, *Accordi europei e sovranità fiscale nazionale: le ricadute dell'emergenza COVID -19*, in *federalismi.it*, 10.3.2021.

²⁰ Tali disposizioni risultano preordinate alla realizzazione di un regime di concorrenza non falsata ed appaiono complementari alle norme sulla concorrenza nonché al regime del mercato interno. Su questi aspetti si rinvia per un'approfondita disamina a M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di stato nel diritto dell'Unione europea*, (Roma, 2018), p. 215; ID., *La disciplina degli aiuti di Stato*, in *Diritto privato dell'Unione europea*, (Torino, 2006), p. 1668; ID., *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, (Napoli, 1995), p. 55; A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, (Milano, 2020), p. 17.

Era necessaria una disciplina cogente, più compiuta a livello europeo, volta alla individuazione e rimozione delle discriminazioni fiscali²¹.

In tale contesto la disciplina degli aiuti di Stato fa il suo ingresso nella materia fiscale, costituendo lo specchio del principio di non discriminazione fiscale in quanto ogni disciplina che introduce un vantaggio selettivo qualifica un beneficiario (da un lato) e dei discriminati (dall'altro lato)²².

In questo modo il divieto di aiuti di Stato definisce un'altra strada per reprimere le discriminazioni fiscali²³.

La riferibilità della disciplina degli aiuti di Stato alla materia fiscale avviene in un momento in cui quest'ultima disciplina presenta un buon grado di compiutezza e di sperimentazione in ambito europeo.

Per tale motivo, dopo l'esplicitazione del collegamento (tra il divieto di aiuti di Stato e la materia fiscale), è iniziata una importante sinergia che in breve tempo ha conclamato l'importanza di tale politica in ambito fiscale²⁴.

L'adattamento della disciplina medesima (alla materia fiscale) non è stato un passaggio semplice.

Ha presentato numerose difficoltà ad oggi non ancora risolte in via generale.

Le difficoltà si sono registrate sul piano della definizione strutturale dell'aiuto, sul piano della prova, sul piano della funzione.

La materia fiscale infatti presenta delle differenze importanti rispetto alle altre discipline giuridiche che hanno condizionato significativamente la costruzione della disciplina degli aiuti fiscali²⁵.

²¹ Cfr. C. QUIGLEY, *General Taxation and State Aid*, in A. Biondi - P. Eeckhout - J. Flynn (a cura di), *The law of State Aid in the European Union*, (Oxford, 2005), p. 208.

²² Secondo l'interpretazione costante della Corte di Giustizia, infatti, una norma con la quale si attribuiscono agevolazioni fiscali colloca i beneficiari in una posizione più favorevole rispetto agli altri che subiranno una discriminazione. Cfr. Corte Giust. UE, sent. del 22 giugno 2006, C-182/03 e C-217/03, *ASBL*; Corte Giust. UE, sent. del 8 settembre 2015, C-105/14, *IVO Taricco*; Corte Giust. UE, sent. del 15 novembre 2011, C-106/09 e C-107/09, *Commissione europea c. Governo di Gibilterra*.

²³ Cfr. M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di stato nel diritto dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 215.

²⁴ Sul punto C. QUIGLEY, *European State Aid law and policy*, (London, 2015), p. 2105.

²⁵ Come noto, infatti, l'aiuto di Stato si qualifica, in via generale, per la compresenza di sei elementi che sono definiti dall'art. 107, comma 1, TFUE ovvero: la natura pubblica dell'aiuto, la destinazione all'impresa, il carattere del vantaggio, il requisito della selettività, l'alterazione sugli scambi, la minaccia ad incidere sulla concorrenza. Sulla declinazione di tali requisiti all'aiuto fiscale, si rinvia alle riflessioni ed analisi accurate di G. FRANSONI, *Profili fiscali della disciplina degli aiuti di Stato*, (Pisa, 2007), p. 17; A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, *op. cit.*, p. 53.

La differente modalità di erogazione dell'aiuto (che non consiste mai in una concessione di una somma di denaro ma nella rinuncia ad un credito da parte dello Stato) definisce una prima significativa differenza che si riflette in via generale su tutti i passaggi attuativi della disciplina²⁶. In tali passaggi la materia tributaria – destinata al concorso alle spese pubbliche nell'ambito dei diversi Stati membri – rileva una evidente diversità in quanto ristabilire la concorrenza significa esercitare nuovamente la funzione tributaria, alterata dalla erogazione di un aiuto vietato²⁷.

L'importanza della materia nelle dinamiche mondiali ed europee ha poi segnato un altro passaggio importante che ha reso le posizioni in materia di aiuti fiscali di estremo rilievo nella politica internazionale²⁸.

Ciò è accaduto in quanto gli aiuti fiscali non hanno soltanto perseguito la funzione tradizionale agli stessi assegnata (la difesa della concorrenza nello Stato) ma sono stati piegati ad una finalità ulteriore: il contrasto alla concorrenza fiscale sleale.

In particolare, il divieto di aiuti fiscali è stato volto a due differenti finalità²⁹: la difesa della concorrenza all'interno dello Stato (secondo il paradigma tradizionale) e la lotta alla concorrenza fiscale sleale, secondo un paradigma nuovo ed estraneo alla disciplina originaria degli aiuti. Tale ultima finalità impatta sul diritto europeo, sugli equilibri internazionali e sulla

²⁶ L'aiuto fiscale non si qualifica mai nell'attribuzione diretta di una somma di denaro alle imprese, ma si realizza fisiologicamente attraverso una mancata contribuzione da parte dell'impresa a titolo di tributo, che definisce un'assenza di introiti per l'Erario. In tal senso il mancato incasso di un tributo è equiparato ad un costo supportato dallo Stato, in quanto una perdita di gettito equivale al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale. Tale impostazione si fonda sulla teoria economica delle *tax expenditures* in base alla quale si sostiene che tutte le discipline sottrattive agli obblighi impositivi corrispondono concretamente ad una erogazione di spesa per ogni Stato, il quale sarà chiamato a sostenere costi che non avrebbe dovuto sostenere. Cfr. S. SURREY – P.R. McDANIEL, *Tax Expenditures*, (Cambridge, 1985), *passim*.

²⁷ Tale aspetto è dimostrato da tutti i problemi che sorgono nella fase di recupero degli aiuti di Stato fiscali. Sul punto la Commissione europea ha effettuato sempre importanti precisazioni. Cfr. Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegittimi e incompatibili (2019/C 247/01).

²⁸ Come evidenziato, infatti, nei paragrafi precedenti la materia degli aiuti di Stato si è inserita a pieno titolo nella lotta alla *harmful tax competition* toccando fattispecie di rilievo non solo europeo ma internazionale.

²⁹ In questo senso M. BOCCACCIO, *La disciplina degli aiuti fiscali tra la funzione di controllo e quella di armonizzazione impropria: il ruolo della selettività*, in *E-Public Finance Research Papers*, 2016, n. 20; ID, *Alcune riflessioni sulle recenti decisioni della Commissione in materia di rulings fiscali*, in *Public Finance Research Papers*, 2016, n. 28.

funzione fiscale di ogni singolo Stato, definendo una miscela di valori di estremo rilievo che la disciplina degli aiuti fiscali è chiamata a regolare.

Un divieto finalizzato ad evitare che lo Stato membro aiuti determinate imprese nazionali, alterando la concorrenza nel proprio territorio (nazionale), viene impiegato per evitare che lo Stato aiuti le imprese estere a penetrare e permanere nel territorio nazionale, alterando la concorrenza europea³⁰.

3. Divieto di aiuti di Stato e fattispecie espressive di concorrenza fiscale sleale. Inquadramento

Al fine di comprendere appieno la linea di intervento attuata dalla disciplina degli aiuti fiscali con riferimento ai *rulings*, è necessario richiamare sinteticamente i caratteri essenziali del problema della concorrenza fiscale sleale.

Il problema della concorrenza fiscale tra Stati è stato avvertito in modo rilevante all'inizio del XXI secolo.

La globalizzazione dell'economia e lo sviluppo tecnologico hanno condotto ad una importante modificazione dei processi produttivi. In tale ambito è divenuto semplice spostare ricchezze e attività in Paesi diversi da quelli in cui strutturalmente le ricchezze sono prodotte e le attività sono localizzate.

Tali processi sono stati agevolati soprattutto nel contesto europeo, dove l'eliminazione delle frontiere e l'affermazione delle libertà economiche (libera circolazione di beni, di persone, di servizi e di capitali) hanno costituito un territorio senza barriere fisiche e materiali.

La concorrenza fiscale si registra nel momento in cui uno Stato utilizza la leva fiscale al fine di attrarre attività e capitali sul proprio territorio³¹.

La concorrenza fiscale diviene dannosa nel momento in cui lo Stato persegue i suddetti obiettivi attraverso politiche fiscali che richiamano la localizzazione di attività secondo logiche contrarie ai principi generali che governano la tassazione a livello nazionale e mondiale, alterando l'equilibrato riparto dell'imponibile tra gli Stati³².

³⁰ Sulla finalità originaria del divieto di aiuti di Stato nella sua evoluzione storica, anche precedente alla istituzione della UE, A. QUATTROCCHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario*, *op. cit.*, p. 3.

³¹ Cfr. V. CERIANI, *Competitività dei sistemi fiscali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2009, p. 2.

³² Così M.J. KEEN, *Aspects of harmful tax competition*, in M. Bordignon e D. Da Empoli (a cura di), *Concorrenza fiscale in un'economia internazionale integrata*, (Milano, 1999), *passim*.

I suddetti valori sono espressi nei generali principi della tassazione nel Paese della fonte e nel Paese della residenza, che attuano un'imposizione logicamente connessa al territorio di produzione della ricchezza³³.

La concorrenza fiscale dannosa sottrae ricchezze ad alcuni Stati in favore di altri, definendo una tassazione in Paesi diversi rispetto a quelli in cui la ricchezza è stata prodotta e determinando una importante asimmetria tra la produzione di ricchezza e la sua tassazione a danno di determinati Stati ed a vantaggio di altri Stati³⁴. Si determinano, in tal modo, importanti ricadute sulle politiche sociali e sul mondo del lavoro conseguenti alla diminuzione delle risorse normalmente disponibili in capo agli Stati³⁵.

Al fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati - a causa delle medesime ragioni politiche e giuridiche messe in luce - si associa inoltre, nel medesimo periodo, un incremento della pianificazione fiscale aggressiva.

La pianificazione fiscale si realizza nel momento in cui un contribuente organizza la propria attività d'impresa a vocazione internazionale in modo da far convergere i profitti verso i Paesi che offrono le migliori condizioni di tassazione ed assolvere al minor onere impositivo.

Tale ultima forma di pianificazione può giungere a livelli estremi (divenendo aggressiva) nel momento in cui - attraverso strumenti di diritto internazionale tributario (quali: la stabile organizzazione, la residenza fiscale, il *transfer price*) - si localizzano attività in territori completamente estranei al processo di produzione di ricchezza, scindendo del tutto la produzione del reddito dalla sua tassazione. Si realizza, in questo modo, una decontestualizzazione della ricchezza dal Paese della fonte o della residenza (con il quale avrebbe un collegamento naturale) ad altri Paesi che offrono condizioni di tassazione ottimali, giungendo in alcuni casi ad un risultato pari all'azzeramento della tassazione o ad una tassazione irrisoria e marginale³⁶.

³³ Sul punto, L. CARPENTIERI, *La crisi del binomio diritto- territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2018, 351.

³⁴ Cfr. P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati: verso un nuovo ordine della fiscalità internazionale*, *op. cit.*, p. 5.

³⁵ Cfr. A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, Milano, 2019, *passim*.

³⁶ Recente dottrina, ai fini della costruzione del diritto tributario globale, effettua una qualificazione positiva del fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva. A tali fini ritiene che la pianificazione fiscale aggressiva si caratterizzi per la compresenza di tre elementi: lo sfruttamento delle disparità tra i diversi sistemi giuridici al fine di trarre un vantaggio fiscale, il disallineamento tra la produzione della ricchezza e il potere impositivo statale, la sussistenza di una doppia non imposizione che gli Stati non hanno inteso concedere. Cfr. P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto globale*, *op. cit.*, p. 395.

In tale aspetto la pianificazione fiscale aggressiva presenta elementi comuni con l'elusione fiscale, distinguendosi da quest'ultima per il carattere necessariamente internazionale della fattispecie e per la totale irrilevanza dell'aspetto soggettivo della condotta posta in essere³⁷.

La pianificazione fiscale aggressiva può essere collegata alla concorrenza sleale ma può anche essere un fenomeno autonomo. La concorrenza fiscale sleale definisce un comportamento dello Stato, la pianificazione fiscale aggressiva definisce un comportamento dei contribuenti che può anche sfruttare delle politiche protezionistiche messe a punto dagli Stati ma può anche operare in assenza di quest'ultimo presupposto.

Gli effetti sul sistema sono devastanti nel momento in cui in una stessa fattispecie convergono entrambi i fenomeni in quanto si determinerà una localizzazione delle attività e degli investimenti negli Stati che realizzano le migliori condizioni fiscali e che non sono quelli in cui la ricchezza è stata prodotta, attuando forme artificiose e complesse di organizzazione dell'attività, volte ad eludere o azzerare l'onere impositivo³⁸.

Il contrasto a tali fenomeni è stato effettuato in sede internazionale da parte dell'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico), attraverso l'adozione di atti di *soft law* che hanno gradualmente definito principi generali e discipline rivolte agli Stati³⁹.

Le norme contenute negli atti di *soft law* non sono per natura vincolanti; i principi in materia di concorrenza fiscale sleale costituiscono raccomandazioni e linee guida di comportamenti fiscali che gli Stati dovrebbero tenere in determinate materie.

L'OCSE ha effettuato un importante percorso negli anni fino a giungere all'approvazione del progetto BEPS⁴⁰. L'obiettivo generale di tale politica è la definizione di principi generali espressione di un diritto tributario globale, al quale tutti gli Stati tenderanno naturalmente ad adeguarsi

³⁷ Cfr., su tali aspetti, P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto globale*, op. cit., p. 395.

³⁸ Cfr. P. BORIA, *La Concorrenza fiscale tra Stati*, op. cit., p. 8.

³⁹ Cfr. OECD, *Harmful tax competition. An emerging global issue*, (Parigi, 1998), *passim*. Sul punto, J.M. WEINER – H.J. HAULT, *The OECD's report on harmful tax competition*, in *National tax journal*, n. 3, 1998, p. 601; P. SELICATO, *The notion of tax and the elimination of double taxation or double non taxation (extended version)*, in *Riv. dir. trib. Int.*, 2015, p. 33.

⁴⁰ Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and profit Shifting*, (Parigi, 2013), *passim*; ID., *Action Plan on Base Erosion and profit Shifting*, (Parigi, 2013), *passim*; ID., *Explanatory Statement 2015. Final Reports*, Parigi, 2015, in <http://www.oecd.org/tax/beps>.

al fine di superare i problemi più gravi creati dalla concorrenza fiscale dannosa⁴¹.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, in sede europea, il fenomeno della concorrenza fiscale sleale giunge all'attenzione delle istituzioni dopo il Trattato di Maastricht del 1992⁴² che ha proclamato l'Unione economica e monetaria tra gli Stati europei e ha definito in campo fiscale un buon livello di armonizzazione nel campo delle imposte indirette⁴³.

A fronte di ciò, l'assenza di un'armonizzazione delle imposte dirette diviene la principale causa della crescita delle pratiche di concorrenza fiscale sleale nel territorio europeo e il movente della necessità di trovare soluzioni che contrastassero tali comportamenti.

In questo momento storico inizia la definizione di atti di *soft law* anche di matrice europea⁴⁴.

In tale quadro giuridico si effettua il collegamento tra la materia degli aiuti di Stato e la disciplina della concorrenza fiscale dannosa⁴⁵.

La Commissione europea si propone l'obiettivo di rafforzare l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato al fine di ridurre le distorsioni della concorrenza nel mercato unico⁴⁶ e chiarisce come le fattispecie di concorrenza fiscale sleale possono essere contrastate con la disciplina degli aiuti al ricorrere delle condizioni richieste dall'art. 107, par. 1, TFUE.

Lo Stato che concede misure di favore ai contribuenti che violano i principi contenuti negli atti di *soft law* o nel Codice di condotta può pertanto incorrere nella violazione dell'art. 107 TFUE.

⁴¹ Cfr. P. SAINT AMANS – R. RUSSO, *The Beps Package: Promise kept*, in *Bulletin for international taxation*, 2016, p. 4; E. TRAVERSA – A. FLAMINI, *The impact of Beps on the fight against harmful tax practices: risk and opportunities for the EU*, in *British tax review*, 2015, p. 3.

⁴² Cfr. W. SCHON, *Tax competition in Europe – The Legal Perspective*, in *EC Tax Review*, 2000, p. 90.

⁴³ Nello stesso anno, inoltre, si assiste ad un arresto improvviso del piano di armonizzazione in tema di imposte dirette a causa della bocciatura del rapporto *Ruding*. Su tali aspetti M. BOCCACCIO, *Alcune riflessioni sulle recenti decisioni della Commissione in materia di ruling fiscali*, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁴ Cfr. Codice di Condotta, adottato dal Consiglio Ecofin del 7.3.2003, in attuazione della decisione del 1° dicembre 1997, assunta dal Consiglio europeo nell'ambito del c.d. Pacchetto Monti (Comunicazione del Consiglio n. 495/1997 relativa al *Coordinamento fiscale dell'Unione Europea: un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*). Sul punto F. GALLO, *Sviluppo, occupazione e competitività*, in *Rass. Trib.*, 1990, p. 970.

⁴⁵ Cfr. Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato alle misure relative alla tassazione diretta delle imprese del 10 dicembre 1998, 98/C 384/03. Cfr. M. MONTI, *How state aid affects tax competition*, in *Ec Tax Review*, 4, 1999, p. 208.

⁴⁶ Cfr. A. FANTOZZI, *The applicability of State Aid rules to tax competition measures: a process of «De facto» harmonization in the tax field?*, in *Tax competition in Europe*, Amsterdam, 2003, p. 121.

Tale passaggio ha comportato un importante adattamento della disciplina degli aiuti di Stato agli obiettivi della concorrenza sleale che si è espresso soprattutto sul piano dei presupposti e degli effetti.

Le misure contrarie al Codice di condotta ed espressive di concorrenza fiscale sleale, censurabili attraverso la disciplina degli aiuti di Stato, sono state individuate in norme nazionali generali e in *rulings* fiscali accordati dagli Stati membri ai singoli contribuenti.

Un noto precedente interpretativo della Corte di Giustizia definisce l'apertura della disciplina degli aiuti di Stato fiscali al contrasto alle fattispecie normative espressive di concorrenza fiscale sleale.

Il passaggio in esame, già latente in alcuni precedenti della Corte di Giustizia⁴⁷, si è infatti conclamato nella sentenza *Gibilterra*⁴⁸.

Nella sentenza *Gibilterra*, il sistema normativo è stato giudicato discriminatorio e contrario al divieto di aiuti di Stato, in quanto favoriva le società *off shore* rispetto a quelle che realizzano utili nel territorio della Regione. In questa sentenza i requisiti del vantaggio e della selettività vengono dimostrati attraverso un confronto tra la disciplina impositiva rivolta ai soggetti residenti e quella rivolta ai non residenti, come tipicamente avviene nell'ambito della valutazione delle fattispecie di concorrenza fiscale tra Stati.

L'effetto della alterazione della concorrenza (tipico della fattispecie degli aiuti di Stato) è valutato non più in relazione ad un mercato esclusivamente nazionale ma all'interno del mercato europeo. La valutazione della selettività coincide con la prova di un effetto discriminatorio della disciplina verso i soggetti residenti.

La nostra analisi, come anticipato, è però rivolta ai *rulings* internazionali.

3.1. Il sindacato dei *tax rulings*

I *tax rulings* o *tax agreements* sono strumenti di tassazione, realizzati attraverso provvedimenti amministrativi individuali, sottoscritti dalle Am-

⁴⁷ Cfr. Corte Giust. UE, sent. del 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*.

⁴⁸ Cfr. Corte Giust. UE, sent. del 15 novembre 2011, C-106/09; C-107/09, *Commissione europea e Stato della Spagna c. Stato di Gibilterra e Regno Unito*. In questa sentenza oggetto del vaglio degli organi europei è stato un complesso di tributi approvati in una Regione che realizzava una sostanziale discriminazione tra le società residenti che producevano il reddito all'interno della Regione e le medesime società che, invece, realizzavano i redditi all'estero (società *off shore*).

ministrazioni dello Stato con i contribuenti che presentano una vocazione internazionale⁴⁹. Ogni Stato prevede discipline specifiche che regolano il contenuto e la procedura dei *tax rulings* internazionali⁵⁰.

I *tax rulings* internazionali sono attuati sulla base di indicazioni dell'OCSE e della Unione europea in quanto espressione di una politica fiscale improntata alla trasparenza, alla collaborazione ed alla necessità di prevenire controversie tributarie.

I suddetti strumenti si sono molto diffusi negli ultimi anni, in connessione alla globalizzazione del mercato e all'affermazione dell'economia digitale, al fine di regolare determinate fattispecie impositive connotate da caratteri di estrema complessità.

Le imprese multinazionali, infatti - destinate a porre in essere presupposti impositivi nell'ambito di diverse giurisdizioni nazionali - hanno la possibilità di avviare procedimenti in contraddittorio con le Amministrazioni finanziarie dello Stato in cui producono ricchezza al fine di concertare la definizione dell'attività presente sul territorio e il relativo trattamento fiscale. In tali accordi si affrontano e si definiscono questioni generali, quali: la residenza delle società sul territorio dello Stato; l'esistenza di una stabile organizzazione; le dimensioni della stabile organizzazione; i metodi generali per la definizione del *transfer price*; i criteri di quantificazione delle imposte dovute.

Nell'ambito dei *rulings* un rilievo importante assumono gli *Advance Pricing agreements* (APA), largamente diffusi in ambito OCSE e destinati a concertare, in via preventiva e per un determinato periodo di tempo, i metodi di calcolo del prezzo dei beni e dei servizi trasferiti tra società appartenenti ad uno stesso gruppo (disciplina del *transfer pricing*)⁵¹.

L'accordo raggiunto nell'atto di *tax ruling* vincola le parti, conferendo al rapporto impositivo certezza e stabilità giuridica, in relazione ai criteri,

⁴⁹ Cfr., sulla funzione e sulla disciplina dei *tax rulings* a livello internazionale, P. ADONNINO, *Considerazioni in tema di ruling internazionale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, p. 57; M. GRANDINETTI, *Gli accordi preventivi con imprese con attività internazionale*, in *Rass. Trib.*, 2017, p. 660; F. AMATUCCI, *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2018, p. 3; L. STRIANESE, *Decisioni anticipate in materia fiscale, lo scambio dei ruling in Italia: nuove regole e possibili strategie*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2018, p. 171.

⁵⁰ In Italia il *ruling* internazionale è regolato nell'art. 31-ter del d.P.R. n. 600/1973.

⁵¹ Cfr. M. TRIVELLIN, *Studi sugli strumenti di soluzione delle controversie fiscali internazionali con particolare riguardo al transfer price*, (Torino, 2018), *passim*; R. PETRUZZI, *Transfer pricing aspects of intra group financing*, (Alphen aan den Rijn, 2016), Capitolo n. 3.

alle procedure concordate ed alle imposte determinate; tali elementi non saranno più ridiscussi per tutta la durata dell'accordo.

Sebbene l'obiettivo di tali istituti fosse diverso, i *tax agreements* hanno lentamente mostrato una attitudine a costituire strumenti di concorrenza fiscale sleale nei casi in cui fossero sottoscritti con imprese multinazionali aventi un'importante posizione economica nel panorama mondiale.

In questo contesto sono emerse la tendenza degli Stati a fornire condizioni fiscali favorevoli alle imprese e l'attitudine delle imprese ad effettuare una pianificazione fiscale aggressiva, spostando sedi sociali ed attività negli Stati che conferiscono i maggiori vantaggi fiscali⁵².

L'osservazione di tale fenomeno è la base della cosiddetta dottrina *Vestager*⁵³ in materia di aiuti fiscali, che ha concentrato la propria attività sul controllo dei *tax rulings*.

L'attenzione della Commissione europea ai *rulings* fiscali è stata crescente negli anni.

A partire dal 2013 la Commissione ha avviato una serie di controlli. Ad ogni Stato membro è stato richiesto di fornire informazioni circa le regole nazionali di determinazione dei *tax rulings*, oltre che una lista dei *rulings* adottati nel biennio precedente. Inoltre, è stata istituita un'apposita *task Force* che ha attuato un'attività costante di monitoraggio che in determinati casi è sfociata in indagini formali⁵⁴. Tale attività ha definito una politica europea di estremo rilievo che ha condotto a decisioni della Commissione ed a pronunce del Tribunale molto rilevanti, come si porrà in luce nel paragrafo successivo.

3.2. Il parametro giuridico del sindacato. Il principio di libera concorrenza

L'operato della Commissione europea volto al sindacato dei *tax rulings* basa la propria analisi sul principio di libera concorrenza (*arm's length principle*); ne deriva come il principio in esame debba essere rispettato da tutti

⁵² Cfr. A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, op. cit., p. 32.

⁵³ Tale dottrina ha preso il nome da Margrethe Vestager, Presidente della Commissione europea dal 2014 al 2019. Su tale politica, 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 *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, p. 703.

⁵⁴ Cfr. M. BOCCACCIO, *Alcune riflessioni sulle recenti decisioni della Commissione in materia di rulings fiscali*, op. cit., p. 5.

gli Stati nel momento in cui si sottoscrivono accordi fiscali con imprese a vocazione internazionale.

In base a tale principio le condizioni fiscali riconosciute in sede di *ruling* dovranno essere quelle generali di cui avrebbe usufruito ogni altro operatore che si trova sul mercato nella stessa posizione⁵⁵. Il principio in esame costituisce, in tal modo, il parametro per valutare l'utilizzo delle condizioni ordinarie di tassazione previste dalla disciplina dello Stato ai soggetti che accedono al *ruling* fiscale.

La Commissione europea ha gradualmente elaborato tale principio giungendo ad una sua definizione nella Comunicazione del 2016 sulla nozione di aiuti di Stato, ove si rinvencono indicazioni di carattere generale⁵⁶.

In questa sede, si afferma che il principio di libera concorrenza deriva dall'art. 107, comma 1, TFUE e costituisce il parametro generale per la valutazione dei *rulings* fiscali.

Il principio di libera concorrenza vieta un'ingiustificata disparità di trattamento nella tassazione delle imprese che si trovano in una situazione di fatto o di diritto analoga.

Sulla base di tale principio un *tax ruling* non può conferire un vantaggio selettivo al contribuente; tale fattispecie si realizza nel momento in cui si concede una riduzione del debito di imposta rispetto alle altre imprese che nello Stato si trovano in una situazione di fatto o di diritto analoga.

Con riferimento alla valutazione dei prezzi di trasferimento delle operazioni infragruppo (ovvero alla stima del *transfer price*⁵⁷) si precisa che una

⁵⁵ Cfr. F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e praticabilità geo politica della «dottrina Vestager» in materia di tax ruling e aiuti di Stato alle imprese internazionali*, op. cit., p. 705.

⁵⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato ex art. 107 TFUE, n. 2016/C 262/01 del 19 luglio 2016, par. 5.4.4.1. In questa sede si è ribadito che i *tax rulings* devono rispettare l'intera materia degli aiuti di Stato ed applicare la disciplina fiscale dello Stato secondo criteri oggettivi e nel rispetto del principio di trasparenza. In tal senso si consiglia agli Stati di redigere atti amministrativi generali, contenenti le condizioni applicate ai *rulings* in materia internazionale, al fine di conferire certezza e prevedibilità in merito ai contenuti di tali atti.

⁵⁷ È noto come *transfer price* sia una locuzione (anglosassone) che indica la pratica fisiologica di determinazione dei prezzi di trasferimento da parte delle imprese multinazionali nell'ambito delle operazioni infragruppo che assume particolare rilievo nell'ambito delle politiche di contrasto alla concorrenza fiscale sleale tra Stati, potendo condurre alla erosione della base imponibile mediante la traslazione dei profitti generati dall'impresa multinazionale in Stati a fiscalità privilegiata ovvero ad una diretta lesione degli equilibri concorrenziali di mercato. Per un excursus storico sulle origini del *transfer price*, cfr. W.H. COATES, *Double taxation and tax evasion*, in *Journal of the Royal Statistical Society*, n. 3, 1925, p. 403; G. ECCLES, *The Transfer Pricing Problem*, (Lexington/Toronto, 1985), p. 13.

In ambito domestico la disciplina di *transfer pricing* è contenuta nell'art. 110, comma 7, TUIR

riduzione della base imponibile, derivante dalla applicazione di un metodo di valutazione dei prezzi di trasferimento, può costituire un aiuto di Stato se definisce un prezzo inferiore rispetto a quello praticato in regime di libera concorrenza tra imprese indipendenti.

I prezzi di trasferimento devono essere definiti sulla base del suddetto principio, in ossequio al quale è necessario scegliere il criterio di valutazione più adatto alla realtà e che conduca ad un risultato rispondente alle condizioni di mercato. Sono ammessi discostamenti ma solo laddove registrino un'approssimazione attendibile al valore di mercato.

Secondo tale strada si garantisce che l'utile della società sia determinato e tassato secondo le ordinarie previsioni applicate nello Stato.

Nella definizione dei prezzi di trasferimento in ossequio al suddetto principio, la Commissione europea recepisce le indicazioni fornite dalle *guidelines* dell'OCSE, affermando che tali *guidelines* riassumono principi condivisi a livello internazionale e forniscono criteri utili per fissare prezzi di trasferimento conformi alle condizioni di mercato⁵⁸.

(modificato con il D.l. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con la L. 21 giugno 2017, n. 96) che, anche alla luce della sua collocazione sistematica all'interno del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, evidenzia la stretta correlazione tra il fenomeno economico delle operazioni infragruppo delle multinazionali e l'imposizione diretta. Per un approfondimento, si vedano G. MAISTO, *Il transfer price nel diritto italiano e comparato*, (Padova, 1985), p. 2; C. GARBARINO, *Transfer price*, in *Dig. Priv.*, sez. comm., XVI, (Torino, 1999), p. 1; R. CORDEIRO GUERRA, *La disciplina del transfer pricing nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, I, pp. 421 ss.; E. DELLA VALLE, *Il transfer price nel sistema di imposizione sul reddito*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009, p. 133; L. PENNESI, *Transfer pricing ed operazioni infragruppo: evoluzione della disciplina e problematiche applicative nell'era digitale*, in *Neotepa*, 2020, p. 76.

Sul ruolo del *transfer price* nella concorrenza fiscale sleale, A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁸ In tal senso la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato *ex art.* 107 TFUE, n. 2016/C 262/01 del 19 luglio 2016, par. 5.4.4.1 rinvia alla documentazione dell'OCSE che definisce i prezzi di trasferimento. Tra le varie fonti internazionali di *soft law*, le Linee Guida sui prezzi di trasferimento rappresentano lo *standard* di riferimento circa la disciplina di *transfer price*. L'autorevolezza delle Linee Guida OCSE discende dalla ampia partecipazione dei Paesi sviluppati e in via di sviluppo, a vari livelli, nella stesura degli orientamenti esposti. Tali Linee Guida, periodicamente aggiornate (da ultimo nel 2017), forniscono analitiche indicazioni tecniche per effettuare una valutazione del rispetto del principio di libera concorrenza nelle transazioni infragruppo, da realizzarsi attraverso una duplice analisi di funzioni e di comparabilità con imprese indipendenti.

La versione aggiornata delle Linee Guida OCSE riflette le conclusioni del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) pubblicato nel 2013, il quale identifica i principi chiave della tassazione delle attività transfrontaliere e le problematiche di erosione della base imponibile mediante tecniche di *profit shifting* che esse possono creare, individuando talune soluzioni operative. Sul tema, cfr. M. KOOMEN, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's*

Se l'accordo è allineato a tali principi non dovrebbe qualificare un aiuto vietato.

La posizione della Commissione denota buon senso e - a nostro avviso - frena le paure mostrate nel momento in cui si è affermato il principio in oggetto. La dottrina, infatti, ha posto in luce con molto timore: la derivazione internazionale di tale principio⁵⁹, l'assenza di un espresso recepimento europeo⁶⁰, la sua strutturale indeterminatezza nei contenuti dal momento che, soprattutto in relazione alla qualificazione delle operazioni di *transfer price*, tale principio deve confrontarsi con una pluralità di regole

Length Principle, in *International Transfer Pricing Journal*, 2015; A. STORCK - R. PETRUZZI - M. PANKIV - R. TAVARES, *Global Transfer Pricing Conference - Transfer Pricing in a post-BEPS world*, in *International Transfer Pricing Journal*, Maggio/Giugno, 2016, pp. 222 ss.; C. SCHELLING - J. SALOM - N. BURKHALTER, *Overview of the Base Erosion and Profit Shifting Project*, in *Base Erosion and Profit Shifting*, Zurigo, 2016, p. 10.

⁵⁹ Il principio di libera concorrenza è stato recepito dalle Convenzioni OCSE contro le doppie imposizioni nell'ambito delle quali funge da parametro generale per la valutazione di determinate condotte. Cfr. OECD, *Action Plan on Base Erosion and profit Shifting*, Paris, 2013. Con riguardo al *transfer price*, la soluzione ai problemi posti fu individuata, in sede internazionale, in una attività di comparazione delle politiche di determinazione dei prezzi infragruppo con operazioni assimilabili, concluse secondo le ordinarie dinamiche di libero mercato e, quindi, conformi al c.d. *arm's length principle*. Il principio di libera concorrenza è alla base della moderna disciplina di *transfer price* ed indica la condizione di sostanziale equilibrio nel quale devono trovarsi le operazioni concluse tra entità del medesimo gruppo societario e quelle poste in essere tra imprese terze ed indipendenti, indice di una corretta remunerazione delle parti coinvolte e dell'assenza di pratiche di elusione od evasione di imposte dirette. Per un approfondimento circa il principio si vedano nella letteratura internazionale i noti contributi di S. LANGBEIN, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, in *Tax Notes*, 1986, pp. 625 ss.; R. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, in *Finance and Tax Law Review*, 2006, pp. 310 ss.

⁶⁰ Sembra infatti che, mentre nel diritto internazionale costituisce un principio generale consolidato da diverso tempo, in ambito europeo sia stato utilizzato soltanto in qualche sentenza, non evidenziando - in tal modo - alcun percorso giuridico normativo ovvero di tipo interpretativo giurisprudenziale che lo abbia definito quale principio generale dell'Unione. Il principio di libera concorrenza viene per la prima volta collegato alla disciplina degli aiuti Stato (con un riferimento esplicito) in una Comunicazione della Commissione del 2014, alla quale poi segue altra Comunicazione del 2016 nella quale il principio stesso, invece, è richiamato espressamente e formalmente definito, pur mancando una individuazione dei relativi criteri applicativi e metodi di calcolo. A fronte di ciò si è ritenuto che la Commissione europea nell'ambito delle decisioni relative ai *tax rulings* ha utilizzato, quale parametro generale, un principio, quello di libera concorrenza, che in quel momento non costituiva un principio generale dell'ordinamento europeo e che, come rilevato, presenta un contenuto ampio, connotato da profili di indeterminatezza. Cfr. M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nell'Unione europea*, op. cit., p. 307.

e di criteri per la stima dei prezzi, in continua evoluzione e comunque alternativi nell'utilizzo⁶¹.

Ad avviso di chi scrive, il principio di libera concorrenza non esprime altro che un parametro generale di non discriminazione e di parità di trattamento nell'imposizione. Si tratta di un principio fondante il sistema giuridico europeo che non necessita, ad oggi, di alcun percorso di formazione.

Il principio in esame è inoltre insito nella normativa sugli aiuti di Stato, finalizzata da sempre a sindacare discipline selettive che generano discriminazioni.

In tale prospettiva il recepimento di tale criterio nulla modifica all'assetto consolidato della disciplina, che rispetto al passato si limita a declinare i contenuti della non discriminazione fiscale alla tassazione realizzata attraverso i *rulings* fiscali.

⁶¹ Le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento hanno previsto la necessità di addivenire ad una complessa valutazione delle funzioni svolte da ciascuna impresa associata e coinvolta nella transazione infragruppo, nonché dei rischi assunti e degli *assets* utilizzati; per tali ragioni sono stati elaborati taluni metodi di calcolo. Con particolare riferimento al metodo da adottare, le citate Linee Guida hanno confermato che non esiste una rigida gerarchia tra i vari metodi, ma occorre utilizzare il metodo ritenuto più appropriato alle circostanze del caso (c.d. M.A.M. *Most Appropriate Method*).

I metodi sono a) metodo del Confronto di prezzo, c.d. CUP, il quale confronta il prezzo di beni o servizi trasferiti nel corso di una transazione tra imprese associate con il prezzo applicato a beni o servizi trasferiti in una transazione comparabile tra parti indipendenti in circostanze comparabili; b) metodo del Prezzo di Rivendita, c.d. RPM il quale si basa sul confronto tra il margine lordo che un acquirente in una operazione controllata realizza nella successiva rivendita in una operazione non controllata con il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili; c) metodo del Costo Maggiorato, c.d. CPM, basato sul confronto tra il margine lordo realizzato sui costi direttamente e indirettamente sostenuti in un'operazione controllata con il margine lordo realizzato in operazioni non controllate comparabili; d) metodo del Margine Netto della Transazione, c.d. TNMM, basato sul confronto tra il rapporto tra margine netto ed una base di commisurazione appropriata, rappresentata, a seconda delle circostanze, da costi, ricavi o attività, realizzati da un'impresa in una operazione controllata e il rapporto tra il margine netto e la medesima base realizzato in operazioni non controllate comparabili; e) metodo della Ripartizione degli Utili, c.d. *Transactional Profit Split*, basato sull'attribuzione a ciascuna impresa associata che partecipa ad un'operazione controllata della quota di utile, o di perdita, derivante da tale operazione, determinata in base alla ripartizione che sarebbe stata concordata in operazioni non controllate comparabili.

Tali metodi possono essere distinti in metodi tradizionali e reddituali. Tra i metodi tradizionali sono ricompresi il metodo del confronto del prezzo (CUP), il metodo del prezzo di rivendita (RPM) e il metodo del costo maggiorato (CPM), i quali sono connotati dall'impostare l'analisi sui caratteri della transazione. Diversamente, i metodi reddituali, che ricomprendono il metodo del margine netto della transazione (TNMM) e della ripartizione degli utili, attribuiscono rilievo all'utile generato dalle transazioni.

I maggiori timori sono stati mostrati in relazione alla valutazione dei prezzi di trasferimento ed alla possibile censurabilità del criterio prescelto nel *ruling*; anche in questo caso si ritiene che la Commissione europea abbia voluto recepire i principi generali che garantiscono un allineamento al principio di libera concorrenza, adottando il parametro consolidato a livello internazionale per regolare tali fattispecie⁶².

I criteri per la valutazione dei prezzi di trasferimento, come definiti dall'OCSE, sono infatti riconosciuti ed utilizzati in gran parte degli Stati industrializzati e la loro generalità ed indeterminatezza è un carattere essenziale che ne garantisce una piena adattabilità alla realtà commerciale.

Inoltre, la natura internazionale delle operazioni commerciali - da cui si originano le fattispecie censurate dalla Commissione europea - rende assolutamente coerente il recepimento (ai fini della declinazione del principio di libera concorrenza) dei criteri di stima dei prezzi di trasferimento definiti dall'OCSE; la definizione di tali prezzi secondo differenti parametri avrebbe mostrato un grado di indeterminatezza e di incertezza molto più alto rispetto a criteri consolidati ed utilizzati da anni nel diritto internazionale tributario.

Le suddette censure si sono alimentate sulla base dell'applicazione di tali principi a determinati *rulings* internazionali e sono, a nostro avviso, superabili proprio da una attenta valutazione di tali fattispecie.

Come noto, alcuni casi hanno alimentato il dibattito internazionale in quanto oggetto di decisioni di estremo rilievo della Commissione europea in parte confermate ed in parte annullate dal Tribunale europeo.

⁶² Non si dubita, invero, del rilievo generale che tali criteri hanno nella definizione dell'imponibile a livello internazionale. Le Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento e i metodi ivi individuati, pur non essendo enucleati in norme di diritto positivo aventi efficacia vincolante, rappresentano il *gold standard* internazionale sul tema e sono pertanto formalmente adottati da un vasto numero di Paesi.

Ad esempio, il *Taxation (International and other provisions) Act* del Regno Unito del 2010, nella sezione 164, stabilisce che le Linee Guida OCSE costituiscono un modello per l'interpretazione delle regole diritto tributario internazionale sui prezzi di trasferimento; in Spagna, il riferimento a tali Linee Guida è presente nel preambolo della *Ley n. 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal*, in cui si afferma che la normativa spagnola sui prezzi di trasferimento deve essere interpretata in linea con il loro contenuto. Sul punto, si veda A. VEGA, *International governance through soft law: the case of the OECD transfer pricing guidelines*, in *Transtate Working Papers*, n. 163, Brema, 2012, *passim*; C. BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial System: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, 2011, *passim*; M. MARCUSSEN, *OECD Governance through Soft Law*, in *Soft Law in Governance and Regulation: An Interdisciplinary Analysis*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), 2004, p. 103.

I casi in esame costituiscono il risvolto pratico del problema teorico analizzato nei precedenti paragrafi: una importante violazione fiscale dei principi generali in materia di tassazione e l'inadeguatezza dello strumento giuridico finalizzato alla riparazione di tale violazione.

Su tale ambiguità si sviluppano i precedenti della Commissione europea e del Tribunale di primo grado.

Si tratta in particolare dei casi Apple, Amazon, Starbucks e FIAT⁶³.

Il caso Apple⁶⁴ trae origine da due *rulings* fiscali concessi dall'Irlanda in relazione ai quali la Commissione europea censura - a fronte dell'organizzazione dell'attività messa a punto dal gruppo *Apple* al fine esclusivo di attrarre utili in Irlanda - la definizione di prezzi di trasferimento in contrasto con il principio di libera concorrenza. Nel caso in esame era stato utilizzato il metodo del *transactional net margin method* e - secondo la Commissione - le condizioni accordate dall'Irlanda alle società del suddetto gruppo non erano in linea con le normali condizioni commerciali tra imprese indipendenti e determinavano un'attribuzione dei redditi alle due società irlandesi priva di giustificazione fattuale o economica che generava al contempo un vantaggio selettivo rispetto alle altre imprese assoggettate alla medesima normativa tributaria nazionale.

Il caso Amazon⁶⁵ si concentra su un *ruling* fiscale sottoscritto con l'Amministrazione finanziaria dello Stato del Lussemburgo nel 2003 e rinnovato

⁶³ Cfr. Commissione UE, decisione del 4 ottobre 2017, n. 2018/6740 (*Amazon*); Commissione UE, decisione del 30 agosto 2016, n. 2017/1283 (*Apple*); Commissione UE, decisione del 21 ottobre 2015, n. 2016/2326 (*Fiat*); Commissione UE, decisione del 21 ottobre 2015, n. 2017/502 (*Starbucks*).

⁶⁴ Il caso *Apple* si sviluppa in relazione a due *rulings* fiscali concessi dall'Irlanda, a gennaio del 1991 e a maggio del 2007 (*ruling* a sua volta sostituito nel 2015, quando si realizza un'ulteriore modifica delle strutture societarie), a favore di Apple Sales International (ASI) e Apple Operations Europe (AOE), due società di diritto irlandese, controllate da Apple. A seguito di un'approfondita indagine, la Commissione stabiliva che grazie ai due *rulings* fiscali, la multinazionale (*Apple Inc.*) aveva beneficiato di una consistente e artificiosa riduzione di tassazione resa possibile dalle modalità di determinazione del reddito imponibile utilizzate in relazione alle società controllate Apple Sales International (ASI) e Apple Operations Europe (AOE). La scelta del criterio del *transactional net margin method* per la stima dei prezzi di trasferimento definiva in Irlanda la tassazione di una minima parte degli utili effettivamente prodotti. Cfr. Commissione UE, decisione del 30 agosto 2016, n. 2017/1283 (*Apple*).

⁶⁵ Nel caso *Amazon* si rileva il trasferimento da parte della società principale del gruppo di gran parte degli utili ad una società assoggettata a tassazione in Lussemburgo che ha trasferito nuovamente i suddetti utili ad una altra società, appartenente allo stesso gruppo, che invece, in quanto società trasparente, non veniva sottoposta a tassazione in Lussemburgo. Quest'ultima società era priva di uffici, dipendenti e attività commerciali in quanto il suo scopo era soltanto

negli stessi termini nel 2011. Anche in questo caso la Commissione europea ha qualificato come aiuto vietato il suddetto *ruling* in quanto basato nella valutazione dei prezzi infragruppo sul *transactional net margin method*, il cui risultato dell'applicazione determinava un'abnorme riduzione delle imposte dovute in condizioni ordinarie. Il metodo in esame operava, anche in tale fattispecie, su una organizzazione dell'impresa artificiosa e finalizzata ad attrarre materia imponibile nello Stato di Lussemburgo; la scelta del metodo risultava pertanto strumentale ad una stima al ribasso dell'imponibile artificialmente trasferito nel suddetto Stato.

Allo stesso modo nel caso Starbucks⁶⁶ la Commissione europea censurava un *ruling* concordato tra l'Amministrazione tributaria nazionale e una società del gruppo Starbucks che realizzava l'effetto di ridurre artificialmente le imposte a carico della società, anche in questo caso⁶⁷ per i criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento che definivano remunerazioni corrisposte tra le società non giustificabili e non realisticamente affini al reale valore di mercato. Si trattava anche in questo caso del risultato

quello di detenere i diritti di sfruttamento della proprietà intellettuale. Tra le due società si definiva, in tal modo, una intensa attività commerciale in virtù della quale la società residente trasferiva alla società trasparente cospicue *royalties*, abbattendo notevolmente il proprio reddito soggetto a tassazione. Attraverso l'operazione di pagamento delle *royalties* si realizzava un significativo *profit shifting*. Cfr. Commissione UE, decisione 4.10.2017, n. 2018/6740 (*Amazon*). Si veda T. GASPARRI, *Stati sovrani ed imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in *Note e studi Assonime*, n. 15/2017.

⁶⁶ Nel caso *Starbucks* venivano stabiliti criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento per l'acquisito da parte di Starbucks Manufacturing di chicchi di caffè da società del gruppo *Starbucks*, avente sede in Svizzera. La Starbucks Manufacturing procedeva inoltre a trasferire cospicue *royalties* ad una società inglese, facente parte dello stesso gruppo, a fronte della concessione in utilizzo del *know how* relativo alla tostatura del caffè. Tale ultima società, sulla base della normativa tributaria, non era tenuta a pagare le imposte sui redditi né nel Regno Unito, né nei Paesi Bassi. A fronte della suddetta organizzazione si eludeva del tutto l'onere fiscale relativo alla ricchezza prodotta. In generale si dimostrava che Starbucks Manufacturing aveva trasferito indebitamente gran parte degli utili imponibili attraverso *royalties* molto onerose ed aveva ridotto ulteriormente la propria base imponibile acquistando ad un prezzo molto elevato i chicchi di caffè dalla società svizzera. Cfr. Commissione UE decisione del 21 ottobre 2015, n. 2017/502 (*Starbucks*).

⁶⁷ In questo senso si è notato come in base ad un'applicazione formalistica del TNMM veniva scorporato dai profitti complessivi della società belga del gruppo Starbucks un margine irrisorio, il quale veniva tassato in Belgio. Il restante ammontare dei profitti veniva considerato, invece, come derivante dall'appartenenza della società al gruppo e per questo motivo apolide. Si veda in tal senso T. GASPARRI, *Stati sovrani ed imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, *op. cit.*, p. 21.

dell'applicazione dei suddetti metodi ad una realtà operativa modificata artificialmente.

Nel caso Fiat⁶⁸ la Commissione Europea stabiliva che tramite un *ruling* fiscale del 2012, concesso dallo Stato di Lussemburgo a favore di Fiat *finance and trade*, si fosse erogato alla medesima società un aiuto fiscale vietato. Anche in tal caso la questione si basava sulla circostanza che si fosse avallato un metodo di calcolo - per l'attribuzione degli utili ad una società del gruppo Fiat - estremamente complesso e non appropriato per la determinazione degli utili imponibili ed anche in questo caso il punto di partenza era l'organizzazione messa a punto dalla società del gruppo Fiat⁶⁹.

Si comprende come i casi analizzati definiscano una commistione di profili di concorrenza sleale da parte dello Stato con evidenti profili di pianificazione fiscale aggressiva da parte delle società multinazionali.

In tale quadro risulta lampante l'utilizzo strumentale dei criteri di determinazione dei prezzi di trasferimento, su una realtà giuridica artificialmente alterata nelle modalità organizzative, al fine di realizzare l'effetto di assolvere al minor carico impositivo possibile ovvero di azzerarlo del tutto.

Ne derivano le seguenti considerazioni.

Il principio di libera concorrenza è un parametro corretto in linea di principio e coerente con la materia degli aiuti di Stato. Si ritiene, pertanto, possa essere utilizzato anche a prescindere da un espresso recepimento nello Stato membro in quanto costituisce una estrinsecazione del principio di non discriminazione fiscale, principio generale oggi universalmente riconosciuto quale patrimonio giuridico di tutti gli Stati dell'Unione⁷⁰.

Nei casi in esame, però, non coglie l'essenza del problema e rischia di essere incoerente, riduttivo e complesso da applicare.

⁶⁸ Nello specifico, la decisione stabiliva che il *ruling* fiscale in questione avesse conferito un vantaggio selettivo a Fiat *finance and trade* pari a una riduzione indebita dell'onere fiscale per almeno 20-30 milioni di euro, utilizzando un metodo di calcolo per l'attribuzione degli utili a Fiat *finance and trade* all'interno del gruppo Fiat che aveva definito una sottostima del capitale e delle remunerazioni. Cfr. Commissione UE, decisione del 21 ottobre 2015, n. 2016/2326 (*Fiat*).

⁶⁹ In particolare i conti delle società europee appartenenti al gruppo Fiat venivano azzerati ed i fondi erano trasmessi a *FFT*, la quale, dopo un'accorta pianificazione del fabbisogno finanziario del gruppo, investiva l'eccedenza in attività ad alto rendimento.

⁷⁰ In senso opposto, mettendo in discussione l'efficacia del criterio dell'*arm length principle* con particolare riferimento alla valutazione dei prezzi di trasferimento S. CIPOLLINA, *I redditi «nomad» delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 2014, p. 21.

Nelle suddette fattispecie, infatti, non si comprende in che modo si possa rinvenire un'impresa indipendente che operi alle stesse condizioni di mercato dal momento che tutte le società coinvolte denotano un'artificiosa organizzazione economica finalizzata ad ottenere i vantaggi del *ruling*. In tal modo rinvenire un'impresa nella stessa posizione sul mercato con cui effettuare la comparazione è un'operazione impossibile, a meno che non la si effettui con una impresa che svolge effettivamente l'attività nello Stato (ma in tal caso la comparazione non è veritiera).

A tale problema si aggiunge la scelta del metodo di valutazione per la stima dei prezzi di trasferimento.

La scelta del metodo deve essere coerente con la fattispecie e tale da identificare con maggiore approssimazione possibile il prezzo di mercato ovvero quello praticato tra imprese indipendenti.

Anche in tal caso si comprende come la Commissione nelle fattispecie analizzate non abbia voluto censurare il metodo in sé bensì l'utilizzo strumentale del metodo al fine di ottenere il risultato complessivo dell'azzerramento dell'onere impositivo.

In altre parole, non è sbagliato il metodo ma è censurabile la sua applicazione nei casi di specie in quanto produce risultati inaccettabili⁷¹.

Non esiste quindi un problema di scelta del metodo di definizione dei prezzi di trasferimento nel caso in cui l'utilizzo di un metodo rispetto all'al-

⁷¹ Il Metodo del TNMM risulta del tutto inadeguato nei casi in cui è stato utilizzato in quanto contribuisce ancora di più a sottostimare la materia imponibile. Cfr. A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, op. cit., p. 53.

Si ricorda, a tal proposito, che il TNMM individua l'utile netto relativo a una base adeguata (ad esempio, costi, vendite, attivi) che un contribuente realizza da una transazione con imprese associate. Pertanto, il TNMM opera in maniera simile ai metodi del costo maggiorato e del prezzo di rivendita, e dunque ai fini di un'applicazione affidabile esso deve seguire in maniera conforme i parametri di applicazione dei metodi del costo maggiorato e del prezzo di rivendita. Per un approfondimento sul metodo si veda, in primo luogo, OCSE, *Transfer pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, Parigi, 2017 e in dottrina, S.C. BORKOWSKI, *Choosing a transfer pricing method: a study of the domestic and international decision making process*, in *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, 1992, p. 33; V. AMERKHAIL, *Functional analysis and choosing the best method*, in *Tax management transfer pricing report*, 2007, p. 4.

Nel caso *Fiat*, l'applicazione del TNMM era funzionale alla stima della remunerazione delle funzioni esercitate dalla società. Al contrario, in luogo del metodo prescelto, sarebbe stato più opportuno utilizzare il capitale proprio contabile come indicatore del livello degli utili in quanto le scelte effettuate avevano determinato una diminuzione della base imponibile della società in Lussemburgo rispetto alle società non integrate fiscalmente i cui utili erano definiti dalle condizioni di mercato.

tro definisca ragionevoli scostamenti, come evidenziato dalla Commissione europea.

In tal senso si condivide l'impostazione della Commissione in relazione al principio di libera concorrenza.

Il problema di fondo è che tale impianto non risulta adeguato alla valutazione di fattispecie in cui concorrono profili di concorrenza fiscale sleale e di pianificazione fiscale aggressiva, in quanto non coglie le peculiarità giuridiche dei casi di specie.

3.3. La posizione della giurisprudenza europea

I problemi di fondo dell'impostazione in esame si amplificano nel momento in cui si transita da un giudizio di merito (quello della Commissione europea) ad uno di legittimità, volto ad operare un controllo di legalità sull'operato della Commissione europea.

In questa sede emerge con decisione il rilievo delle questioni e la parziale inconferenza del paradigma normativo destinato a regolarle.

In fattispecie come quelle descritte nel paragrafo precedente (nelle quali è palese la violazione dei principi impositivi) si registra una difficoltà estrema a provare gli elementi che definiscono un aiuto vietato e, in particolare, il requisito che costituisce l'anima della nozione ovvero la selettività⁷².

Tradizionalmente la dimostrazione del requisito del vantaggio e quella della selettività hanno assunto caratteri molto importanti nella materia fiscale, sostenendo nel tempo la circostanza che la nozione di aiuto fiscale fosse essenzialmente basata sulla esclusiva dimostrazione del vantaggio selettivo, a scapito di tutti gli altri requisiti dell'art. 107, par. 1, TFUE, che assumevano un ruolo residuale⁷³.

In tal senso, infatti, la Commissione europea e la Corte di Giustizia sono giunte ad elaborare numerose riflessioni sulla dimostrazione di tali

⁷² In particolare, su tale difficoltà, F. CACHIA, *Analysing the European Commission's final decisions on Apple, Starbucks, Amazon and Fiat Finance and Trade*, in *EC Tax rev.* n. 2/2017, *passim*; T. ILIOPULUS, *The State aid cases of Starbucks and Fiat: new routes for the concept of selectivity?*, in *Eur. State aid law quart.*, n. 2/2017, p. 263; G. CORASANITI, *Concorrenza fiscale aggressiva e aiuti di Stato: brevi considerazioni in merito al caso Apple*, in *La concorrenza fiscale tra Stati*, *op. cit.*, p. 94.

⁷³ Cfr. R. FEDERICO, *Sentenza «A – brauerei» C-374/17 o sulla sordità selettiva della Corte di Giustizia*, in *Studi tributari europei*, 2018, p. 13.

requisiti nell'ambito degli aiuti fiscali. Si tratta di riflessioni complesse che hanno condotto ad alcune valutazioni sistematiche di carattere generale⁷⁴.

Si è, quindi, rilevato che l'analisi della selettività non possa essere ridotta ad un unico paradigma generale⁷⁵.

Nella materia tributaria, poi, l'accertamento del beneficio e quello della selettività sono risultati connessi e difficili da definire individualmente; l'ampliamento del primo riduce l'area del secondo e viceversa, definendo una relazione costante tra le due nozioni⁷⁶.

In altre parole, la dimostrazione del vantaggio deve provare il beneficio che la misura concede al contribuente; il requisito della selettività deve provare invece che tale beneficio non ha alcuna giustificazione e realizza una discriminazione tra contribuenti che hanno la medesima situazione di fatto e di diritto sul mercato.

Orbene, nella prassi provare il vantaggio senza effettuare una forma di comparazione con gli altri contribuenti definisce una prova apodittica e poco effettiva. Per tale motivo la prova del vantaggio viene basata, da diversi anni, su una necessaria comparazione, sconfinando in tal modo nella selettività che si basa proprio sulla comparazione tra i soggetti beneficiati e quelli esclusi dall'aiuto.

Dimostrare il vantaggio e la selettività con riguardo agli aiuti fiscali costituiti dai *rulings* ha poi definito ulteriori problemi.

⁷⁴ La complessità nasce dalla circostanza che la materia fiscale costituisce un assetto normativo strutturalmente articolato nel quale fisiologicamente si riconoscono trattamenti selettivi rivolti ai contribuenti attraverso lo strumento delle agevolazioni fiscali. La materia fiscale, pertanto, rispetto alle altre materie, definisce costantemente un'ampia gamma di misure selettive che potenzialmente rientrano nell'ambito di applicazione del divieto di aiuti di Stato.

⁷⁵ Per tale motivo il suddetto esame è stato declinato nel tempo in varie ipotesi, che sono state classificate in: selettività materiale di diritto; selettività materiale di fatto; selettività territoriale. Su tali temi ferisce un dibattito molto importante relativo alle modalità ed ai limiti di tale dimostrazione nella materia tributaria. Cfr., *ex pluribus*, J. MONSENEGO, *Selectivity in State Aid and the methods for the allocation of the corporate tax base*, IBFD, 2018, *passim*; A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia in materia di aiuti di Stato*, in AA.VV., *Liber amicorum Antonio Tizzano*, (Torino, 2018), p. 206; S. LEFEVRE, *The requirement of selectivity in the recent case – law of the court of justice*, in *European State law Quarterly*, 2012, p. 237; L. DA CRUZ VILACA, *Material and geografic selectivity in State Aid – recent development*, in *European state aid Quarterly*, (Brussels, 2009), p. 449; A. BARTOSCH, *On being selective in selectivity*, in *European State Aid law Quarterly*, 2009, p. 234; J. BOUSIN - J. PIERNAS, *Developments in the notion of selectivity*, in *European State Aid law Quarterly*, (Brussels, 2005), p. 645.

⁷⁶ Cfr. M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di stato nel diritto dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 222; T. JAEGER, *Tax incentives under State Aid law: A competition law perspective*, in *State Aid law and Business taxation*, *op. cit.*, p. 39.

In due importanti decisioni della Commissione europea il Tribunale di primo grado non ha ritenuto la ricostruzione giuridica adeguatamente provata (*Apple e Starbucks*)⁷⁷.

I giudici europei hanno infatti ritenuto che la Commissione debba dimostrare: la non adeguatezza dei criteri di determinazione delle imposte utilizzati; la riduzione del carico fiscale; il diverso metodo che si sarebbe dovuto scegliere; la prova che la scelta di quest'ultimo metodo avrebbe comportato un prelievo più oneroso e pari a quello applicato alle imprese indipendenti sul mercato.

I giudici pertanto affermano la necessità di una serie di ulteriori dimostrazioni che attestino la conclusione raggiunta dalla Commissione, adottando un'impostazione giuridico formale molto rigorosa in ossequio alla nozione tradizionale di aiuto di Stato⁷⁸.

Si comprende come tale impianto probatorio mal si adatti alla realtà operativa delle fattispecie analizzate, realtà operativa artificiosa e complessa, predisposta al solo fine di ridurre al minimo il carico impositivo.

Il suddetto impianto probatorio pertanto, oltre ad essere quasi impossibile da mettere a punto per la Commissione, non è conferente alla fattispecie, in merito alla quale il vantaggio selettivo è evidente e di immediata percezione.

In altra pronuncia, invece, il Tribunale ha condiviso la ricostruzione della Commissione europea, effettuando un percorso argomentativo che ha alleviato la prova della selettività⁷⁹. In particolare, nel caso *Fiat*, emerge la circostanza che il beneficio sia provato con la dimostrazione di un carico impositivo differente da quello normalmente applicato ad imprese con la stessa posizione sul mercato sulla base del principio di libera concorrenza, mentre la selettività risulta attestata dalla circostanza che il *ruling* è individuale.

In tal modo la natura individuale del *ruling* definisce una sorta di selettività *in re ipsa*.

Si tratta di una deviazione dagli ordinari meccanismi di definizione degli aiuti fiscali, ma che nei casi in esame riesce a dimostrare la natura vietata dell'aiuto.

⁷⁷ Cfr. Tribunale UE sent. del 15 luglio 2020, T-778/16 e T892/16, *Irlanda c. Commissione*.

⁷⁸ Cfr. F. PEPE, «How to dismantle an atomic bomb»: osservazioni sul caso *Apple* e sulla prima giurisprudenza europea sui *rulings* fiscali, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2021, p. 1.

⁷⁹ Cfr. Tribunale UE, sent. del 24 settembre 2019, T-755/15, *Lussemburgo c. Commissione*, e T-759/15, *Fiat c. Commissione*.

Tale secondo approccio risulta pertanto preferibile in quanto, rispettando una sequenza giuridica di tipo formale, riesce a provare il vantaggio e la selettività del trattamento impositivo.

Il problema di fondo risiede nella circostanza che il passaggio da un'impostazione di tipo giuridico sostanziale ad una impostazione giuridico formale mette in luce l'inconferenza del paradigma, piegando gli organi europei alla dimostrazione di elementi che non mettono in luce i profili della pianificazione fiscale aggressiva⁸⁰.

Soltanto un approccio formale meno rigoroso, come quello adottato nel caso *Fiat*, riesce a definire una risposta più conferente al caso di specie, anche se sostanzialmente inadeguata, come si vedrà nel paragrafo successivo.

3.4. La sostanziale inefficacia del rimedio

A fronte delle evidenti difficoltà a definire un quadro giuridico e probatorio adeguato alle fattispecie in esame e rispondente ad una logica unitaria (sulla base del paradigma dell'art. 107, par. 1, TFUE) emerge, a nostro avviso, anche una certa inefficacia del rimedio prescelto.

Come più volte detto, in tali fattispecie, si censura il comportamento dello Stato in quanto viola il divieto di aiuti fiscali, ma la fattispecie da cui si origina la controversia denota soprattutto una forma di pianificazione fiscale aggressiva da parte dell'impresa multinazionale.

Si tratta dell'aspetto più rilevante delle fattispecie analizzate che risulta, invece, celato da un paradigma normativo basato sull'interesse generale che lo Stato non conceda aiuti vietati alle imprese e che mira in via esclusiva a dimostrare l'esistenza di una violazione realizzata dallo Stato membro.

La materia degli aiuti di Stato è infatti concentrata sulla figura dello Stato membro, al quale è imputato un comportamento lesivo della concorrenza e del mercato.

Nei casi analizzati, però, si ritiene che la condotta dello Stato membro sia causalmente dipendente da quella della multinazionale e che quest'ultima, assuma, pertanto un rilievo maggiore nella definizione delle fattispecie.

⁸⁰ Sul punto F. PEPE, «*How to dismantle an atomic bomb*»: osservazioni sul caso *Apple* e sulla prima giurisprudenza europea sui rulings fiscali, *op. cit.*, p. 1, rileva come nei giudici europei si evidenzia un approccio analitico-razionale, teso a sondare la tenuta dell'apparato argomentativo della Commissione in ogni suo snodo giuridico e fattuale, che si contrappone ad un approccio sintetico-intuitivo della Commissione, fondato su una valutazione del risultato fiscale complessivo.

Lo Stato, infatti, non avrebbe mai potuto concedere alcun aiuto se non si fosse sottoposta alla sua attenzione un'organizzazione economica dell'attività artificiosa e complessa, messa scrupolosamente a punto dalla società multinazionale.

Tale aspetto non è destinato a venir fuori nella disciplina degli aiuti fiscali le cui conseguenze riguardano soltanto la posizione dello Stato; tali conseguenze evidenziano a nostro avviso profili di incoerenza in relazione alle tre posizioni coinvolte nella fattispecie: lo Stato che ha concesso il *ruling*, la multinazionale, gli altri Stati.

Sulla base della disciplina degli aiuti di Stato, in caso di accertamento della concessione di un aiuto vietato, il contribuente potrebbe essere chiamato in conformità alla decisione della Commissione europea alla restituzione allo Stato (che ha concesso il *ruling*) delle imposte risparmiate.

In tale contesto il contribuente dovrà corrispondere le imposte che l'organizzazione artificiosa e complessa avrebbe dovuto assolvere nello Stato, secondo le normali condizioni di mercato.

I dubbi che nascono da tale risposta sulle posizioni coinvolte sono evidenti.

Lo Stato che ha concesso il *ruling* sarà ancor più beneficiato dall'acquisizione di imposte riferibili alla organizzazione artificiosa presente sul territorio. In tal modo, il suddetto Stato aumenterà la propria ricchezza, che si sommerà all'indotto già ottenuto attraverso il *ruling* censurato. Si tratta di una ricchezza che non è di sua competenza (in quanto figlia dell'organizzazione artificiosa) e che sarebbe dovuta transitare nei Paesi in cui era effettivamente stata prodotta (Stati della fonte).

L'impresa multinazionale sarà chiamata ad assolvere le imposte relative ad una organizzazione fittizia e (soprattutto) in uno Stato che non è quello relativo alla effettiva produzione di ricchezza: in questo modo non pagherà le imposte corrispondenti alla ricchezza effettivamente prodotta.

Allo stesso tempo la risposta in esame pregiudicherà i diversi Stati in cui la ricchezza era stata generata ed i quali avevano subito una perdita di imponibili ed imposte; tali Stati non recupereranno mai tale gettito ed incrementeranno l'asimmetria tra la propria posizione e quella dello Stato che ha concesso il *ruling*⁸¹.

⁸¹ Differentemente A. GIRAUD – S. PETIT, *Tax rulings and State aid qualification: should reality matter?*, in *Eur. State aid law quart.*, n. 2/2017, p. 235, ritengono che la perdita di gettito da parte di uno Stato a seguito dell'accordo non sia affatto scontata. Si individua infatti nella necessità di certezza giuridica del prelievo tributario la ragion d'essere del *ruling*, il quale avrebbe la capacità di disincentivare l'attuazione di schemi elusivi ad opera delle multinazionali.

Sul piano del procedimento la disciplina degli aiuti definisce importanti lacune che non consentono una giustizia coerente nel caso di specie.

In tal senso si ritiene che l'utilizzo di tale normativa non sia pienamente efficace da un punto di vista giuridico, pur denotando delle opportunità da un punto di vista politico e strategico, come si porrà in luce nel paragrafo seguente.

3.5. Le opportunità della politica in esame

In considerazione dei limiti che la disciplina degli aiuti di Stato mostra a livello strutturale per la regolazione delle fattispecie di *rulings* internazionali espressivi di *harmful tax competition*, si riflette sul senso di tale politica, cercando di individuare qualcosa che vada oltre la mera valutazione di non possedere altri strumenti per la repressione dei fenomeni in esame.

Sul piano politico si apprezzano importanti risvolti di tale azione europea.

Il controllo dei *rulings* internazionali non può essere effettuato dallo Stato membro, che non possiede né i poteri né i mezzi per sindacare tali azioni.

In questo senso un controllo generale dei *rulings* – realizzato a livello europeo e da un organo specializzato - definisce un effetto di deterrenza per gli Stati e per le multinazionali, consapevoli che la Commissione europea presidia sull'utilizzo di tale strumento giuridico.

Seppure non pienamente efficaci da un punto di vista strettamente giuridico e sulla base dei paradigmi normativi riferibili al tema degli aiuti di Stato, le conseguenze dell'applicazione di tale disciplina producono indiscutibilmente effetti pregiudizievoli in capo alle multinazionali e agli Stati; tali soggetti saranno chiamati a subire, oltre ad indagini formali dalla Commissione e procedimenti giurisdizionali dinanzi ai Tribunali europei, anche un processo mediatico mondiale con ricadute economiche e di immagine.

In tal senso le conseguenze giuridiche dell'utilizzo di uno strumento non adeguato definiscono effetti comunque positivi sul sistema impositivo mondiale.

Il consolidamento di tali effetti dipenderà poi dalla posizione che assumeranno gli organi giudicanti, che dovrebbero, a nostro avviso, pur rispettando il paradigma legale degli aiuti, assumere un approccio giuridico più adeguato a tali fattispecie, sulla base di quanto avvenuto nel caso FIAT.

In questo assetto il depotenziamento della sovranità statale è soltanto un'opportunità in capo ad ogni Stato membro che non sarebbe in grado autonomamente di tamponare determinate condotte.

La crisi della fiscalità nazionale è infatti un tema generale e molto sentito a livello internazionale, che comporta conseguenze estreme soprattutto per gli Stati che sono impegnati in complesse politiche sociali⁸².

In tale scenario la disciplina degli aiuti è, a nostro avviso, uno strumento che negli anni ha consentito una difesa della fiscalità statale, seppure secondo paradigmi europei, attraverso una politica combinata (e condivisa) tra gli Stati e l'Unione.

Si ritiene, infatti, che la materia degli aiuti abbia conferito importanti fattori di equilibrio alla fiscalità in un momento di grave crisi e di emersione di nuove tendenze evolutive, definendo una linea di crescita che ha toccato importanti tematiche⁸³.

4. Considerazioni conclusive

Il riferimento della disciplina degli aiuti di Stato alla censura dei *rulings* fiscali internazionali rileva una certa inadeguatezza del parametro normativo e delle conseguenze giuridiche.

Tali caratteri sono tuttavia amplificati dalla circostanza che nei casi noti alla cronaca degli ultimi anni l'elemento dominante della fattispecie è stato la pianificazione fiscale aggressiva dei contribuenti, elemento che non emerge nel paradigma giuridico degli aiuti di Stato.

Si ritiene, pertanto, che la linea di intervento della dottrina *Vestager* possa essere molto efficace nei confronti di *rulings* che non presentano il suddetto elemento dominante, nei casi in cui uno Stato membro conceda condizioni impositive differenti da quelle attuabili secondo i principi generali di non discriminazione fiscale.

In questo senso, la linea di intervento in esame definisce una cornice giuridica per i *rulings* internazionali, riducendo enormemente lo spazio degli accordi sull'imponibile o sull'imposta.

Secondo un diverso punto di vista si ritiene apprezzabile la linea politica della Commissione e se ne individuano i lati positivi.

In questa fase storica di crisi della fiscalità nazionale i singoli Stati membri possono presidiare in ordine a determinati comportamenti in merito ai quali non avrebbero né i mezzi né i poteri per intervenire.

⁸² Cfr. A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, op. cit., pp. 1-71.

⁸³ Cfr. C. QUIGLEY, *European State Aid law and policy*, op. cit., p. 80.

Il depotenziamento della sovranità è pertanto un prezzo da pagare a favore della possibilità di controllare e tamponare fattispecie estremamente pericolose per gli equilibri impositivi mondiali.

In questo senso la materia degli aiuti di Stato è da tempo posta a presidio della funzione fiscale, definendo una serie di effetti positivi per le politiche nazionali, volti, oltre al contrasto alla *harmful tax competition*, anche al sostegno della crisi economica, alla valorizzazione delle Autonomie locali, alla affermazione della funzione promozionale dei tributi.

Negli ultimi decenni la materia degli aiuti di Stato è stata piegata a finalità differenti rispetto a quelle originarie a causa della potenzialità applicativa della disciplina e delle sue caratteristiche strutturali, che consentono una partecipazione di organi dello Stato e dell'Unione in una costante composizione di competenze e di soluzioni.

L'impressione generale - in relazione ai casi analizzati in questa sede - è quella che stiamo attraversando una fase di adattamento della disciplina degli aiuti a nuove fattispecie, nella quale la Commissione e la giurisprudenza europea dovranno adeguare la normativa esistente alla regolazione di problemi mondiali di natura tributaria e di inequivocabile origine geopolitica⁸⁴.

⁸⁴ Cfr. F. PEPE, *Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale*, Milano, 2020, cap. 2.

