

LUISS 

Dipartimento  
di Giurisprudenza

Cattedra di European Business Law

# Libertà di stabilimento e concorrenza sleale tra Stati

Prof. Nicola de Luca

---

RELATORE

Prof. Ugo Patroni Griffi

---

CORRELATORE

Matr. 136053

---

CANDIDATO

Anno Accademico 2019/2020



# **LIBERTÀ DI STABILIMENTO E CONCORRENZA SLEALE TRA STATI**

---



## INDICE

INDICE .....	5
Introduction.....	7
Introduzione .....	13
CAPITOLO I.....	19
1. Le dimensioni del fenomeno: “Le inchieste di fiume di denaro” .....	19
2. I criteri internazionali di ripartizione dei diritti impositivi .....	29
2.1 Stabile organizzazione e prezzi di trasferimento: la genesi storica ed i principi generali.....	29
2.2 Il progetto “BEPS” .....	34
2.3 L’economia digitale.....	39
3. Il quadro europeo .....	44
3.1 L’evoluzione comunitaria in materia di “ravvicinamento” delle discipline nazionali sulla tassazione diretta .....	44
3.2 I progetti circa la “CCTB” e la “CCCTB”; le direttive “DAC” e “ATAD” .....	52
3.3 La risoluzione del Parlamento EU “sulle decisioni anticipate in materia fiscale ed altre misure analoghe per misura e per effetto” .....	59
CAPITOLO II .....	71
Introduzione .....	71
1. La libertà di stabilimento: profili generali .....	72
2. Le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea riguardanti i rinvii pregiudiziali sul tema della libertà di stabilimento.....	75
2.1 Il caso Daily Mail .....	75
2.2 Il caso Centros .....	77
2.3 Il caso Uberseering.....	79
2.4 Il caso Inspire Art.....	80
2.5 Il caso Cadbury-Schweppes: uno strumento per combattere l’abuso del diritto.....	86
2.6 Il caso Polbud .....	90
3. Il diritto europeo della concorrenza: gli aiuti di Stato .....	93
3.1 Il diritto della concorrenza: cenni introduttivi.....	93
3.2 Il caso Apple.....	98
3.3 Il caso Amazon.....	106
3.4 Il caso Fiat Finance and Trade .....	114
3.5 Il caso Starbucks.....	118

4. Evoluzioni recenti .....	119
<b>CAPITOLO III</b> .....	<b>120</b>
1. I contorni sfumati della libertà di stabilimento .....	120
2. L'appropriatezza della disciplina sugli aiuti di Stato.....	122
3. Un diritto europeo della concorrenza tra Stati .....	131
4. Il superamento dell'attuale concetto di stabile organizzazione e la necessità di maggiore integrazione in Europa .....	134
5. Conclusioni .....	144
<b>RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI</b> .....	<b>149</b>

# RIGHT OF ESTABLISHMENT AND UNFAIR COMPETITION BETWEEN STATES

---

## Resuming introduction

Since its first “models” widely recognized among States were arranged about one hundred years ago, the principles concerning the international direct taxation have always resulted in tensions between divergent interests and application’s troubles, not being able at the same time to completely remove the presence of huge misalignments between the various Countries’ fiscal regulations. Moreover, for what concerns the taxation of capitals and enterprises, which are the more movable manifestations of the ability to pay, international taxation has always represented a stimulus for the States to put themselves in mutual competition with the aim to attract as much wealth as possible: among these, those who have distinguished themselves by having an aggressiveness (or rather attractiveness) over the range, have been named “tax heavens”.

The only two existing criteria<sup>1</sup> that identify which Nation has the right to tax a certain wealth producer are the residence criterion and, subsequently, the location where the entity eventually produces, through branches, subsidiaries, secondary offices, agents, exc., a part of the total earnings abroad from the jurisdiction where its headquarter is located: the so-called “permanent establishment”. Moreover, in order to economically quantify the share of the total earnings attributable to this “branch”, the “arm’s length principle” was theorized. This principle is also used to estimate the real value (or the “market price”) of the related party transactions<sup>2</sup>, through the transfer pricing guidelines.

Precisely the artificial exploitation of the related party transactions allows to transfer the incomes from where they are actually produced to jurisdictions that ensures the better fiscal’s treatments. The “digital revolution” in process has however created a generalized dematerialization of assets; additionally, the basically monopolistic

---

<sup>1</sup> Namely the international direct taxation’s principles, theorized by the same “models” quoted, referable to the Organization for Economic Co-operation and Development (OCED) and the United Nations.

<sup>2</sup> Or the transactions concluded by formally (legally) separate entities but substantially composing an “unitary entity” which nowadays is commonly called “group”. These entities, however, clearly doesn’t concludes operations as two strangers will and as these principle theorizes, but instead as two “brothers”.

position recently reached by some multinational enterprises in the market, especially of those belonging to the so called “Big tech”, has often made these assets unique. Tax agencies are therefore struggling in properly evaluating companies’ internal transactions. Interestingly, even economists (as often the same actors of these operations), are indeed not able to exactly quantify it; uniqueness, in addition, precludes any type of comparison by definition.

In essence, the current principles were predisposed for an economy that was way distant from the actual one, which is certainly characterized by more “materiality”, an attribute that, because of digitalization, is about to disappear, or rather become of marginal relevance.

The economical and political strength of the United States of America and the European Union along with their significant influence on the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), as well as the enormous potentialities offered by the new technologies, allowed, especially during the second part of the last decade, to reach very important goals in terms of fighting tax’s elusion and evasion. An emblematic example is certainly the Switzerland’s case: as a matter of fact, this Country, which is the historically preferred place for specifically European and American people where to store their money, the “tax heaven” for definition, was forced, by international pressures and initiatives<sup>3</sup>, as well as by some huge public scandals emerged in the first twenty years of the new millennium, to abolish the laws setting its more distinctive sign: the ones about bank secrecy. Since 2018 indeed Switzerland joined substantially in the application of OECD’s standards in automatic exchange of information between States about bank accounts and financial instruments’ ownership and contents (“Il Sole 24 Ore”, Mincuzzi, December 22<sup>nd</sup> 2018).

Nevertheless, data<sup>4</sup> on international tax planning presented in the last conference<sup>5</sup> by the Italian think tank, “The European House – Ambrosetti”<sup>6</sup> tells us that nine “tax heavens”, representing just the 3,2% of GDP, the 0,6% of the population and the 0,1% of the surface area of the world<sup>7</sup>, together attract the 42,9% of global direct

---

<sup>3</sup> Mainly OECD’s “BEPS” project.

<sup>4</sup> Based on Imf and World Bank’s studies.

<sup>5</sup> The “Workshop Finanza 2020” (31<sup>st</sup> edition) held in Cernobbio, Italy, Autumn 2020.

<sup>6</sup> Think tank founded in 1965, elected a few months ago by the University of Pennsylvania as one of the best think tank in the world for the period 2018-2020.

<sup>7</sup> 2019 data.

foreign investments and over the 40% of profits gained by the MNEs<sup>8</sup>. This would imply that about 741 billion dollars of profits are every year hijacked by the places where this wealth is substantially produced (generally in the wealthiest and most populated Countries) in the direction of “tax heavens”, usually small Countries.

What one would not expect is that among these nine States just three: (Hong Kong, Singapore and Switzerland) are completely unrelated to the European Union; other three (Bermuda, Virgin Islands and The Caymans) are British Overseas Territories dependent on the United Kingdom which was a member of the European Union until 2020; the remaining three are The Netherlands, Luxembourg and Ireland, Member States, two of which are even founding members, one of which a few months ago was even "pushing" at the European level so that Italy (and not only, but especially) would not receive a single euro of EU aid for the sustenance of economies distorted by the containment measures of the Covid-19.

It is sufficient, in this regard, to think about how many Italian companies have recently moved their offices to The Netherlands: it is possible to find among these even subsidiaries of State's companies. This is true for corporations being already European, if, on the other hand, we then consider all those especially American and Asiatic MNEs' (with the “Big tech's” enterprises in first position) subsidiaries, located in Europe to carry out their economic activities on the relevant market, we can easily notice that the peculiarity of the “common market”, allowing both the indiscriminate right of establishment of their secondary offices in the various Member States and the free movement of capitals and goods throughout the European territory, offers to these companies the possibility to establish their fiscal residence in the Country that provides for them the most advantageous conditions without having to give up the benefit of being able to operate uncontrolled in a huge market. A market which is extremely attractive as it is characterized by an untiring and in part crazy demand and (especially in the most technological and innovative sectors) a relatively poor supply.

During the entire evolution towards full European economic and social integration, countless experts have highlighted the crucial importance, for a truly effective outcome of this process, to harmonize at least the fundamental direct taxation's principles. In the meanwhile, the European Court of Justice's judges illustrated the problems that arose from the coexistence of elements that were common with others,

---

<sup>8</sup> 2018 data.

strictly connected, but regulated in completely different ways in the various jurisdictions. More recently, the European Commission, in his role of competition and market's European authority is trying to fight all the artificial constructions built to optimize MNEs' taxation costs with the necessary collaboration of the "European tax heavens". These strategies are mainly allowed by favorable laws<sup>9</sup>, agreements concluded with the tax authorities through instruments as "tax rulings" and "advanced price agreements" and by taking advantage of some specific fiscal's Country per Country conventions. The Commission in its "war" is using the weapon represented by the European antitrust laws, specifically the discipline forbidding State's aids (offered by TFEU's article 107). However, as we will see, this instrument presents huge limits and imperfections that highly reduce its effectiveness and deterrent power.

An evident symptom of the existence of favorable tax treatments reserved by certain European States to MNEs can be observed in the gap between the nominal tax rate required by the law to tax companies' profits and the rate actually applied in various cases. On one hand in many member States this gap can be approximated to zero, but in some Countries the possibility to obtain compensations, deductions and deductions creates a huge gap between form and substance<sup>10</sup>. Another symptom of these problems is the average value contributed by a single employee to his enterprise among Member States: in The Netherlands this value is close to 530 thousand euros per year while the European average value is close to 60 thousand euros; in Italy and Germany this sum is 42 thousand, in France 33 thousand, in Luxembourg this value reaches 8,1 million euros *per capita* ("Il Sole 24 Ore", Mincuzzi, May 4<sup>th</sup> 2020).

Italy certainly does not help itself: for twenty consecutive years, it has been in 170th place out of 180 States observed by the International Monetary Fund in terms of its capacity for growth. This bad result is obviously caused, between many other factors, by the presence of a fiscal pressure among the highest in the world and by a

---

<sup>9</sup> Especially regarding dividends, interests and intellectual propriety's treatment.

<sup>10</sup> Indeed, in Belgium is possible to pass from the formal 30% to 3%; in Cyprus and Ireland from the already low rate of 13% to 0%; in Luxembourg from the 26% (28,80% inside the City of Luxembourg due to some additional city's contributes) to 0,3%; in Malta from 35% to 5%; in Holland from 25% to 2,44%. These Countries gain on average between the 4 and the 6% of their GDP from companies' income's taxation ("Il Corriere della Sera", Gabanelli and Affinito, June 30<sup>th</sup> 2020); link: <https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/tasse-evasione-ecco-come-sei-paesi-europei-sottraggono-all-italia-65-miliardi-euro/84ad216c-baf3-11ea-9e85-8f24b6c04>. Source of the resource: the "Corporate Haven Tax Index", by the think tank "Tax Justice Network"; link: <https://www.corporatetaxhavenindex.org/en/>.

suffocating bureaucracy which slows down all the formal relationships, especially the ones with the State's administrations and the judicial trials.

Anyway, together with the other European leading economies, Italy is also damaged by this phenomena: indeed it loses each year about six and a half billions of euros by the unsuccessful taxation of companies ("Il Sole 24 Ore, Colombo, November 21<sup>st</sup> 2020). The fact that this could be even partially caused by some Member States is unacceptable: indeed, Member States should be allied: the article 4 part 3 of TEU, "invite" them to sincerely cooperate and mutually respect and assist each other, so unfair competition between them outlines an unfair and disunited Europe. Moreover Italy (as other Member States), even if had the will, wouldn't be empowered to implement expansionary policies due to the Monetary Union's constraints.

The results achieved so far at European level, then, for the most part are not due to the EU itself but to broader initiatives developed at international level, especially by the OECD and however these results are still insufficient to solve the problem of determining the effective link between a company, its income and its territory, and it is easy to see that even the EU institutions are fully aware of this.

Some feasible solutions may be easily found in the best practices existing all around the World, the only obstacle to the implementation of this necessary reforms is the unanimity rule and the consequent veto power attributed to each Member State in the European Council's decision process. In fact, some States clearly do not have the will to overcome the actual situation cooperating with the others simply because this would be against their own interests.



## Introduzione

La tassazione diretta internazionale, fin da quando circa un secolo fa ne venivano teorizzati i primi “modelli” diffusamente riconosciuti tra gli Stati, ha sempre implicato tensioni tra interessi divergenti e difficoltà applicative, non riuscendo al contempo ad eliminare completamente la presenza di disallineamenti, anche macroscopici, tra i regimi tributari dei vari ordinamenti. Per ciò che riguarda la tassazione delle imprese e dei capitali, ovvero quelle manifestazioni di capacità contributiva maggiormente mobili, ha inoltre rappresentato uno stimolo per gli Stati a mettersi in reciproca competizione con lo scopo di attrarre più ricchezza possibile sul proprio territorio: tra questi, coloro che si sono “contraddistinti” nella “gara” per un’aggressività superiore alla media, sono stati definiti “paradisi fiscali”.

Gli unici due criteri esistenti<sup>11</sup> per individuare quale Nazione abbia il diritto di tassare un dato produttore di ricchezza sono quello del suo luogo di residenza ed in subordine quello del luogo della fonte di produzione del valore ad opera di eventuali centri d’affari secondari: le cd. “stabili organizzazioni”. Dopodiché, per stabilire il *quantum* del valore generato da un’intera società<sup>12</sup> attribuibile a queste “succursali”, è stato elaborato il criterio dell’*arm’s length principle*<sup>13</sup>: questo si prefigge di stimare correttamente la parte del risultato finale e complessivo di un’impresa che è riferibile al merito di una sua specifica “sede” (“competente” di norma su una certa area geografica)<sup>14</sup>; nonché di valutare quale sia l’effettivo valore, ovvero quello “di mercato”, sottostante le transazioni infragruppo<sup>15</sup>.

Proprio l’artificiosa manipolazione delle operazioni infragruppo rende infatti possibile la distrazione degli utili delle imprese dal luogo dove vengono effettivamente generati a vantaggio di Stati che garantiscono le condizioni fiscali maggiormente vantaggiose. La “rivoluzione digitale” in corso ha poi comportato una smaterializzazione generalizzata delle fonti di produzione e la posizione tendenzialmente monopolistica di talune di queste imprese digitali ha reso spesso tali

---

<sup>11</sup> Teorizzati dai medesimi modelli succitati, ovvero dei principi internazionali, che di seguito si andranno ad analizzare.

<sup>12</sup> Quello che oggi definiremmo “gruppo”.

<sup>13</sup> Tradotto dall’inglese il “principio di libera concorrenza”.

<sup>14</sup> Come per esempio si potrebbe dire, rispetto ad un totale di vendite realizzate, quello attribuibile ad un singolo “punto vendita”.

<sup>15</sup> Ovvero di quelle operazioni svolte tra entità legalmente separate, ma di fatto costituenti un’unica “entità economica”, facente appunto parte di ciò che viene definito gruppo. Tali “parti correlate” (di cui è fornita per esempio una definizione “globale” nei principi contabili internazionali, nello specifico dallo IAS 24) tuttavia, com’è intuitivamente normale che sia, non concludono reciprocamente operazioni economiche paragonabili a quelle di due “perfetti sconosciuti” (se non, di norma, concorrenti), bensì più che altro analoghe a delle liberalità “tra fratelli”.

*assets* tendenzialmente unici. Le agenzie fiscali si trovano dunque in grave difficoltà nello stabilire correttamente la veridicità o meno delle stime circa il valore di mercato delle singole transazioni tra “parti correlate”: nemmeno gli economisti (come spesso anche gli stessi autori di tali operazioni) infatti, sanno esattamente quale sia questo valore, determinato principalmente dalle potenzialità che deriverebbero dallo sfruttamento dei beni oggetto dello scambio e dalla loro “vita utile”; l’unicità poi, tipicamente, preclude una possibile comparazione.

Quelli vigenti sono dunque criteri “plasmati” per un’economia molto diversa da quella odierna, caratterizzata certamente da una maggiore “fisicità”, attributo che, con l’era della digitalizzazione, può definirsi in via d’estinzione.

La forza economica e politica a livello mondiale degli Stati Uniti d’America e dell’Unione europea e la loro “influenza dominante” sull’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico<sup>16</sup>, nonché le enormi potenzialità offerte dalle nuove tecnologie, hanno consentito, specialmente nella seconda parte dell’ultimo decennio, il raggiungimento di importanti traguardi nel combattere l’evasione e l’elusione fiscale. Emblematico al riguardo il caso della Svizzera, un tempo approdo privilegiato delle ricchezze europee ed americane, il “paradiso fiscale” per antonomasia, è stata costretta da pressioni ed iniziative internazionali<sup>17</sup>, nonché da scandali emersi nel corso dei primi vent’anni del nuovo millennio, a rinunciare al proprio “marchio di fabbrica”: il segreto bancario. Dal 2018 infatti aderisce concretamente agli standard OCSE sullo scambio automatico di informazioni circa le posizioni dei correntisti stranieri (Il Sole 24 Ore, Mincuzzi, 22 dicembre 2018).

Nonostante ciò, i dati<sup>18</sup> circa la pianificazione fiscale internazionale presentati nel proprio ultimo convegno<sup>19</sup> dall’autorevole *think tank* italiano “The European House – Ambrosetti”<sup>20</sup> ci dicono che nove “paradisi fiscali”, rappresentanti il 3,2% del Pil, lo 0,6% della popolazione e lo 0,1% della superficie del globo<sup>21</sup>, congiuntamente attrarrebbero ancor oggi il 42,9% degli investimenti diretti esteri globali (i cd. “Ide”) ed oltre il 40% dei profitti realizzati dalle multinazionali<sup>22</sup>. Questo comporterebbe

---

<sup>16</sup> Che oggi guida le iniziative internazionali in questo campo; di seguito denominata con l’acronimo “OCSE”.

<sup>17</sup> *In primis* il progetto “BEPS” dell’OCSE.

<sup>18</sup> Basati su studi di “Imf” e “World Bank”.

<sup>19</sup> La 31esima edizione del “Workshop Finanza 2020” tenutosi a Cernobbio nell’autunno 2020.

<sup>20</sup> Gruppo professionale fondato nel 1965 attivo nel campo della consulenza strategica ed operativa, dell’aggiornamento professionale e della ricerca; homepage: <https://www.ambrosetti.eu/>. Indicato recentissimamente tra i migliori *think tank* al mondo dalla University of Pennsylvania per il biennio 2018-2020.

<sup>21</sup> Dati relativi al 2019.

<sup>22</sup> Dati relativi al 2018.

che circa 741 miliardi di dollari di profitti vengano ogni anno artificialmente dirottati dai luoghi dove realmente tale ricchezza viene realizzata, ovvero tendenzialmente nei Paesi maggiormente popolosi (di cui nessuno compare nella lista) e sviluppati, verso i “paradisi fiscali”.

Ciò che uno non si aspetterebbe è che tra questi nove Stati soltanto tre: (Hong Kong, Singapore e Svizzera) sono del tutto estranei all’Unione europea; altri tre (le Bermuda, le Isole Vergini Britanniche e le Cayman) sono Territori d’oltremare dipendenti dal Regno Unito, che è stato membro dell’Ue fino al 2020; i restanti tre invece sono Olanda, Lussemburgo ed Irlanda, Stati membri, due dei quali persino fondatori, uno dei quali pochi mesi fa addirittura “spingeva” in sede europea affinché l’Italia (e non solo, ma specialmente) non ricevesse nemmeno un euro di aiuti comunitari per il sostentamento delle economie stravolte dalle misure di contenimento del Covid-19.

È sufficiente, a tal riguardo, pensare a quante società italiane negli ultimi tempi hanno spostato le loro sedi in Olanda: è possibile trovare tra queste persino delle controllate di grandi società partecipate pubbliche. Questo per quanto riguarda le imprese già originariamente “europee”: se poi invece si considerano tutte quelle succursali di multinazionali principalmente americane ed asiatiche, con oggi le imprese del “Big tech” a fare la parte del leone, insediate in Europa per esercitare le proprie attività economiche sul relativo mercato, si può constatare che la peculiarità del mercato comune, consentendo oltre alla libertà di stabilimento indiscriminato delle loro sedi tra i vari Stati anche la libera movimentazione di beni e capitali in tutto il territorio comunitario, offre a queste imprese la possibilità di stabilire la propria residenza fiscale nel Paese che gli offre le condizioni più vantaggiose senza dover rinunciare al beneficio di poter operare incontrollate in un enorme mercato. Mercato estremamente appetibile, in quanto caratterizzato da una domanda instancabile ed a tratti anche folle e da un’offerta invece tendenzialmente scarsa, specialmente nei settori più innovativi e recentemente in maggior crescita.

Nel corso dell’intera evoluzione verso la completa integrazione economica e sociale europea, innumerevoli esperti hanno continuato, fino ai giorni nostri, a segnalare la crucialità, per un esito realmente efficace di tale processo, di armonizzare a livello comunitario almeno gli aspetti fondamentali della fiscalità diretta. I procedimenti dinnanzi alla Corte di giustizia dell’Unione europea misero poi in risalto tutti i problemi che scaturivano dalla coesistenza di aspetti “forzosamente” comuni con

altri su cui, benché fossero strettamente legati ai primi, gli Stati stessi non avevano alcuna intenzione di cooperare reciprocamente. Infine più recentemente la Commissione europea, in qualità di autorità garante della tutela della concorrenza nel mercato comunitario, sta tentando di impedire la realizzazione delle pratiche che sortiscono l'effetto di non poter tassare gli utili delle imprese nei luoghi dove vengono realizzati, implementate grazie alla complicità di taluni Stati che se ne avvantaggiano. Oltreché sfruttando le relative normative fiscali nazionali favorevoli<sup>23</sup>, la realizzazione di tali strategie è possibile anche grazie ad accordi *ad hoc* con le agenzie fiscali compiacenti (i cd. *tax ruling*), nonché abusando delle convenzioni fiscali bilaterali esistenti tra taluni Paesi. La base giuridica offerta allo scopo è costituita dalle norme concernenti il diritto europeo della concorrenza, nello specifico dalla disciplina circa il divieto di aiuti di Stato (art. 107 TFUE). Tuttavia, come vedremo, tale strumento presenta notevoli limiti ed imperfezioni che ne riducono drasticamente l'efficacia e la forza deterrente.

Un sintomo dell'esistenza di trattamenti fiscali estremamente favorevoli riservati da taluni Paesi europei in favore delle multinazionali è osservabile analizzando il differenziale tra l'aliquota nominale sui redditi d'impresa prevista dalle varie Nazioni (ovvero per come indicata dalle relative leggi) e quella effettivamente applicata, ovvero osservata nei casi concreti: mentre in molti Stati membri tale differenziale, che si spiega con la possibilità di ottenere deduzioni, detrazioni e compensazioni (o semplicemente con la "superficialità" dell'autorità competente), è prossimo allo zero, in alcuni altri tale *gap* può talvolta essere anche molto grande<sup>24</sup>. Altro dato piuttosto eloquente è quello del valore medio che apporta ogni singolo dipendente alla propria impresa nei vari Stati europei: in Olanda i lavoratori risulterebbero generare per le proprie imprese *pro capite* circa 530mila euro di ricchezza l'anno contro una media europea (già innalzata dallo stesso dato olandese) di 60mila euro; l'Italia e la Germania risultano allineate a 42mila euro, la Francia a 33mila, in Lussemburgo invece questa cifra è di ben 8,1 milioni di euro (Il Sole 24 Ore, Mincuzzi, 4 maggio 2020).

---

<sup>23</sup> Soprattutto in tema di trattamento dei dividendi, degli interessi e della proprietà intellettuale.

<sup>24</sup> In Belgio si è potuti passare dal formale 30% al 3%; a Cipro ed in Irlanda dal già basso 13% allo 0%; in Lussemburgo dal 26% (28,80% nella Città di Lussemburgo in virtù di talune addizionali comunali) allo 0,3%; a Malta dal 35% al 5%; in Olanda dal 25% al 2,44%. Questi Paesi, mediamente, dalla tassazione delle imprese ricaverebbero circa tra il 4 ed il 6% del proprio Pil (Il Corriere della Sera, Affinito, Gabanelli, 30 giugno 2020); link: <https://www.corriere.it/dataroom-milena-gabanelli/tasse-evasione-ecco-come-sei-paesi-europei-sottraggono-all-italia-65-miliardi-euro/84ad216c-baf3-11ea-9e85-8f24b6c04>. Fonte alla base: il "Corporate Haven Tax Index", del *think tank* "Tax Justice Network": <https://www.corporatetaxhavenindex.org/en/>.

L'Italia certamente "non si aiuta" e non può usare questo argomento come alibi: risulta essere da venti anni consecutivi al 170° posto su 180 Stati osservati dal Fondo Monetario Internazionale circa la capacità di crescita. Questo risultato è causato da una pressione fiscale tra le più alte al mondo e da una burocrazia soffocante che comporta lentezza e complicazioni enormi di tutti i rapporti giuridici, specialmente quelli con le pubbliche amministrazioni, compresi i procedimenti giudiziari.

Tuttavia insieme soprattutto alle altre grandi economie europee, l'Italia è anche certamente danneggiata da questo fenomeno: perderebbe infatti circa sei miliardi e mezzo di euro l'anno dal mancato gettito sui redditi d'impresa<sup>25</sup>. Il fatto che questo possa essere causato, anche solo in parte, da alcuni Stati membri del comune partenariato, che come tali dovrebbero essere molto di più che dei normali alleati (difatti anche vincolati al rispetto del principio di solidarietà, lealtà e reciproca assistenza cui in forza dell'art. 4 par. 3 del TUE tutti i Paesi europei dovrebbero attenersi) e considerando pure l'impossibilità per Paesi come l'Italia di poter anche solo idealmente porre in essere politiche espansive a causa dei vincoli derivanti dall'adesione alla moneta unica, non aiuta a disegnare un'Europa equa ed unita, della quale invece soprattutto al giorno d'oggi avremmo tutti bisogno.

I traguardi raggiunti fino ad ora in sede europea poi, per gran parte peraltro merito non della stessa Ue bensì di iniziative più ampie sviluppate a livello internazionale specialmente da parte dell'OCSE, risultano ad ogni modo ancora insufficienti a risolvere il problema insito nel dover determinare l'effettivo nesso tra un'impresa, i suoi redditi ed il relativo territorio di competenza ed è agevolmente constatabile che pure le stesse istituzioni comunitarie siano pienamente consapevoli del fatto.

Alla possibilità politica di implementare a livello europeo le necessarie riforme fiscali, ispirandosi anche semplicemente a talune delle *best practices* adottate in giro per il mondo e che molto probabilmente rappresenterebbero soluzioni efficaci, si contrappone semplicemente la regola dell'unanimità ed il conseguente potere di veto conferito ad ogni Stato membro in tema di fiscalità diretta, che, così come per varie altre materie, regola il processo decisionale presso il Consiglio europeo. Alcuni Stati infatti non hanno evidentemente la volontà, che risulterebbe contraria ai propri interessi, di superare la situazione odierna in un'ottica di maggior collaborazione.

---

<sup>25</sup> Il Sole 24 Ore, Colombo (21 novembre 2020).



# CAPITOLO I

## 1. Le dimensioni del fenomeno: “Le inchieste di fiume di denaro”

Il Sole 24 Ore negli ultimi anni ha curato, con il proposito di portare alla luce il fenomeno della concorrenza sleale posta in essere da vari Paesi membri dell’Unione europea attuata tramite lo strumento attrattivo della “fiscalità leggera”, un dossier denominato “Le inchieste di Fiume di denaro”<sup>26</sup>. Questo offre un’efficace descrizione dell’attuale situazione europea circa la fiscalità dimostrando l’esistenza in tale contesto di realtà definibili come “paradisi fiscali”.

Ospite al convegno “Workshop Finanza 2019”<sup>27</sup>, l’ex Presidente del Consiglio Enrico Letta leggeva un messaggio del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella in cui auspicava che “venissero fatti passi in avanti per una fiscalità europea che eliminasse forme di distorsione concorrenziale ed affrontasse il tema della tassazione delle multinazionali, per un sistema più equo e corretto”. In effetti al contempo l’FMI<sup>28</sup> pubblicava uno studio sui lati nascosti e bui dell’economia globale dove rilevava numerose anomalie in relazione all’analisi dei flussi degli Ide, facilmente osservabili anche da alcuni rapporti ufficiali dell’Unione europea<sup>29</sup>: considerando, per esempio, il solo Granducato del Lussemburgo, che ha 600mila abitanti, risultava che questo attraesse annualmente dall’estero 4mila miliardi di dollari (in senso assoluto quanto gli Stati Uniti e meno della Cina), ovvero 6,6 milioni di dollari attratti pro-capite. Da ciò deduceva che gli Ide fossero diventati nella maggior parte dei casi degli investimenti finanziari fittizi conclusi tra imprese appartenenti allo stesso gruppo multinazionale e transitanti attraverso le cd. “corporate shells”<sup>30</sup>. Risultava infatti che sui 40mila miliardi di investimenti diretti esteri totali veicolati nel mondo, quelli “fantasma” valessero 15mila miliardi, ovvero come il Pil annuo di

---

<sup>26</sup> A cura dei giornalisti Roberto Galullo ed Angelo Mincuzzi; link: <https://www.ilsole24ore.com/dossier/fiume-di-denaro-ABwhdJh>.

<sup>27</sup> Ovvero l’edizione precedente rispetto a quella citata nell’introduzione, organizzata dal *think tank* “The European House – Ambrosetti”.

<sup>28</sup> Acronimo di Fondo Monetario Internazionale.

<sup>29</sup> Scheda tematica per il semestre europeo circa la pianificazione fiscale aggressiva (2017), Commissione Europea; nello specifico osservando il Grafico 1: “Posizioni di IDE in percentuale al PIL”; link: [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_curbing-aggressive-tax-planning\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_curbing-aggressive-tax-planning_it.pdf) (fonte alla base: Eurostat).

<sup>30</sup> Tradotte letteralmente “società conchiglie”, sono delle “scatole vuote” che servono solo a nascondere le attività delle holding, concludere operazioni finanziarie infragruppo ed allocare gli *asset*, specialmente intangibili, dove risulta più conveniente per ridurre al minimo la tassazione globale; sono operazioni che hanno una sostanza economica soltanto formale, “alla carta”, non generano ricchezza, innovazione e lavoro: conferiscono soltanto vantaggi fiscali ai propri autori.

Cina e Germania messi insieme e che quasi la metà di questi sarebbero stati riferibili al Lussemburgo ed all'Olanda. Il sistema *offshore*<sup>31</sup> risultava dunque in crescita anche perché quando un Paese dava vita ad una nuova “scappatoia fiscale” o ad un accordo tra le parti idoneo ad attrarre risorse mobili, altri Paesi lo copiavano e lo superavano in un’infinita corsa al ribasso. Tuttavia dall’ultima stima<sup>32</sup> risultava che ben 90 Paesi avessero condiviso informazioni su conti correnti per circa 5mila miliardi di dollari, diminuendo del 20/25% i depositi bancari nei paradisi fiscali. Le “voluntary disclosures” avrebbero così aumentato il gettito fiscale nei Paesi del G20 di 95 miliardi di dollari<sup>33</sup>.

Questa “corsa al ribasso” ha comportato, al fine di tentare di arginare la perdita di attrattività relativa rendendosi tutti a propria volta più “concorrenziali”, un drastico calo delle aliquote d’imposta sulle società, che da una media nel 1985 del 49% sono arrivate ad un attuale 24%. Tuttavia se togli devi anche mettere ed infatti abbassando questo tipo di tasse non risulta che la pressione fiscale complessiva sia al contempo scesa, anzi il contrario: ciò significa necessariamente che sono state “alzate” le imposte su altre manifestazioni di ricchezza tendenzialmente meno mobili dei capitali e delle società, quali ad esempio il lavoro, i beni, nonché le imposte sulle persone fisiche e la tassazione indiretta sui consumi, come l’imposta sul valore aggiunto e le accise.

Ammettendo la necessità di superare i modelli vigenti soprattutto per ciò che riguarda la disciplina dei prezzi di trasferimento in relazione alla recente smaterializzazione delle fonti di produzione anche gli Stati Uniti, leaders mondiali dell’economia digitale, hanno riconosciuto (nonostante al contempo minacciassero guerre commerciali verso i Paesi europei che iniziavano a parlare di “web tax”)<sup>34</sup> che con il calo dell’economia reale e degli scambi fisici internazionali sarebbe infatti consono spostare la tassazione verso i luoghi dove avvengono le vendite. Ciò comporterebbe la necessità di predisporre delle formule di ripartizione dei profitti

---

<sup>31</sup> Ovvero un sistema basato sull’impiego di società con domiciliazione di comodo non giustificata da alcun motivo imprenditoriale.

<sup>32</sup> Disponibile alla data dell’articolo, pubblicato il 16 settembre 2019. La stima, redatta sempre dall’FMI, risale a Luglio dello stesso anno (Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi, 16 settembre 2019); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/squilibri-fiscali-lussemburgo-attrae-piu-multinazionali-usa-ACnPzZj>.

<sup>33</sup> Per la stragrande maggioranza merito degli accordi circa lo scambio automatico di informazioni raggiunti in seno al progetto BEPS dell’OCSE, responsabili anche della fine, per esempio, del segreto fiscale svizzero, come già osservato.

<sup>34</sup> Come i dazi sul parmigiano italiano e sui vini francesi.

delle società tra i Paesi in cui operano<sup>35</sup>. Un nuovo approccio alla fiscalità internazionale rappresenterebbe un passo avanti rispetto al “principio di libera concorrenza” ed anche l’OCSE, fautrice stessa del principio, sotto la guida di Christine Lagarde<sup>36</sup> ne ha ammesso la necessità.

Per quanto riguarda l’Unione europea però, nonostante l’integrazione crescente, il quadro non è assolutamente armonico ed equo come ci si dovrebbe aspettare. Oltre alla già citata scheda sulla pianificazione fiscale aggressiva redatta per il semestre europeo del 2017, già di per sé piuttosto eloquente, il 7 marzo 2018, sempre in occasione dei lavori per il semestre europeo, la Commissione pubblicava i report Paese per Paese sulle rispettive situazioni macroeconomiche. Da questi emergeva che Olanda<sup>37</sup>, Lussemburgo<sup>38</sup>, Malta<sup>39</sup>, Ungheria<sup>40</sup>, Cipro<sup>41</sup>, Irlanda<sup>42</sup> e Belgio<sup>43</sup>, nella sezione relativa alle “priorità di riforma”, venivano espressamente riconosciuti come detentori di sistemi fiscali che, per svariate ragioni, risultavano essere suscettibili di impieghi da parte delle imprese riconducibili alla pianificazione fiscale aggressiva<sup>44</sup>. Il giorno successivo<sup>45</sup> a Bruxelles al “Joint Transfer Pricing Forum” della Commissione europea<sup>46</sup> venivano pubblicati i dati relativi al 2016 circa il ricorso da parte delle amministrazioni fiscali degli Stati membri ai cd. “tax ruling”: sono strumenti previsti nella generalità delle discipline tributarie europee che nella loro impostazione originaria consentivano ad un contribuente di dialogare con le amministrazioni fiscali al fine di ottenere una dichiarazione ufficiale volta a

---

<sup>35</sup> I “Paesi emergenti”, tipicamente produttori, concordando parzialmente sul punto, spingono però sul tenere in considerazione nella formula di ripartizione anche il personale, i mezzi e le infrastrutture impiegati per la creazione del valore.

<sup>36</sup> Allora direttore generale dell’Organizzazione ed oggi presidente della Banca Centrale Europea.

<sup>37</sup> SWD(2018) 217 final, pg. 19, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-netherlands-en.pdf>.

<sup>38</sup> SWD(2018) 214 final, pg. 19, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-luxembourg-en.pdf>.

<sup>39</sup> SWD(2018) 216 final, pg. 18, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-malta-en.pdf>.

<sup>40</sup> SWD(2018) 215 final, pg. 12, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-hungary-en.pdf>.

<sup>41</sup> SWD(2018) 211 final, pgg. 27-28, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-cyprus-en.pdf>.

<sup>42</sup> SWD(2018) 206 final, pg. 22, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-ireland-en\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-ireland-en_1.pdf).

<sup>43</sup> SWD(2018) 200 final, pgg. 18-19, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-belgium-en.pdf>.

<sup>44</sup> Da qui il termine “I magnifici 7” (Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi, 30 settembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/i-magnifici-7-che-guadagnano-babele-imposte-ue-AEw9n85F>.

<sup>45</sup> L’8 marzo 2018.

<sup>46</sup> [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum/eu-joint-transfer-pricing-forum-meeting-8-march-2018\\_en](https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context/joint-transfer-pricing-forum/eu-joint-transfer-pricing-forum-meeting-8-march-2018_en).

chiarificare eventuali dubbi circa svariati aspetti della vicenda impositiva<sup>47</sup>. Nella prassi invalsa in taluni Stati membri, sono tuttavia diventati uno strumento delle imprese per negoziare con le amministrazioni aspetti cruciali della tassazione, specialmente la delimitazione *ad hoc* della propria base imponibile. Possono fornirgli certezza sul come l'autorità tratterà fiscalmente l'erogazione ad altri enti del proprio gruppo di dividendi, royalties ed interessi e consentire di ottenere anche la corretta interpretazione delle norme relative all'attribuzione di utili e perdite ad una stabile organizzazione nel Paese in questione. Offrono in sostanza la possibilità di contrattare direttamente con l'autorità fiscale nell'interesse comune dell'impresa e della Nazione che la ospita: la sinallagmaticità che contraddistingue questo rapporto in alcuni dei casi riscontrati lo rende in effetti maggiormente assimilabile ad un normale contratto tra parti indipendenti piuttosto che ad un tipico rapporto di sovra-sotto-ordinazione come quello che di norma contraddistingue la relazione contribuente-amministrazione fiscale.

Ancor più sofisticati, benché della stessa “famiglia”, sono gli “APA”<sup>48</sup>, che consentono di ottenere l'avallo delle amministrazioni sul metodo di ripartizione deciso dall'impresa per i prezzi di trasferimento tra entità del gruppo. Nel 2016 il numero di accordi di questo tipo conclusi rispetto al 2015 era cresciuto del 64% passando da 1252 a 2053, con il Belgio in testa con 1081 ed il Lussemburgo al secondo posto con 599 (i due dunque complessivamente circa l'80% del totale). Il monitoraggio escludeva tuttavia Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Malta, Slovenia e soprattutto l'Olanda, in quanto si rifiutavano di fornire i dati<sup>49</sup>.

L'ex governatore della Banca d'Italia ed ex ministro delle Finanze Vincenzo Visco, a tal riguardo, non stentava a rilevare “l'esistenza in Europa di Paesi definibili come paradisi fiscali” e Giulio Tremonti, sempre ex ministro delle Finanze, affermava come “in Europa ci fossero piccoli Stati che effettivamente fregavano gli altri”<sup>50</sup>.

Con l'aiuto fornito dal dossier è possibile descrivere sommariamente come “vadano le cose” in quei Paesi, che le stesse istituzioni europee hanno definito testualmente “aggressivamente attrattivi”, partendo dall'Olanda<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup>In Italia gli “interpelli” all'Agenzia delle Entrate.

<sup>48</sup> Acronimo inglese di “Advanced Price Agreements”, ovvero “accordi sui prezzi di trasferimento”.

<sup>49</sup> Il Sole 24 Ore, Mincuzzi (15 marzo 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/sempr-piu-tax-ruling-cosi-stati-ue-si-fanno-concorrenza-fiscale-AET3DNHE>.

<sup>50</sup> Intervistati da Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (30 settembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/i-magnifici-7-che-guadagnano-babele-imposte-ue-AEw9n85F>.

<sup>51</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (14 dicembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/amsterdam-regno-multinazionali-made-olanda-perfino-spaghetti-bolognese--AETLrLnG>.

Intertrust Group B.V., per esempio, è una società olandese attiva a livello mondiale nella creazione e domiciliazione delle società, è sufficiente andare sul suo sito internet<sup>52</sup> per comprendere i servizi che presta: accompagna tramite il proprio personale specializzato le società nel trasferimento della sede legale in Olanda (pubblicizzandone apertamente la chiara ed incondizionata vantaggiosità) fornendo ogni genere di servizio accessorio: formazione, assistenza legale, contabilità ed amministrazione, transazioni finanziarie, proprietà intellettuale, *compliance* e servizi di tesoreria. Il domicilio che sembrerebbe essere maggiormente consigliato per le società dei suoi clienti è nello stesso palazzo della sua sede, un grande edificio a Prins Bernhardplein 200, nei pressi di Amsterdam: qui c'è infatti la sede di 2812 società, tra cui le succursali di alcune imprese importantissime a livello globale. Nonostante ciò, a dimostrazione della fittizietà di tali domiciliazioni, chi vi si è recato non ha potuto riscontrare nessuna attività effettiva, se non quella incessante della Intertrust stessa. In un rapporto al Parlamento del 6 novembre 2018 sottoscritto dal Ministero delle Finanze olandese infatti si rendeva ufficiale l'esistenza in Olanda di circa 15.000 "spes", ovvero società fantasma (anche dette società "buca lettere"), attraverso le quali verrebbero veicolati circa 4500 miliardi di euro l'anno, circa cinque volte il Pil stesso del "Paese dei tulipani". Poco tempo dopo, per esempio, Lillian Marijnissen, presidente del partito Socialista olandese, dichiarava che Shell, colosso petrolifero anglo-olandese, pagasse in Olanda tasse per "meno di un giro di birre al pub"<sup>53</sup>.

Oltre che per la fiscalità agevolata i Paesi Bassi fanno perfettamente al caso delle grandi holding in virtù delle proprie leggi societarie molto elastiche, che consentono ad esempio il controllo di una società tramite i diritti di voto anche quando non si detiene quello economico: ciò è congeniale a chi, come storiche famiglie fondatrici, fondi privati, ed holding, possedendo una quota rilevante ma non maggioritaria di una grandissima impresa<sup>54</sup>, volesse comunque mantenere sulla stessa il controllo direttivo effettivo<sup>55</sup> (comprendendo anche la possibilità di difendersi da scalate ostili

---

<sup>52</sup> <https://www.intertrustgroup.com/our-locations/europe/netherlands>.

<sup>53</sup> In effetti, il *network* "Tax Justice", confermava tale dichiarazione illustrando che Shell era riuscita ad ottenere un accordo con l'agenzia fiscale olandese in base al quale, per il periodo d'imposta 2017, nonostante avesse realizzato 1,7 miliardi di euro di profitti, non aveva pagato nemmeno un euro in tasse, detraendo da tale utile le perdite subite all'estero.

<sup>54</sup> In considerazione del fatto che molto spesso nel caso di grandi aziende la quota maggioritaria delle azioni è polverizzata sul mercato.

<sup>55</sup> Come nel avvenuto con il caso Fiat (de Luca, 2017 e Mosco, 2018). Inoltre, occorre sottolineare che oltre al caso Fiat si potrebbero citare innumerevoli altri esempi di società italiane trasferitesi in Olanda, ultima delle quali in ordine di tempo la Campari.

sul mercato). Anche questi aspetti di diritto societario in molti casi hanno innestato delle corse al ribasso, sebbene certamente più virtuose, come ad esempio avvenuto in relazione a questa specifica norma olandese, tramite la conseguente introduzione in molti altri diritti societari europei, tra cui quello italiano<sup>56</sup>, delle cd. azioni a voto plurimo ed a voto maggiorato.

Una forma societaria molto attraente offerta dal diritto societario olandese, in particolare per le holding di importanti multinazionali<sup>57</sup>, è la “Cv” (*Commanditaire vennootschap*), di fatto una società in accomandita semplice: in quanto società di persone sono i soci ad essere tenuti a pagare le imposte, tuttavia qualora venga costituita da soggetti stranieri, ovvero residenti in un altro Paese, in Olanda si presume che questi paghino le imposte nel proprio Paese, mentre quest’ultimo generalmente presume che queste vengano assolte in Olanda<sup>58</sup>.

Nonostante l’ampia consapevolezza raggiunta in sede internazionale ma anche e soprattutto in sede europea, con il pressante invito della Commissione<sup>59</sup> a recepire la direttiva anti-elusione fiscale entro la fine del 2018, al contempo, per esempio, l’Olanda cancellava la tassa sui dividendi per i non residenti, suscitando un’ondata di proteste da parte dei lavoratori pubblici<sup>60,61</sup>.

Secondo il rapporto “Offshore shell games 2017”, condotto da due istituti di ricerca americani<sup>62</sup>, più della metà delle società che sono nella classifica “Fortune 500”<sup>63</sup> avrebbero almeno una sede secondaria nei Paesi Bassi.

L’Irlanda invece offre opportunità, specie nel settore digitale, in Italia precluse a causa di burocrazia, fisco, scarsa propensione all’investimento e mancanza di una cultura imprenditoriale nei settori maggiormente innovativi: un italiano *ivi* emigrato, Giovanni Tummarello, dichiarava che per aprire la sua startup, che ha poi sviluppato un software impiegato oggi anche da alcuni servizi segreti nazionali, erano bastati

---

<sup>56</sup> Art. 2351 c.c. comma 4 per come introdotto dall’art. 20 del Decreto Competitività 2014 convertito nella versione definitiva dalla L. 11 agosto 2014 n.116.

<sup>57</sup> Ad esempio utilizzata da Nike con la Nike Innovate.

<sup>58</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (8 giugno 2019); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/mediaset-fiat-chrysler-e-rolling-stones-ecco-perche-l-olanda-attrae-grande-business-ACLjeHP>.

<sup>59</sup> Anche nei già citati *reports* del 7 marzo 2018, nonché nella scheda tematica per contenere la pianificazione fiscale aggressiva dell’anno precedente.

<sup>60</sup> Scontenti per il sistema di gestione e ripartizione delle risorse pubbliche, che rinunciarebbe a maggiori gettiti per avvantaggiare ed attrarre le società straniere ma al contempo per mantenere in equilibrio le proprie finanze elargirebbe stipendi relativamente bassi ai dipendenti pubblici ed applicherebbe imposte elevate sul lavoro a carico del ceto medio e basso.

<sup>61</sup> Un tipico caso di “disallineamento da ibridi” (Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi, 30 settembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/i-magnifici-7-che-guadagnano-babele-imposte-ue-AEw9n85F>.

<sup>62</sup> “Itep” e “Us Parg”.

<sup>63</sup> Rivista statunitense che ogni anno stila una classifica delle prime 500 società americane per fatturato.

duecento euro e poche, rapidissime, formalità (Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi, 17 ottobre 2019).

“Enterprise Ireland” è un’agenzia governativa che opera come investitore diretto per implementare le scelte strategiche del Governo<sup>64</sup> e risulta da vita a più di cento nuove imprese ogni anno, i risultati del 2018 indicano 132 nuove startup e quasi 19.000 nuovi posti di lavoro. Per gli stessi scopi c’è anche “IDA Ireland”, agenzia governativa indipendente per lo sviluppo economico<sup>65</sup>.

Il settore in cui l’Irlanda risulta essere maggiormente specializzata, presentando attrattività crescente, è quello del tecnologico-informatico, soprattutto nello sviluppo di software per il *B2B*<sup>66,67</sup>.

In Ungheria invece c’è la *flat tax*<sup>68</sup> per le imprese al 9%, al 15% per le persone fisiche e l’assenza di ritenute alla fonte su pagamenti di dividendi, interessi e royalties in uscita (ovvero verso Stati non UE). Le società che investono in ricerca e sviluppo poi pagano la metà (il 4,5%) ed i *tax ruling*, conclusi specialmente con le multinazionali, sono anche le pratiche molto diffuse. L’imposizione sui consumi, di contro<sup>69</sup>, è tra le più alte in Europa: l’imposta sul valore aggiunto è al 27% con aliquote ridotte al 18% ed al 5%, tuttavia la certezza del diritto e la rapidità dei rimborsi da parte dello Stato non rendono ciò una problema insormontabile per le imprese<sup>70</sup>.

Dall’esame del *database* del gruppo “Itl”<sup>71</sup>, risulta che lo stesso ha contribuito in modo determinante a trasferire 2875 aziende italiane in Ungheria, che oggi offrono lavoro ad oltre 26mila dipendenti per un fatturato complessivo annuo di circa tre miliardi e mezzo di euro. A partire dal 2012, probabilmente a causa delle purghe

---

<sup>64</sup> Che risultano essere stabili, prescindono dall’avvicendamento politico dei governi come dichiarato da Furio Pietribasi, allora 22enne e già a capo di Mediolanum Ireland e presidente della camera di commercio italo-irlandese.

<sup>65</sup> Costituita ai sensi degli “Industrial Development Acts” 1986-2019, opera in modo complementare ai piani economici nazionali sotto l’egida del Ministero dell’economia, delle imprese e dell’innovazione il quale ha il potere di dedicargli i fondi necessari per portare avanti le proprie missioni, la cui principale è quella incoraggiare gli investimenti in Irlanda da parte di società di proprietà estera; link ufficiale: <https://www.idaireland.com/about-ida>.

<sup>66</sup> Dunque servizi di tipo *business to business*, ovvero erogati o creati da imprese per altre imprese e non per semplici consumatori.

<sup>67</sup> Complice anche la forte presenza storica in loco di molte sedi a rilevanza europea e non solo dei maggiori colossi tecnologici mondiali ed il rapporto privilegiato che l’Irlanda intrattiene con gli Usa ed il Regno Unito.

<sup>68</sup> Una tassazione basata su un aliquota unica e non sulla progressività della stessa attraverso i cd. “scaglioni”; anche in Italia per esempio la stessa IRES (imposta sui redditi delle società) è applicata secondo questi criteri.

<sup>69</sup> E certamente per “compensare” la bassa tassazione diretta.

<sup>70</sup> Come dichiarava ai giornalisti Francesco Maria Mari, presidente della camera di commercio italiana per l’Ungheria (Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi, 5 marzo 2019); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/la-flat-tax-orban-attira-ungheria-nuova-impresa-italiana-giorno-ABpvwwXB>.

<sup>71</sup> Creato nel 1995 da Alessandro Farina, imprenditore veneto che intuì il potenziale di una azienda che assistesse le imprese italiane ad entrare nel mercato ungherese fornendogli servizi di audit, finanziari e di consulenza.

fiscali che al contempo venivano inflitte nel “Belpaese”, il ritmo di nuove società che si spostavano in Ungheria è aumentato vertiginosamente raggiungendo il numero di 25/30 al mese, una al giorno circa<sup>72</sup>.

Spostandosi in Belgio<sup>73</sup> è emblematica una piccola cittadina di 10mila abitanti al confine con la Francia, dove da lì ci si può recare anche a piedi lungo una via piena di bellissime ville, Estaimpuis: qui il 33% dei cittadini risulterebbe essere francese “tutti attratti dall’ambiente bucolico, dalla sicurezza, ma anche e soprattutto da motivi fiscali”<sup>74</sup>. Tra gli altri in questo comune risiedono Gerard Depardieu e molti esponenti della famiglia Mulliez, fondatrice dei gruppi Auchan e Decathlon: sarebbero tutti fuggiti dal fisco francese, che condivide con quello italiano la massima temibilità non solo europea, ma mondiale. Anche il gruppo LVMH<sup>75</sup> di Bernard Arnault<sup>76</sup>, con un fatturato di circa 42 miliardi di euro l’anno, è per il 64,9% controllato<sup>77</sup> da due società belghe.

Grazie agli “interessi nozionali”<sup>78</sup> Arcelor Mittal Finance and Services Belgium, Exxonmobil Petroleum & Chemical, la Pfizer e la Anheuser-Busch Inbev (una multinazionale produttrice di birra) sarebbero riuscite a pagare lo 0% di imposte sui propri utili. “Ikea Service Center”, la banca interna del gruppo Ikea, avrebbe “spuntato” per il periodo 2013 un’aliquota effettiva del 4%. Altre avrebbero

---

<sup>72</sup> Di cui tuttavia una sola su tre di norma è destinata a sopravvivere oltre il primo anno.

<sup>73</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (20 novembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/depardieu-arnault-e-monsieur-auchan-belgio-e-l-eldorado-fiscale-vip--AE4WUuNG>.

<sup>74</sup> Come dichiarato ai giornalisti dallo stesso sindaco del comune belga, Daniel Seneasel, anche deputato al Parlamento di Bruxelles.

<sup>75</sup> Maggior colosso mondiale del lusso, proprietario di circa 70 brand come Luis Vitton, Dior, Fendi, Loro Piana, Givenchy, Hermès, Guerlain, Krug, Moët & Chandon, Veuve Clicquot e Dom Perignon.

<sup>76</sup> Che pure aveva tentato di spostare la propria residenza personale in Belgio suscitando in Francia un fortissima ondata di polemiche.

<sup>77</sup> In parte direttamente ed in parte tramite diritti d’usufrutto.

<sup>78</sup> Una “nicchia fiscale” nata per sostituire il sistema dei centri di coordinamento, un regime fiscale di cui l’Unione europea impose la soppressione a partire dal 2001 (link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008D0283&from=ET>). Consisteva nel creare interessi figurativi che remuneravano gli azionisti che finanziavano la società con capitale di rischio proprio e non in prestito, consentendo di dedurre dal reddito imponibile un interesse fittizio calcolato sul patrimonio netto: moltiplicando il capitale azionario per il tasso del 2,63% (e del 3,13% per le PMI) si otteneva la somma da sottrarre alla base imponibile; tuttavia dall’anno dell’articolo, pur rimanendo molto competitivo il sistema nel suo complesso, tale deduzione non è più calcolata sul patrimonio netto totale bensì sul solo incremento del capitale di rischio (Il Sole 24 Ore, Mincuzzi, 14 gennaio 2016); link: <https://st.ilsole24ore.com/art/norme-e-tributi/2016-01-13/ecco-come-e-perche-belgio-e-diventato-paradiso-fiscale-multinazionali-170735.shtml?uuiid=ACiTeM9B#:~:text=Secondo%20il%20rapporto%2C%20il%20meccanismo,imposta%20del%206%2C8%25>

registrato addirittura crediti d'imposta, facendo registrare tassi impositivi negativi, come nel caso della Solvay, che nel 2011 ne registrò uno record del -11,76%<sup>79</sup>.

Nel Granducato del Lussemburgo invece nel 1982 risiedevano 350mila persone, oggi sono 600mila di cui il 47% stranieri<sup>80</sup>. Risulta essere il primo *hub* europeo per gli investimenti provenienti dall'estero, nonché la seconda piazza finanziaria al mondo per l'istituzione e la gestione di fondi di investimento dopo gli USA<sup>81</sup>.

Dopo circa due anni di istruttoria, l'Antitrust europeo ha chiuso l'indagine su McDonald's assolvendo il Lussemburgo, che ospita la sua sede legale, dall'accusa di avergli concesso aiuti di Stato illegali ai sensi dell'art. 107 TFUE, l'unico strumento "istituzionale" a livello europeo impiegabile per contrastare la concorrenza fiscale dannosa attuata tra Stati membri, che si esaminerà nel successivo capitolo. La mancata tassazione di alcuni profitti infatti<sup>82</sup>, secondo l'esito delle indagini svolte dalla Commissione, sarebbe stata da attribuire al trattato concluso tra il Granducato e gli USA per prevenire le doppie imposizioni. Non risultava dunque concretizzarsi uno dei requisiti che come vedremo nel secondo capitolo è fondamentale per decretare illegale una misura economica d'aiuto concesso tramite fondi pubblici ad un operatore di mercato, ovvero la selettività, cioè il fatto che la misura venga concessa arbitrariamente ad uno o più specifici soggetti che tuttavia si trovano nella stessa identica situazione fattuale e giuridica rispetto alla generalità degli operatori che dal canto loro non ricevono alcun aiuto. Ad ogni modo, Margrethe Vestager, Commissario europeo alla concorrenza, non entusiasta dell'esito del procedimento, dichiarava ciò non escludesse che, anche se in virtù dell'applicazione di una legge come può esserlo nella sostanza un trattato fiscale bilaterale, pienamente applicabile e nei confronti di tutti, tali somme sarebbero state comunque esentate dal prelievo impositivo sia in Lussemburgo che negli USA e ciò non sarebbe stato propriamente equo dal punto di vista fiscale. In sostanza la mancata tassazione di talune componenti reddituali sarebbe stata permessa da una discrepanza tra le regole fiscali

---

<sup>79</sup> Questo ciò che emergeva dall'intervista a Marco Van Hees, ex ispettore delle imposte ed ora deputato al Parlamento belga per il Partito del Lavoro, che al riguardo ha scritto anche un libro: "Les riches aussi on le droit de payer des impôts" (2013), Aden Editions.

<sup>80</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (1 ottobre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/mcdonald-s-amazon-eronaldo-lussemburgo-pace-fiscale-tutti-AEbun5yF>.

<sup>81</sup> Come dichiaravano il presidente della camera di commercio italo-lussemburghese Fabio Morvilli ed il direttore del dipartimento fiscale di Clifford Chance Italia Carlo Galli.

<sup>82</sup> Che per l'inchiesta condotta da EPSU *et alios* (febbraio 2015) avrebbe fatto perdere alle casse degli erari europei tra il 2009 e il 2013 circa 1 miliardo di euro.

lussemburghesi e quelle statunitensi: un'altro tipico caso di “disallineamento da ibridi”, che rincontreremo spesso.

Molte tra le condotte definibili come abusive sono infatti consentite proprio dai sistemi fiscali nazionali intesi come norme e prassi che in quanto tali non sono sindacabili: nel report per Paese della Commissione del 7 marzo 2018 dedicato al Lussemburgo<sup>83</sup> si legge testualmente che l'autorità comunitaria sospettasse concretamente che la disciplina fiscale lussemburghese offrisse grandi opportunità per l'impiego di regimi elusivi da parte delle imprese in quanto, ad esempio, gli utili distribuiti da una società non residente di regola non concorrono alla formazione del reddito così come le plusvalenze realizzate, gli interessi e le royalties sono esenti da ritenute e per i dividendi in uscita è prevista una ritenuta alla fonte del 15%<sup>84</sup>.

Dal reddito imponibile, è poi possibile dedurre tutte le spese definite dalla disposizione come “derivanti dall'attività imprenditoriale” compresi interessi, royalties e compensi di servizio, non esiste, infine, alcun tipo di norma antielusiva.

Il contribuente è sempre trattato come un cliente, le dichiarazioni dei redditi sono brevi e semplici da compilare e l'onere della prova nel caso di controversie ricade, al contrario che in Italia, sull'amministrazione fiscale<sup>85</sup>.

Per nulla di minor conto, in Lussemburgo, contrariamente che altrove, le leggi non cambiano continuamente e la stabilità è un fattore fondamentale.

Emblematico della strategia fiscale lussemburghese è un piccolo edificio che nel centro storico della Città di Lussemburgo ospita la sede di “Amazon Eu Sarl”, società che nel 2017 ha fatturato 24.9 miliardi di euro: risulta abbastanza chiaro che stanti i 600mila abitanti del Granducato ed il core business di Amazon<sup>86</sup>, per la quasi totalità tali profitti non siano stati realizzati in loco<sup>87</sup>. Anche Cristiano Ronaldo, vedendo tra le sue fonti di reddito, al pari di alcune multinazionali, una quota rilevante dei guadagni complessivi provenire dai diritti sulla proprietà intellettuale<sup>88</sup>, ha scelto il Lussemburgo quale sede di alcune sue società, tuttavia nel Granducato

---

<sup>83</sup> SWD(2018) 214 final, pg. 19, <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2018-european-semester-country-report-luxembourg-en.pdf>.

<sup>84</sup> Modificabile in *in melius* in virtù di specifiche convenzioni fiscali internazionali.

<sup>85</sup> Sempre pronta peraltro ad affiancarti e collaborare nella predisposizione della dichiarazione stessa.

<sup>86</sup> I “super profitti” di Amazon possono essere spiegati solo dall'erogazione di prodotti e servizi a un notevole numero di clienti e non può essere il caso del Lussemburgo, che ha meno abitanti di Genova e probabilmente molti di questi, al pari delle società, ivi hanno una mera residenza di comodo, non vivendoci dunque nemmeno abitualmente.

<sup>87</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (30 settembre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/i-magnifici-7-che-guadagnano-babele-imposte-ue-AEw9n85F>

<sup>88</sup> Nello specifico derivanti dall'impiego commerciale della sua stessa immagine e del suo nome.

nessuno l'ha mai visto e per questo ha patteggiato anche una pena di due anni di reclusione e 18,8 milioni di euro di multa in Spagna<sup>89,90</sup>.

Secondo un articolo del quotidiano “La Repubblica” del 15 settembre 2020, complessivamente Google, Amazon, Facebook, Apple, Airbnb, Uber e Booking.com avrebbero versato in Italia per il periodo d'imposta 2019 l'effimera cifra di 42 milioni di euro (che con un aliquota IRES del 24% corrisponderebbero a 175 milioni di profitto), comunque già molto maggiore rispetto agli 11 milioni del 2016<sup>91</sup>. A causa della pressione causata dalla consapevolezza sempre più diffusa e qualificata circa queste condotte abusive che sta emergendo nel corso degli ultimi anni presso l'opinione pubblica grazie ai progetti internazionali, i procedimenti giudiziari europei e nazionali e le inchieste giornalistiche ed universitarie, alcune multinazionali, temendo una pubblicità negativa, hanno parzialmente modificato le proprie strutture societarie aprendo nuove filiali nazionali che ufficialmente dovrebbero pagare la giusta quota d'imposte *in loco* ed a ciò si spiega questo recente e leggerissimo “miglioramento”. Tuttavia stando ai risultati risultano essere più che altro dei meri “contentini” ed i meccanismi di trasferimento degli utili, consentiti soprattutto dalla centralità economica degli *assets* immateriali nonché da vari altri fattori tra cui le peculiarità del mercato unico europeo, restano ancora evidentemente diffusissimi ed inerenti la quasi totalità dei profitti di molte multinazionali. Il chiaro problema che si vuole far emergere poi è che l'Unione europea consenta, più o meno tacitamente, che alcuni suoi Membri siano i principali artefici di questi fenomeni.

## 2. I criteri internazionali di ripartizione dei diritti impositivi

### 2.1 Stabile organizzazione e prezzi di trasferimento: la genesi storica ed i principi generali

La disciplina generale della fiscalità internazionale nacque dall'esigenza di superare le problematiche insite nella situazione in cui due o più giurisdizioni avevano pretese

---

<sup>89</sup> Occorre ricordare che il patteggiamento non comporta né l'ammissione né l'accertamento della colpevolezza dell'imputato.

<sup>90</sup> Il Sole 24 Ore, Galullo e Mincuzzi (1° ottobre 2018); link: <https://www.ilsole24ore.com/art/mcdonald-s-amazon-e-ronaldo-lussemburgo-pace-fiscale-tutti-AEbun5yF>.

<sup>91</sup> La Repubblica, Livini (15 settembre 2020); link:

[https://www.repubblica.it/economia/2020/09/15/news/dai\\_giganti\\_del\\_web\\_solo\\_42\\_milioni\\_di\\_tasse\\_al\\_fisco\\_italiano\\_267423301/#:~:text=Le%20societ%C3%A0%20di%20diritto%20italiano,oneri%20contributivi%20sugli%20stipendi%20dei](https://www.repubblica.it/economia/2020/09/15/news/dai_giganti_del_web_solo_42_milioni_di_tasse_al_fisco_italiano_267423301/#:~:text=Le%20societ%C3%A0%20di%20diritto%20italiano,oneri%20contributivi%20sugli%20stipendi%20dei)

impositive su una medesima manifestazione di capacità contributiva in base ai plurimi nessi che legavano il contribuente ad un Paese: il problema della doppia imposizione. I singoli Stati nel corso dell'ultimo secolo hanno regolato i propri rapporti in modo da scongiurare questo fenomeno tramite apposite convenzioni bilaterali, dunque ognuna tesa a regolare i singoli rapporti, coordinando le proprie pretese impositive su un medesimo contribuente. Queste convenzioni sono ispirate ai principi generali internazionalmente riconosciuti, espressi nelle loro forme più autorevoli ed ampiamente condivise a livello mondiale dal "Modello di convenzione sulla tassazione dei redditi e dei capitali dell'OCSE"<sup>92</sup> e dal "Modello di convenzione sulla doppia imposizione delle Nazioni Unite"<sup>93</sup>, entrambi aggiornati al 2017.

Entrambi i modelli nei loro principi generali sono riconducibili ai primi schemi elaborati dalla Società delle Nazioni negli anni '20 del secolo scorso, quando i volumi degli scambi internazionali iniziarono rapidamente a crescere e si affermò l'idea che fosse necessario elaborare un modello di fiscalità internazionale. La Società delle Nazioni conferì dunque mandato a quattro economisti di fama internazionale<sup>94</sup> di analizzare il problema specialmente sotto il profilo della doppia imposizione: nel primo rapporto del 1923<sup>95</sup> i professori individuarono nella "economic allegiance" la chiave per la ripartizione dei poteri impositivi degli Stati. Questa teoria fondava il dovere alla contribuzione in un dato Stato a legami di natura economica tra i processi di creazione, localizzazione, tutela e fruizione della ricchezza ed i relativi territori, tendendo ad attribuire maggior peso alla creazione e alla fruizione: nacquero così i principi prevalenti della tassazione in base alla fonte ed alla residenza.

Per evitare la doppia imposizione il gruppo proponeva nello specifico un modello<sup>96</sup> basato sulla reciproca esenzione dei redditi destinati all'estero: nella sostanza la giurisdizione di localizzazione della fonte avrebbe dovuto lasciare che i redditi venissero tassati non già dove venivano prodotti ma dove venivano fruiti<sup>97</sup>, questa impostazione venne tuttavia osteggiata da una parte della comunità internazionale

---

<sup>92</sup> Link: [https://doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-en](https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en).

<sup>93</sup> Link: [https://www.un.org/esa/ffd/wpcontent/uploads/2018/05/MDT\\_2017.pdf](https://www.un.org/esa/ffd/wpcontent/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf).

<sup>94</sup> Ovvero il prof. G. W. J. Bruins dell'Università Commerciale di Rotterdam, il prof. Luigi Einaudi dell'Università di Torino, il prof. E. R. A. Seligman della Columbia University di New York e Sir. J. C. Stamp della London University.

<sup>95</sup> Link: <http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml>

<sup>96</sup> Il cd. "Method of exemption for income going abroad".

<sup>97</sup> Luogo dove vengono fruiti significa il luogo dove l'impresa risiede siccome è ad essa che sono chiaramente destinati i frutti della propria attività, ovvero gli utili.

per il fatto che sarebbe andata a discapito dei Paesi meno sviluppati, tipicamente fornitori di *input*. Le posizioni degli Stati erano contrastanti, ciò rese necessario trovare un compromesso che portò ad attribuire maggiore importanza al criterio della fonte, da cui si elaborò dunque il concetto di stabile organizzazione. Questa agisce da cento anni come indicatore del livello di interazione economica di un'impresa con un territorio. Nonostante infatti la regola generale sia offerta dal criterio della residenza la presenza di una stabile organizzazione viene ritenuta idonea a conferire alla giurisdizione della fonte il potere impositivo sulla parte di ricchezza prodotta sul proprio territorio: è la regola definita “del nesso” (*nexus rule*).

In generale i modelli principali, OCSE e ONU, definiscono<sup>98</sup> la stabile organizzazione come una sede fissa di affari, od anche un agente dipendente, attraverso i quali un'impresa conduce in tutto o in parte la propria attività in una giurisdizione diversa da quella della residenza; implica dunque l'esistenza di elementi fisici verificabili come impianti, locali, macchinari, l'impiego di personale, ecc. per un periodo di tempo apprezzabile: la riscontrabilità di questi fattori è idonea a configurare il requisito minimo per derogare al principio del diritto alla tassazione “in esclusiva” in capo alla giurisdizione di residenza (Confindustria, 2019)<sup>99</sup>.

Una volta stabilito il criterio in base al quale veniva determinato chi vantasse la pretesa impositiva, occorre definire i criteri necessari per quantificare la porzione di reddito attribuibile alle parti così individuate<sup>100</sup> in modo da poterla sottoporre al prelievo impositivo: nel 1933 sempre la Società delle Nazioni, nell'elaborare il modello di Convenzione per l'allocatione dei diritti impositivi sui profitti d'impresa, teorizzava per la prima volta il concetto di normalità tra imprese associate sviluppando la “separate entity theory”: in base alla “teoria delle entità indipendenti”, ciascun ente parte di un gruppo era considerato autonomo ai fini della determinazione del proprio reddito, nel cui computo avevano rilievo anche le operazioni poste in essere tra le varie società del gruppo<sup>101</sup>. Questo concetto è alla

---

<sup>98</sup> Agli articoli 5 di entrambe le Convenzioni.

<sup>99</sup> Link:

[https://www.confindustria.it/wcm/connect/709d0622-b64a-4e5e-98a8-b0ca44978022/Position+Paper\\_Principi+fiscali+internazionali+e+digitalizzazione+dell%27economia\\_25.6.19\\_Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-709d0622-b64a-4e5e-98a8-b0ca44978022-mKfjyE](https://www.confindustria.it/wcm/connect/709d0622-b64a-4e5e-98a8-b0ca44978022/Position+Paper_Principi+fiscali+internazionali+e+digitalizzazione+dell%27economia_25.6.19_Confindustria.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-709d0622-b64a-4e5e-98a8-b0ca44978022-mKfjyE).

<sup>100</sup> Rispetto all'universalità degli utili riportati a bilancio dall'impresa nel luogo di residenza.

<sup>101</sup> “If an enterprise with its fiscal domicile in one contracting State has permanent establishments in other contracting States, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which it might be expected to derive if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions. Such net income will, in principle, be determined on the basis of the separate accounts pertaining to such

base del principio di libera concorrenza<sup>102</sup> secondo il quale alla stabile organizzazione<sup>103</sup>, ma oggi analogamente anche alle diverse entità di un gruppo multinazionale<sup>104</sup>, vanno attribuiti i redditi che queste avrebbero ottenuto operando quali entità separate ed indipendenti sul mercato nello svolgimento delle medesime attività svolte ed alle stesse condizioni di mercato in cui si trovano, tenendo conto delle funzioni, degli *asset* impiegati e dei rischi assunti.

Il principio, rimasto sostanzialmente invariato fino ad oggi, nel tempo è stato arricchito dalla teorizzazione di prassi e standard condivisi, volti a garantire uniformità nella sua applicazione: il principale di questi corollari può considerarsi la disciplina dei prezzi di trasferimento.

Nel 1979 il Comitato degli affari fiscali dell'OCSE predispose il primo rapporto in materia di prezzi di trasferimento, elaborava indicazioni e parametri utili per la determinazione del valore corretto, ovvero di mercato, delle operazioni poste in essere tra imprese associate<sup>105</sup>: l'intento era di fornire degli strumenti per valutare la correttezza delle operazioni infragruppo onde evitare che tramite sopra o sotto stime dei valori contabili si potessero realizzare trasferimenti artificiosi di utili. Veniva dunque elaborata una serie eterogenea di metodi che rendesse possibile questo calcolo nelle più svariate situazioni fattuali, dividendoli convenzionalmente in metodi "tradizionali" e metodi "reddizionali". Segnatamente i metodi "tradizionali", che bisognerebbe impiegare prioritariamente qualora siano applicabili al caso concreto: il CUP, "Comparable Uncontrolled Pricing Method", che si prefigge di confrontare il prezzo pattuito nell'operazione infragruppo con quello attribuibile ad una transazione perfettamente paragonabile sul mercato ("confronto esterno") oppure di porsi "nei panni" di una delle due parti e verificare se il valore attribuito all'operazione è intrinsecamente corretto ("confronto interno"); l'RPM, "Resale Pricing Method", che si basa sul determinare a quale prezzo un'impresa che ha concluso ad un dato prezzo un'operazione infragruppo rivenderà quel bene sul mercato, tenendo conto dei margini appropriati al caso (margine di profitto, spese accessorie, ecc.); il CPM, "Cost Plus Method", che prevede di andare a verificare quanto è costato produrre internamente od acquistare da altri sul mercato un dato

---

*establishment. Subject to the provisions of this Convention, such income shall be taxed in accordance with the legislation and international agreements of the State in which such establishment is situated."*

<sup>102</sup> "The arm's length principle".

<sup>103</sup> Artt. 7 dei modelli OCSE e ONU.

<sup>104</sup> Artt. 9 dei modelli OCSE e ONU.

<sup>105</sup> Il classico discrimine per verificare se due o più imprese sono "associate" è la mancanza di concorrenzialità tra le stesse.

bene a quell'impresa che lo ha poi rivenduto ad un dato prezzo ad un'impresa correlata, anche qui tenendo conto dei margini adeguati al caso. In subordine i metodi "redditali", applicabili soltanto nel caso in cui risulti impossibile l'impiego di quelli "tradizionali": il "Net Margin Method", ovvero la comparazione del margine netto realizzato nell'operazione infragruppo con il margine realizzato in operazioni comparabili sul mercato, assumendo un'adeguata base di riferimento, come per esempio i costi operativi, per individuare il margine di ricavo che ragionevolmente ci si dovrebbe attendere da una delle due parti, la cd. "parte sottoposta al test"; infine il "Profit Split Method", nel quale occorre quantificare il profitto complessivo che deriva da una serie di operazioni infragruppo e la sua ripartizione tra le varie entità seguendo principi che adotterebbero parti indipendenti per spartirsi tale profitto<sup>106</sup>.

Nel 1995 sempre l'OCSE emanava il documento "Transfer Pricing Guidelines", questo non comportava modifiche sostanziali ai principi del 1979, più che altro affinava i metodi di determinazione dei prezzi e forniva indicazioni sul contenuto della documentazione necessaria alle imprese per giustificare il metodo scelto.

Nel 2010 veniva aggiornato il documento del 1995 prevedendo una gerarchia più rigida circa la scelta del metodo anche in relazione ai casi specifici, fornendo indicazioni precise circa l'analisi di comparabilità delle operazioni e predisponendo delle linee guida accurate circa l'applicazione dei metodi "tradizionali" e "redditali".

Nel 2017, come preannunciato in sede di preparazione del progetto "BEPS" che si andrà ora ad analizzare, le linee guida del 2010 vengono nuovamente aggiornate: le azioni 8, 9, 10 e 13 del medesimo progetto sono infatti finalizzate a garantire che le regole sul *transfer pricing* consentano di determinare adeguatamente l'allocazione e la conseguente tassazione dei profitti in conformità con le attività economiche che li hanno generati. Vengono inoltre introdotte novità riguardanti le transazioni aventi ad oggetto le *commodities*<sup>107</sup>; riformata integralmente la disciplina del trasferimento dei beni immateriali; istituita una disciplina a sé e semplificata sui servizi a basso valore aggiunto; si prevede che nello studio sulla corretta quantificazione dei prezzi si debba tener conto anche dei rischi supportati dai soggetti esaminati; infine si

---

<sup>106</sup> L'Italia recepisce abbastanza rapidamente questi principi, la normativa è contenuta nell'art. 110, comma 7, D.P.R. del 22 dicembre 1986 n. 917 (il cd. T.u.i.r.).

<sup>107</sup> Termine con cui in inglese si indica un bene genericamente caratterizzato dalla fungibilità.

predisporre una nuova disciplina della documentazione necessaria e nell'ambito del "Country-by-Country Reporting"<sup>108</sup>.

Il principale problema, come si dimostrerà, è che i principi elaborati per tentare di risolvere l'originario problema principale, ovvero quello della doppia imposizione, sono oggi fatti oggetto di uno sfruttamento abusivo che, a talune condizioni e con la necessaria complicità di almeno una giurisdizione, comportano paradossalmente diffuse situazioni completamente inverse, ovvero di doppia non imposizione.

## 2.2 Il progetto "BEPS"

Una nota del Senato della Repubblica italiana<sup>109</sup> forniva una definizione e descrizione del BEPS<sup>110</sup> in occasione della conclusione dei relativi lavori preparatori del progetto, sviluppato sempre in seno all'OCSE.

I Ministri delle Finanze ed i Governatori delle Banche Centrali dei Paesi membri del G20 riunitisi a Lima l'8 ottobre 2015 approvavano infatti un pacchetto di misure volto a definire una riforma delle regole fiscali internazionali completo, coerente e coordinato atto a fornire uno strumento valido per colmare le lacune esistenti causate da principi generali che come abbiamo visto erano stati elaborati da circa un secolo.

Il progetto prendeva il nome degli effetti che sortivano le strategie che si volevano contrastare con lo stesso, poste in essere dalle imprese per erodere la base imponibile e quindi ridurre il proprio contributo fiscale globale<sup>111</sup>. La realizzazione di questi fenomeni sarebbe stata consentita ed agevolata da: strategie fiscali aggressive e sofisticate in contesti ad alto tasso di innovazione, dalla digitalizzazione, dalla globalizzazione, dalla rigidità dei sistemi fiscali contrapposta ad un'estrema flessibilità dei redditi d'impresa, dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano, dall'assenza di coordinamento internazionale e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali per esempio in materia di difforme trattamento delle componenti di bilancio di un'impresa come gli interessi o i dividendi, nonché da una valutazione non uniforme delle voci reddituali relative ad operazioni infragruppo e sul mercato.

---

<sup>108</sup> Ovvero un sistema informativo che si basa sulla predisposizione da parte di un'impresa operante in più Stati di un rapporto che comunica il proprio volume d'affari complessivo ed le proporzioni con cui si riferisce alle singole giurisdizioni.

<sup>109</sup> Da cui verrà ripresa in parte la definizione; link: <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00941275.pdf>

<sup>110</sup> Acronimo inglese di "Base Erosion and Profit Shifting", tradotto "Erosione della base imponibile e traslazione degli utili".

<sup>111</sup> La distrazione di utili è essa stessa erosione della base imponibile.

Secondo l'analisi appositamente svolta dall'OCSE, le cui stime risulterebbero coerenti con quelle condotte dal FMI e dall'UNCTAD<sup>112</sup>, questi fenomeni avrebbero sottratto gettito fiscale in una forchetta compresa tra il 4 ed il 10% del gettito totale globale apportato dalle imposte sulle società, generando sfiducia nei confronti dei sistemi fiscali in generale, distorcendo geograficamente l'allocazione delle risorse e degli investimenti diretti esteri e ponendo le grandi società presenti in più Paesi in una posizione di vantaggio competitivo rispetto alle piccole e medie imprese caratterizzate da business a dimensione prevalentemente domestica.

Al *summit* del G20 tenutosi il 18 ed il 19 giugno del 2012 in Messico i leader dei Paesi rappresentati chiusero l'incontro con una dichiarazione finale di impegno a combattere l'erosione delle basi imponibili ed il trasferimento di utili. Tale impegno programmatico si concretizzò il successivo 6 novembre quando i Ministri delle Finanze dei "20" conferirono un mandato esplicito all'OCSE per studiare il tema: questo tra il 19 ed il 20 luglio del 2013 al G20 di Mosca presentò quindi il rapporto "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting", articolato in 15 azioni ritenute fondamentali per raggiungere concretamente le finalità del progetto.

Le azioni dalla seconda alla quattordicesima sono racchiuse in tre grandi pilastri: il primo volto a garantire coerenza per i regimi fiscali nazionali sulle attività transnazionali; il secondo diretto a rielaborare e rafforzare i requisiti e gli standard vigenti, riallineando la tassazione con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore; il terzo volto ad aumentare la trasparenza tramite lo scambio di informazioni ed a garantire certezza del diritto sia alle amministrazioni che alle imprese.

La prima e l'ultima azione invece vengono definite azioni trasversali in quanto funzionali ad ognuno degli aspetti dei tre pilastri e sono la prima azione, riguardante l'economia digitale e la quindicesima, che auspica l'impiego da parte degli Stati di uno strumento convenzionale multilaterale che garantisca uniformità applicativa e superi l'attuale impostazione basata su infinite convenzioni bilaterali differenti.

Per ciò che concerne l'economia digitale l'OCSE partiva dall'assunto che era un fenomeno chiaramente in una fase di fortissima espansione e che quindi la sua "quota di mercato" nell'economia globale era sempre maggiore, tuttavia i sistemi fiscali vigenti, concepiti per l'economia tradizionale, spesso non riuscivano a intercettarne e

---

<sup>112</sup> United Nations Conference for Trade And Development, tradotto: Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo.

sottoporre conseguentemente ad imposizione esaustivamente i redditi. Trattandosi di un'economia del tutto nuova con caratteristiche assolutamente peculiari, *in primis* la sua volatilità, l'OCSE preannunciava la necessità di approcciarsi al tema in termini generali: intuiva che sarebbe stato inevitabile rimettere in discussione i consolidati principi riguardanti gli stessi presupposti impositivi ed i suoi criteri di ripartizione tra le giurisdizioni interessate. Nella sostanza sosteneva dunque la necessità di superare il tradizionale concetto di “stabile organizzazione”.

Primo pilastro.

Azione 2: “Hybrid Mismatch Arrangements”, si prefigge di neutralizzare gli effetti negativi causati da asimmetrie tra diversi ordinamenti, che si sostanziano principalmente in doppie non imposizioni, ad esempio tramite doppie deduzioni in relazione ad una medesima spesa, deduzione in un Paese di imposte mai corrisposte altrove e differimenti a lungo termine del pagamento dei debiti d'imposta.

Azione 3: concernente regole sulle società controllate estere<sup>113</sup> finalizzate ad evitare lo spostamento fittizio dei redditi verso società controllate residenti in Stati a fiscalità agevolata, giungendo ad una definizione completa ed univoca di controllo societario.

Azione 4: riguardante le transazioni finanziarie infragruppo, è volta a limitare l'erosione della base imponibile attuata tramite la deduzione di interessi ed altri costi inerenti il finanziamento attuato all'interno dei gruppi multinazionali reciprocamente tra società, introducendo soglie massime percentuali.

Azione 5: circa le pratiche fiscali dannose, intende prevedere un sistema di scambio obbligatorio di informazioni tra Paesi in merito alle decisioni sui regimi fiscali agevolati e le procedure connesse, che consenta di mettere in luce la sostanza economica delle operazioni.

Secondo pilastro.

Azione 6: intesa a definire delle clausole antiabuso volte a prevenire la possibilità che taluni soggetti attuino il cd. “treaty shopping” ovvero insedino, senza alcuna ragione legata alla strategia aziendale bensì solo a fini elusivi, società fittizie in dati Stati perché intendono sfruttare le convenzioni bilaterali insistenti tra detti Stati, senza tuttavia essere residenti in nessuno degli stessi.

Azione 7: giungere ad una definizione nuova e più articolata, materiale e personale di “stabile organizzazione” che tenga conto delle recenti dinamiche di mercato. Con ciò

---

<sup>113</sup> Le cd. “CFC”, acronimo inglese per Controlled Foreign Companies.

si eviterebbe il fenomeno dei “commissionaire arrangements”<sup>114</sup>, le strategie di frammentazione di attività strettamente correlate, nonché di considerare agenti indipendenti soggetti che in realtà detengono in modo continuativo il potere di concludere contratti in nome e per conto di un’impresa straniera.

Azioni 8, 9 e 10: aventi ad oggetto i prezzi di trasferimento. Esprimono la presa di coscienza del fatto che le linee guida elaborate al riguardo della stessa OCSE si erano rivelate abbastanza inefficienti specialmente perché suscettibili di manipolazioni da parte di alcune multinazionali, le quali tendevano a far comunque emergere i profitti dove risultava maggiormente vantaggioso sotto il profilo del trattamento fiscale e non già dove aveva realmente luogo l’attività d’impresa. L’azione 8 tratta il punto più delicato dei *transfer pricing*, ovvero quello delle transazioni aventi ad oggetto i beni immateriali, di difficilissima valutazione anche in ragione della frequente unicità che li contraddistingue. L’azione 9 è volta ad instaurare principi vincolanti in merito alla ripartizione dei rischi tra società appartenenti ad un gruppo che tengano conto dell’effettiva possibilità dell’associato di prendere decisioni, di controllare il rischio e di poterlo gestire economicamente con risorse proprie. L’azione 10 si concentra sulle aree ad alto rischio ai fini dell’erosione della base, come per esempio il fenomeno dell’incremento fittizio dei costi di gestione.

Terzo pilastro.

Azione 11: misurare il BEPS. Per poter comprendere le reali dimensioni del fenomeno e l’efficacia nel tempo delle misure atte a contrastarlo, occorre munirsi di un metodo efficace di calcolo basato su sei indicatori che deve essere anche nella disponibilità dei funzionari pubblici dei vari Paesi, i quali si auspica che dal canto loro si impegnino a potenziare la propria capacità di raccolta ed elaborazione dei dati.

Azione 12: “Regole di *disclosure*”. Intende fornire alle amministrazioni fiscali dei vari Paesi una struttura modulabile in base alle loro specifiche esigenze finalizzata alla raccolta tempestiva di ogni informazione relativa a fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva da parte di un contribuente, al fine di identificarli anche tramite un raffronto con casi concreti, per poter poi intraprendere nel minor tempo possibile azioni di contrasto.

---

<sup>114</sup> Con questo termine inglese si allude a quelli che possono essere tradotti come “accordi di mera distribuzione tra imprese” ovvero operazioni realizzate internamente ad un gruppo al fine esclusivo di trasferire beni, merci o scorte dove risulta maggiormente conveniente dal punto di vista fiscale.

Azione 13: sulla documentazione in materia di *transfer pricing*, con l'obiettivo di prevedere la documentazione specifica che per legge le multinazionali dovrebbero fornire alle autorità fiscali in materia di operazioni infragruppo in occasione dell'accertamento delle imposte dovute. Più nel dettaglio, si ritiene fondamentale che l'impresa specifichi quali obbligazioni e relativamente a cosa siano già state assolte in altri Stati in modo da agevolare le agenzie nell'individuazione di specifiche aree di rischio, non disperdendo inefficacemente le forze relative al potere di controllo. A tal fine, sfruttando le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie, l'OCSE auspica la creazione di un "master file" consultabile da tutte le amministrazioni dei Paesi interessati, di un "local file" relativo al rapporto col contribuente in ogni specifico Paese e di un sistema di "Country by Country reporting", attraverso il quale le multinazionali annualmente comunicherebbero in ogni rispettiva giurisdizione un insieme predefinito di informazioni e di dati che poi le amministrazioni nazionali garantirebbero di scambiarsi senza alcun problema.

Azione 14: circa la risoluzione delle controversie. Anche e proprio in conseguenza delle nuove regole che si auspica vengano applicate in ossequio al progetto, si ritiene probabile un provvisorio aumento del contenzioso relativo alla materia. A tal riguardo gli Stati vengono invitati ad ispirarsi ad alcune delle "best practices" individuate, garantendo ad ogni modo la soluzione delle controversie entro un massimo di 24 mesi.

Per la parte del progetto già implementata, relativa soprattutto allo scambio di informazioni, questo progetto, ad oggi, è stato l'unico che come abbiamo visto si è dimostrato capace di produrre risultati apprezzabili nell'ottica di una maggior trasparenza<sup>115</sup>, consentendo sostanzialmente di abolire i paradisi fiscali "tradizionali". Ad oggi infatti, chiunque abbia legami finanziari, anche indiretti, con giurisdizioni "black list" è immediatamente sotto la lente d'ingrandimento delle autorità.

Sotto il profilo dei problemi causati dalla smaterializzazione delle fonti di ricchezza e dalla relativa a-territorialità, nonché delle asimmetrie tra le normative fiscali nazionali, dunque del legame tra le imprese e i territori, invece, vi è ancora molta strada da fare. Tuttavia limitatamente alla dimensione europea, del tutto indipendente da quella internazionale e maggiormente assimilabile a quella di una singola Nazione, ciò non risulta pienamente giustificabile.

---

<sup>115</sup> Il merito di ciò è poi sicuramente maggiore in virtù della dimensione globale del progetto.

## 2.3 L'economia digitale

Da oltre trent'anni è iniziato un cambiamento epocale: la digitalizzazione. È sicuramente il fenomeno globale più rilevante dei nostri tempi e le implicazioni che scaturiscono da questa vera e propria rivoluzione incidono in ogni campo sociale ed economico. Sono così tante che anche qualora si riuscisse a coglierle, definirle e analizzarle tutte, tuttavia nel frattempo sarebbero certamente diventate anacronistiche per il fatto che risulterebbero già stati fatti altri cento passi in avanti. In effetti è proprio la stessa digitalizzazione che sta consentendo che le tecnologie di processo, di prodotto, di comunicazione e di trasporto si innovino sempre più rapidamente.

Questo incide in modo particolarmente negativo nell'ambito giuridico, specialmente nei Paesi "di civil law", caratterizzati da sistemi di regolamentazione poco elastici e poco dinamici, contraddistinti dall'intento di tipizzare ogni fattispecie possibile ed immaginabile attraverso procedimenti lenti e farraginosi che sortiscono l'inevitabile effetto di lasciare dei vuoti normativi. Ciò, unito alla forte burocraticizzazione degli ordinamenti europei, che riguarda in particolare il nostro Paese ma anche le complicazioni relative ai processi decisionali della stessa Unione europea<sup>116</sup>, rappresenta un ostacolo molto forte: non si riescono a cogliere puntualmente i fenomeni nuovi ed in divenire, mentre il resto del mondo, specialmente le Nazioni maggiormente orientate all'economia digitale (di cui non risulta far parte a pieno titolo alcuno Stato membro dell'Unione)<sup>117</sup>, non stanno ad aspettare i comodi del "Vecchio Continente", le innovazioni prendono piede a passo sempre più serrato e si rischia di restare indietro.

A prescindere dagli svantaggi concorrenziali che derivano dal mancato sviluppo di una cultura imprenditoriale ed in generale professionale legata al settore digitale così forte come in altre realtà e dall'incapacità od il ritardo nel cogliere le implicazioni della "rivoluzione" cui stiamo assistendo, occorre considerare che ad ogni modo la tecnologia digitale coinvolge ormai direttamente ognuno di noi, ad essa affidiamo una parte enorme dei nostri dati e persino le nostre ricchezze, dunque una qualche forma di regolazione e di controllo appaiono necessarie, auspicando che siano il più

---

<sup>116</sup> Dove ad aggravare la situazione vi è la necessità di trovare compromessi tra Stati e realtà anche molto diverse tra loro e sempre più diverse in virtù del contemporaneo processo di espansione della stessa Unione Europea.

<sup>117</sup> A parte, come abbiamo visto, l'Irlanda, che tuttavia si pone ancor oggi principalmente come "hub" europeo per imprese che provengono però tutte da Oriente o dagli Stati Uniti, eccezion fatta per il fenomeno in crescita delle startup, di cui però ad oggi nessuna risulta essere ancora diventata una multinazionale potente a livello mondiale.

condivise possibile a livello internazionale in funzione della forte a-territorialità del fenomeno direttamente scaturite dalla sua immaterialità e volatilità.

È possibile scindere il fenomeno in due fasi, la prima, avviata negli anni '80 e sviluppatasi prevalentemente negli anni '90, vede come protagonista il computer che diviene accessibile soprattutto alle imprese, comportando una semplificazione di taluni aspetti come quelli contabili, di archiviazione in sostituzione della carta stampata, di gestione di alcuni semplici processi che divengono automatici e di progettazione e calcolo per alcuni tipi di professioni.

La rivoluzione più radicale è invece quella offerta dalla seconda fase ovvero dell'avvento, sul finire degli anni '90, della rete internet e della sua conseguente rapidissima espansione, complementare anche al processo di innovazione degli stessi computer. Ciò ha fatto sì che nel giro di pochi anni assistessimo alla nascita degli smartphone, con l'uomo che diviene connesso ovunque sia 24 ore su 24 e poi allo sviluppo, tramite sistemi sempre più sofisticati, dell'intelligenza artificiale.

A caratterizzare il processo tecnologico sono infatti tre fattori: l'iperconnettività, lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e l'aumento esponenziale dei dati<sup>118</sup>.

Soffermiamoci in questa sede alle implicazioni che la digitalizzazione ha comportato nella modifica dei vari business tradizionali o nel farne nascere di nuovi ed il loro legame col dovere contributivo.

Il progresso tecnologico è sempre stato un fattore determinante per lo sviluppo economico, specialmente per il suo ruolo strumentale all'aumento della produttività<sup>119</sup>: secondo un'interessante analisi<sup>120</sup> della "rivoluzione digitale" riportata dalla Banca d'Italia (2019), i primi anni del nuovo millennio, certamente anche grazie all'innovazione tecnologica rappresentata dal computer<sup>121</sup>, coincisero con la fase di massima produttività della storia. Tuttavia da quel momento in poi, e già prima della grandissima crisi finanziaria iniziata nel 2007, ai sensi di alcuni studi se ne registrò un netto rallentamento<sup>122</sup>. Ciò proprio in concomitanza con l'affermazione su larga scala della rete e delle cd. "GAFA"<sup>123</sup>: non è esattamente

---

<sup>118</sup> The Economist (6 maggio 2017); link: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

<sup>119</sup> Definita come la capacità di produrre il maggior quantitativo di ricchezza per unità di capitale e lavoro disponibili, è infatti chiaramente essa stessa una premessa fondamentale per lo sviluppo.

<sup>120</sup> Link: [https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/focus-on/2019/FocusOn\\_1\\_2019.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/focus-on/2019/FocusOn_1_2019.pdf)

<sup>121</sup> Già 20 anni fa molto presente, seppure di fatto senza la rete.

<sup>122</sup> Byrne and Sichel (2017) e Wall Street Journal (2017); per l'Italia: Bugamelli *et alios* per Banca d'Italia (2018).

<sup>123</sup> Ovvero i 4 colossi del settore digitale: Google, Amazon, Facebook ed Apple. Difatti la fondazione di Amazon risale al 1994, quella di Google al 1998, Facebook nel 2004, Apple, nonostante sia più risalente, ha tuttavia visto l'inizio della propria crescita esponenziale con il lancio del suo smartphone, l'iPhone, nel 2007 e con l'iPad, a partire dal 2010.

chiaro cosa abbia causato questo rallentamento, tuttavia ci sono delle ipotesi, la più interessante delle quali sostiene che è semplicemente il modello di misurazione della ricchezza a non essere più adeguato a cogliere la realtà effettiva, comportandone una sottostima.

Quanto ai numeri, sette<sup>124</sup> delle prime dieci multinazionali al mondo per capitalizzazione appartengono al settore del “Big Tech” ed occorre sottolineare che nessuna di queste è europea. Osservando la posizione di queste società nel mercato possiamo facilmente osservare che, facendo alcuni esempi, Facebook (con Instagram e Whatsapp) è sostanzialmente un monopolio; Google (Alphabet) è sostanzialmente un monopolio; Microsoft ed Apple sono sostanzialmente un duopolio nel mercato dei sistemi operativi; Apple e Samsung hanno complessivamente una quota rilevantissima del mercato degli smartphone specie in relazione ad alcune, vastissime, aree geografiche; Amazon, infine, ha una quota rilevantissima del mercato delle vendite online e si sta aprendo sempre di più ad una vasta diversificazione<sup>125</sup>.

La chiave del successo dei business digitali è rappresentata dai clienti stessi e dai dati che forniscono continuamente, anche senza rendersene conto. Sia nel caso dei business basati sulle “esternalità di rete”, in funzione delle quali più utenti ci sono e più probabilmente continueranno a crescere: si pensi ai *social network*, dove l’incentivo ad entrare in una *community online* è dato dal fatto che vi sono già molte altre persone al suo interno; sia nel caso dei business che raccolgono direttamente i dati di profilazione, come nell’*e-commerce* e nella gestione dei motori di ricerca, che consentono agevolmente di conoscere i clienti e le loro inclinazioni ed esigenze per fidelizzarsi e portarsi in altri mercati nell’eventualità di una diversificazione orizzontale. I dati inoltre, in ogni caso, sono oro colato per il funzionamento della pubblicità online<sup>126</sup>, che rappresenta in molti casi l’unico introito ufficiale di tutti quei business che erogano servizi online “gratuitamente”. A sua volta poi, il valore economico della pubblicità stessa dipende logicamente in modo quasi esclusivo dalla numerosità del pubblico cui gli annunci sono visibili.

---

<sup>124</sup> Microsoft 1° posto; Apple 2° posto; Amazon 3° posto; Alphabet (Google) 4° posto; Tencent 6° posto; Facebook 7° posto; Alibaba 8° posto; fonte (ultimi dati disponibili, riferiti all’esercizio 2018): Il Sole 24 Ore, “Aziende Top”. Link: <https://lab24.ilsole24ore.com/aziende-top/>.

<sup>125</sup> Come dimostra per esempio la recente costituzione di “Prime Air”, compagnia area cargo direttamente di proprietà di Amazon.

<sup>126</sup> La pubblicità infatti grazie alla “profilazione” è divenuta mirata, dunque immensamente più efficace rispetto alle sue forme tradizionali, come quella tramite televisione, giornali e cartelloni in luoghi pubblici.

Appare già chiaro così che la situazione di chi volesse competere con queste multinazionali non è delle migliori, buttarsi all'avventura partendo da zero per tentare di raggiungerle non è impossibile ma quasi; se poi si pensa al fenomeno delle “acquisizioni killer”<sup>127</sup> si può capire che c'è sostanzialmente una situazione se non di monopolio di oligopolio stretto, il quale è abbastanza fisiologico nella fase iniziale di espansione di un settore, ma in questo caso non sembrerebbe accennare a ridursi, anzi il contrario.

Per ciò che più ci interessa, ovvero la tassazione diretta, il principale problema è che, come abbiamo visto, la ripartizione internazionale delle basi imponibili, eccezion fatta per il criterio principe “della residenza”, avviene tramite il criterio della “stabile organizzazione”: le grandi imprese digitali, basandosi su beni intangibili che viaggiano rapidissimamente su reti connesse in tutto il mondo possono considerarsi multinazionali<sup>128</sup> all'ennesima potenza; è inoltre pacifico non soltanto che un'impresa digitale possa operare e fatturare ingenti somme in un dato mercato senza nemmeno servirsi di una stabile organizzazione, essendo sufficiente a tal fine magari un server situato dall'altra parte del mondo, ma che anche quando operasse tramite un'entità distinta in un dato mercato geografico, entrando in gioco il criterio della fonte che riconoscerà alla giurisdizione di quel mercato la potestà impositiva, il *quantum* da sottoporre a tale imposizione sarà dedotto tramite il sistema dei prezzi di trasferimento, metodo che presentando già di per sé notevoli imperfezioni, in questo caso si troverà ancor più in difficoltà davanti a beni immateriali di cui nemmeno gli stessi detentori conoscono precisamente i confini, le dimensioni, la vita utile, le potenzialità: insomma il valore. Avendo poi queste imprese spesso caratteristiche uniche, che le portano ad essere assimilate sostanzialmente a dei monopolisti, e basandosi il metodo del *transfer pricing* sulla possibilità di comparare le operazioni oggetto d'esame con altre ad esse equivalenti sul mercato, risulta abbastanza evidente che le probabilità che questo sistema possa funzionare sono piuttosto risicate.

---

<sup>127</sup> Un fenomeno che sta prendendo piede recentemente che consiste nel fatto che se una startup innovativa o comunque una nuova idea o piattaforma appare promettente le grandi multinazionali quasi sempre la notano e sfruttando la propria ricchezza di fatto la comprano, con all'interno anche tutte le persone che avevano lavorato a quel progetto, concludendo in tal modo un affare conveniente per tutti, ma soffocando le prospettive di crescita di nuove imprese indipendenti nel settore digitale sul nascere.

<sup>128</sup> Le quali (multinazionali) come abbiamo visto hanno già di per sé nel caso in cui operino in settori tradizionali molte più opportunità rispetto alle imprese operanti in mercati maggiormente domestici di sfruttare le asimmetrie normative esistenti a livello internazionale per ottimizzare la propria strategia fiscale.

Nel 1995 l'OCSE venne incaricata dai Paesi suoi membri di definire le caratteristiche delle “tecnologie dell'informazione e della comunicazione”, l'anno successivo i relativi aspetti fiscali erano al vaglio del Comitato per gli Affari Fiscali: il primo fenomeno rilevante ad essere esaminato fu quello dell'*e-commerce*.

Anche la Commissione europea, sempre nel 1995, istituendo un gruppo di esperti di alto livello iniziò ad analizzare il fenomeno che si stava sviluppando. Il gruppo produsse due relazioni<sup>129</sup> ed in entrambe rilevò (oltre alla necessità a prescindere da tutto di investire ingenti risorse nella formazione culturale e professionale in ambito digitale) che, per una migliore redistribuzione comunitaria dei benefici attesi dalla nuova rivoluzione ed in funzione dell'intangibilità e dell'elevata mobilità del fenomeno le quali ne rendevano molto difficile il controllo offrendo molte possibilità per abusi di varia natura, occorresse ripensare completamente alcuni aspetti dei sistemi d'imposizione vigenti, reputati ormai certamente inadeguati, prevedendo nello specifico clausole antielusive a livello europeo<sup>130</sup>. Questo gruppo è inoltre noto per aver teorizzato la “bit tax”<sup>131</sup>, un'imposta che avrebbe dovuto assumere come base imponibile il numero di *bit* trasmessi e come aliquota una quota dovuta per ogni *bit*, sul modello della tassazione indiretta; l'idea venne però abbandonata rapidamente sia dalla Commissione<sup>132</sup> che dall'OCSE. Quest'ultima tuttavia non desistette dallo studio della questione ad opera del Comitato per gli Affari Fiscali in vista della Conferenza ministeriale di Ottawa prevista per l'ottobre 1998. Questa Conferenza<sup>133</sup>, ai cui esiti si può in sostanza attribuire la situazione per come è ancora oggi, non espresse l'intenzione di rivoluzionare il sistema della fiscalità analogamente a come l'economia digitale stava rivoluzionando il mondo<sup>134</sup>, il principio fondamentale che ne scaturì fu infatti quello della neutralità: le operazioni economiche digitali dovevano essere trattate come tutte le altre operazioni, evitando ci potessero essere delle disparità di trattamento che potessero comportare degli

---

<sup>129</sup> La prima a gennaio 1996 e la seconda ad aprile 1997

<sup>130</sup> Sottolineava in ogni caso la necessità di azioni coordinate a livello europeo.

<sup>131</sup> Ispirandosi al testo *The new wealth of nations* A. Cordell e T. Ide (1997) i quali proponevano questa innovativa imposta, sul traffico dei bit, sull'analogia di una tassa di circolazione delle automobili. I citati autori osservavano, con grande lungimiranza, che mentre nel caso della circolazione delle automobili si intendevano tassare le esternalità negative in compensazione del danno prodotto alla comunità, ovvero principalmente l'inquinamento atmosferico, ad un primo approccio superficiale nel caso del traffico dei dati tali esternalità negative non si ravvisavano, tuttavia appariva molto chiaro che anche nel caso della “libera informazione via internet” queste sarebbero potute scaturire nel futuro da una qualche forma di “inquinamento informativo” e dalla congestione della rete.

<sup>132</sup> COM(97) 157; link: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1997:0157:FIN:IT:PDF>.

<sup>133</sup> <http://www.ottawaoecdconference.org/>.

<sup>134</sup> Probabilmente anche perché i tempi non erano ancora così maturi siccome la rete non era così diffusa come oggi e i business legati alla tecnologia erano di fatto analoghi a quelli tradizionali.

squilibri concorrenziali. Prendendo poi atto della crescente rapidità dei cambiamenti, si raccomandava semplicemente di far sì che i sistemi tributari fossero flessibili per essere al passo con i tempi. Nella sostanza la *ratio* era quella di tenere un comportamento cauto per non ostacolare la rapida ascesa della digitalizzazione. Non si negava tuttavia che qualcosa andasse fatto, principalmente si ravvisava la necessità di definire, in relazione al Modello di Convenzione Fiscale della stessa OCSE, come principi quali il trattamento dei beni immateriali, il concetto di stabile organizzazione ed i contenuti dei Trattati bilaterali sulla tassazione andassero applicati alle imprese digitali.

Nello specifico in relazione alla “stabile organizzazione” nell’aggiornamento del Modello OCSE del 2003 questa modificò l’art. 5 dedicato al tema prevedendo che la presenza di un server potesse integrare il requisito del nesso col territorio, ma escluse che potesse farlo un mero sito internet.

Non si segnala nei dieci anni che seguirono, caratterizzati dalla concretizzazione vera e propria degli effetti dell’avvento della rete, alcun intervento strutturale da parte di nessuno Stato, nonostante sembrerebbe che invece la consapevolezza teorica della necessità di importanti riforme vi fosse fin dal principio della “rivoluzione digitale”. La crisi globale iniziata nel 2007 avrebbe fatto tornare alla ribalta l’interesse generale all’equità della contribuzione prevalentemente per una mera questione di necessità di liquidità degli Stati: come abbiamo visto ne sarebbe scaturito nel 2013 il progetto BEPS, che avrebbe messo al primo punto delle azioni considerate necessarie la creazione di un modello adeguato al trattamento della *digital economy*, considerandolo peraltro come inerente a tutte le altre azioni.

### **3. Il quadro europeo**

#### **3.1 L’evoluzione comunitaria in materia di “ravvicinamento” delle discipline nazionali sulla tassazione diretta**

Il primo passo verso la realizzazione di un mercato unico nella allora Comunità Economica Europea avvenne con la previsione nella “Risoluzione di Messina” del 1955 e la successiva implementazione prevista dal “Trattato di Roma” del 1957 dell’eliminazione dei dazi doganali tra gli Stati membri. Ciò comportò una primitiva armonizzazione di alcuni aspetti della tassazione indiretta.

Nei Trattati i termini “armonizzazione” e “ravvicinamento”, riferiti in generale ad ogni materia oggetto di competenza esclusiva o concorrente della Comunità e dei suoi Membri, venivano utilizzati sostanzialmente come sinonimi. In relazione alla tassazione tuttavia i due termini assumevano un significato leggermente diverso: circa “l’armonizzazione”, l’allora articolo 99 CEE prevedeva, in funzione della stretta correlazione tra l’imposizione indiretta e l’abolizione dei dazi doganali, vari strumenti<sup>135</sup> per uniformare i diversi sistemi giuridici; per esclusione invece il tema della tassazione diretta poteva essere affrontato solo tramite operazioni di “ravvicinamento”, per le quali l’articolo 100 CEE<sup>136</sup> prevedeva il solo strumento della direttiva.

Da questa sottile differenza, ancora esistente, nacque il problema che è alla base della situazione odierna e che spiega come mai sul tema in Europa in quasi tre quarti di secolo si siano fatti ben pochi passi in avanti: per proporre una direttiva di ravvicinamento delle discipline nazionali sulla fiscalità diretta la Commissione deve dimostrare che le diversità fra i sistemi provocano una distorsione ed un ostacolo al funzionamento del mercato comune, ogni decisione al riguardo poi, ai sensi dell’articolo 101 del medesimo Trattato, deve essere presa all’unanimità dal Consiglio. Anche se poi per miracolo e dopo chissà quanto tempo si pervenisse unanimemente ad una decisione, la direttiva è chiaramente uno strumento legislativo meno rigoroso che lascia agli Stati una parte della sovranità ed il controllo.

Nel 1960 il Comitato fiscale e finanziario della Commissione della CEE, guidato dal Prof. Fritz Neumark, allo scopo di rilevare aspetti che potessero potenzialmente ostacolare il processo d’integrazione verso un mercato comune, venne incaricato di esaminare il rapporto esistente tra la tassazione e la spesa pubblica in ciascun Paese membro.

Due anni dopo venne predisposto il primo rapporto<sup>137</sup>, questo evidenziava particolari criticità in relazione ai differenti principi adottati per delimitare le basi imponibili ed alle forti differenze strutturali esistenti tra i sistemi fiscali, che peraltro allora erano ancora soltanto sei: quello italiano, francese, tedesco dell’ovest, olandese, belga e

---

<sup>135</sup> “La Commissione esamina in qual modo sia possibile armonizzare, nell’interesse del mercato comune, le legislazioni dei singoli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d’affari, alle imposte di consumo e ad altre imposte indirette [...]”. (Art. 99, CEE).

<sup>136</sup> “Il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un’incidenza diretta sull’instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.” (Art. 100, comma 1, CEE).

<sup>137</sup> Badriotti (2007), pgg. 11-12 Link: [http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP\\_Badriotti\\_07.pdf](http://www.csfederalismo.it/attachments/article/855/RP_Badriotti_07.pdf). E Gallo (2015).

lussemburghese. Per gli esperti occorreva certamente armonizzare la tassazione del reddito delle imprese (vale a dire l'essenza stessa dell'imposta ovvero il criterio di quantificazione della base imponibile), introdurre un modello a due livelli che distinguesse i dividendi distribuiti da quelli non distribuiti ed armonizzare ogni imposta relativa alla movimentazione dei capitali. Per nulla di minor conto, raccomandavano di superare il modello di regolazione dei rapporti internazionali (in ambito comunitario) circa la tassazione basato su un fascio di accordi bilaterali in favore di uno strumento unico multilaterale.

Nel 1963 viene pubblicato il vero e proprio "Rapporto Neumark" che avendo riscontrato diversi fattori che impedivano la creazione di un mercato comune riprendeva le conclusioni che i suoi autori avevano anticipato l'anno precedente e testualmente dichiarava che: *"ogni tentativo di unificare completamente la struttura dei sistemi fiscali degli Stati membri della Comunità è a priori destinato a fallire, tuttavia un ravvicinamento delle strutture fiscali ed una più stretta collaborazione fra le amministrazioni fiscali nazionali è ipotizzabile, auspicabile nonché necessaria"*.

Nonostante l'autorevolezza della fonte, tali indicazioni non ebbero un seguito a livello istituzionale.

Nel 1966 un altro gruppo di esperti con a capo il Prof. Segrè pubblicava un nuovo studio: il "Rapporto sul mercato europeo dei capitali", questo individuava nella "neutralità fiscale"<sup>138</sup> un elemento imprescindibile di un auspicabile sistema fiscale europeo: il principale corollario di questo concetto era chiaramente la necessità di abolire ogni genere di sistema che potesse operare discriminazioni tra contribuenti residenti e non residenti.

La Commissione, ispirata da questi studi, nel suo Memorandum del 26 giugno 1967 noto come "Programma di armonizzazione delle imposte dirette"<sup>139</sup> proponeva appunto l'armonizzazione delle imposte dirette rimuovendo ogni barriera impositiva al movimento di capitali per creare un mercato unico, garantendo una concorrenza leale nell'attrazione degli investimenti tramite l'uniformazione degli incentivi fiscali, la creazione di una base imponibile comune, l'avvicinamento delle aliquote, il coordinamento degli accertamenti e dei prelievi tributari e l'eliminazione delle doppie imposizioni.

---

<sup>138</sup> Ovvero l'attitudine di un dato sistema a non influenzare la localizzazione degli investimenti.

<sup>139</sup> La comunicazione della Commissione al Consiglio del 26 giugno 1967, "Programma d'armonizzazione delle imposte dirette", in Bollettino delle Comunità europee, Supplemento n. 8 del 1967, pp. 6-21.

Le discussioni continuarono, specialmente in coincidenza con i primigeni progetti per la creazione dell'unione monetaria, che avrebbe reso il "ravvicinamento" della fiscalità diretta ancor più doveroso e per alcuni aspetti anche più semplice da implementare.

Nel 1970, il "Piano Werner" vedeva nell'armonizzazione delle imposte dirette uno *step* necessario per la realizzazione effettiva dell'unione economica e monetaria, proponendo una serie di soluzioni per gli Stati membri nell'ottica di un sistema "federalistico".

Un'ambiziosa proposta di direttiva del 1975<sup>140</sup> circa un sistema di imputazione parzialmente comune dei capitali e la convergenza delle aliquote d'imposta degli Stati entro una forbice prefissata, nonché una ritenuta alla fonte armonizzata per dividendi ed interessi, non venne mai attuata e definitivamente ritirata nel 1990. Il 19 dicembre del 1977 venne invece emanata la Direttiva 77/799/CEE sulla "Reciproca assistenza tra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette"<sup>141</sup> che vedeva nello scambio di informazioni tra le amministrazioni, attuata tuttavia solo a condizione di reciprocità, un modo per prevenire le frodi basate sul trasferimento di capitali.

Nel frattempo nel 1969 in occasione del vertice dell'Aia i Capi di Stato concordavano sull'implementazione di una nuova fase dell'integrazione europea: l'Unione economica e monetaria. Questa sarebbe stata raggiunta attraverso un piano in più tappe nell'arco di circa dieci anni, che avrebbe portato alla totale liberalizzazione del movimento dei capitali ed alla fissazione definitiva dei tassi di cambio tra le valute dei singoli Stati e dunque alla loro libera convertibilità. Nel 1972, anche in considerazione della fine degli accordi di "Bretton & Woods"<sup>142</sup> che scosse le economie mondiali e provocò in molti Paesi europei forti spinte inflazionistiche, al vertice di Parigi si concordò l'istituzione del cd. "Serpente monetario europeo" che prevedeva una fluttuazione controllata dei tassi di cambio tra le valute degli Stati comunitari e rispetto al dollaro<sup>143</sup> al fine di ottenere maggiore stabilità. Il pressoché totale fallimento di questa seconda fase non scoraggiò i

---

<sup>140</sup> C253/2, pubblicata il 5 novembre 1975; link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1975:253:FULL&from=GA>

<sup>141</sup> Direttiva 77/799/CEE; link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0799&from=IT>.

<sup>142</sup> Occorsa con lo Smithsonian Agreement del 1971, che pose fine alla convertibilità del dollaro in oro ed istituì il sistema dei cambi flessibili rispetto al dollaro in una banda di oscillazione.

<sup>143</sup> Il cd. "serpente nel tunnel" dove il serpente rappresentava le "onde" di oscillazione delle valute nazionali europee entro il tunnel, ben più stabile, che rappresentava il Dollaro americano.

Governi dall'implementazione del progetto prefissato e nel 1978 con il vertice di Bruxelles si stabilì l'istituzione del "Sistema monetario europeo": complice anche la contingenza economica maggiormente favorevole che occorre negli anni a venire rispetto a quella degli anni '70 il sistema, che non prevedeva differenze significative rispetto al "serpente" suo predecessore, resistette, seppur con qualche problema<sup>144</sup>, fino (ed anche oltre) al Consiglio di Maastricht del dicembre 1991, in cui si posero le basi definitive per la creazione della moneta unica<sup>145</sup>.

Tuttavia, nonostante la stretta implicazione che avrebbe dovuto esserci tra un'unione monetaria e la standardizzazione della fiscalità diretta, si registrava uno stallo nel relativo processo di ravvicinamento pressoché totale, aggravatosi ulteriormente negli anni ottanta. La giurisprudenza della Corte di giustizia dal canto suo nello stesso decennio invece, come vedremo nel secondo capitolo, iniziò ad analizzare ed a mettere in luce le contraddizioni che derivavano dalla coesistenza di sistemi fiscali (nonché normative societarie) molto eterogenei con la libertà di movimento e di attività economica senza discriminazioni sul "suolo europeo", stimolando così le istituzioni comunitarie ad intervenire in modo coordinato.

In vista di Maastricht, nel 1989 il "Rapporto Delors" vedeva nell'avvicinamento, o come minimo nell'efficace coordinamento, dei sistemi fiscali nazionali un passaggio cruciale nel programma d'integrazione europeo<sup>146</sup>.

Nel 1990 l'allora commissario per le imposte e le dogane, Cristiane Scrivener, nella "Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sulle linee guida sulle imposte sulle società" del 20 aprile<sup>147</sup> affermò che la Commissione intendeva promuovere in materia fiscale solamente le misure strettamente necessarie per il corretto funzionamento del mercato unico, lasciando agli Stati membri la sovranità sulla materia nei limiti della compatibilità con i principi europei. Nel giugno dello stesso anno la proposta del "Pacchetto a tre" fu approvata. La prima direttiva era la 90/434/CEE del 23 luglio 1990 circa le fusioni transfrontaliere: stabiliva l'abolizione delle barriere fiscali a fusioni e trasformazioni ma soprattutto coordinava e disciplinava i delicati aspetti emersi in sede giurisprudenziale circa la divergenza tra

---

<sup>144</sup> I principali problemi furono l'instabilità costante soprattutto della Lira italiana e lo choc macroeconomico causato dall'unificazione, con cambio alla pari col "Marco forte" (dell'ovest), delle valute delle "due Germanie" unificate nella odierna Germania nel 1990.

<sup>145</sup> Storia dell'unione monetaria, sito dell'Unione europea; link:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/79/history-of-economic-and-monetary-union>.

<sup>146</sup> Vari passaggi di questa evoluzione dottrinale europea da Boria, 2017, nello specifico, par. 9.3 pgg. 145 e ss. ("harmonization of direct taxes").

<sup>147</sup> CES(90) 601 def.

le normative societarie nazionali. La seconda era la Direttiva 90/435/CEE, sempre del 23 luglio 1990, la cd. “madri e figlie”, che aboliva le ritenute d’acconto sui dividendi intersocietari pagati dalle figlie alle madri nella Comunità. Nella sostanza, ai sensi della “direttiva madri e figlie”, il Paese di residenza della società “madre” (la capogruppo) doveva esentarla dall’imposizione sulla distribuzione dei profitti della “figlia”, che si intendeva assolta nel Paese di residenza di quest’ultima; oppure poteva al massimo concedere un credito d’imposta alla “madre” a concorrenza del pagamento delle imposte nell’altro Stato da parte della “figlia”: veniva così adottato a livello comunitario il cd. “principio di affiliazione”. La versione attuale della direttiva è rappresentata dalla Direttiva 2011/96 EU<sup>148</sup>. I contenuti di entrambe queste Direttive non erano comunque inediti: se ne parlava da oltre vent’anni, tuttavia l’avversione di Germania, Olanda, Lussemburgo e Regno Unito (subentrato nel frattempo insieme a vari altri Stati nella Comunità), ne aveva ostacolato l’adozione. La terza Direttiva, la 90/436/CEE, sempre del 23 luglio, riguardava la “Convenzione d’arbitrato”, una convenzione multilaterale tra i Paesi membri per evitare o risolvere problemi legati alla doppia imposizione.

Queste innovazioni, sebbene piuttosto modeste specie considerando la consapevolezza piuttosto diffusa cui vari esperti erano già pervenuti da oramai trent’anni circa la necessità di riforme maggiormente radicali a livello comunitario in materia di tassazione diretta, risvegliarono il dibattito e fecero sì che si componesse un nuovo comitato di esperti indipendenti, conosciuto col nome del suo presidente, Onnu Ruding. Lo scopo dello studio era di valutare l’idoneità dei regimi fiscali ad incidere in modo determinante sulle decisioni imprenditoriali, particolarmente riguardo gli investimenti e l’allocazione internazionale dei profitti delle imprese. Occorreva inoltre verificare se i differenti regimi fiscali potessero causare distorsioni nel funzionamento del mercato comune, specie sotto il profilo della concorrenza nell’attrarre gli investimenti tramite la sovranità fiscale. Qualora poi fossero state accertate delle distorsioni in tal senso, si richiedeva agli esperti quale per loro era la via per risolverle, se tramite un intervento legislativo oppure se a loro avviso si sarebbero appianate autonomamente tramite le forze di mercato.

Il Comitato ritenne che le divergenze esistenti in tema di aliquote, determinazione della base imponibile e trattamento fiscale dei flussi di reddito (dividendi, interessi e royalties) erano idonee a condizionare la scelta di localizzazione degli investimenti e

---

<sup>148</sup> De Luca (2017), pgg. 116 e 117.

dunque distorsive della concorrenza; circa le soluzioni, come già era stato indicato in precedenza, nonostante si segnalassero dei timidi processi di “convergenza spontanea”<sup>149</sup> il Comitato riteneva necessario un intervento maggiormente incisivo a livello comunitario. In particolare si suggeriva l’eliminazione di tutte le misure che consistessero in discriminazioni tra fonti domestiche ed estere e la fissazione di un’aliquota ed una base imponibile minima. Tra le varie proposte scaturenti dalla “Relazione del comitato di esperti indipendenti ad alto livello”, noto come “Rapporto Ruding”, il Comitato invitava tutti gli Stati membri a ratificare la Convenzione di arbitrato sul *transfer pricing*, a concordare una ritenuta d’acconto unica europea al 30% sui dividendi distribuiti, ad introdurre il principio di compensazione totale delle perdite all’interno dei gruppi ed un’aliquota d’imposta minima del 30% e massima del 40%. Inoltre, al fine di garantire una quantificazione uniforme della base imponibile, si auspicava che gli Stati pervenissero ad adottare tecniche uniformi di ammortamento e di trattamento fiscale dei beni immateriali<sup>150</sup>.

Nell’aprile 1996, al consiglio Ecofin di Verona, la Commissione presentò “La fiscalità nell’Unione europea”, un documento approvato dalla Comunicazione della Commissione<sup>151</sup> del successivo 22 ottobre e noto come “Promemoria Monti”. In tale documento la Commissione, nonostante condividesse formalmente il contenuto del “Rapporto Ruding”, appariva tuttavia molto cauta sui temi più caldi dello stesso, impartendo una linea rispettosa del principio di sussidiarietà in nome del quale molti Stati membri difendevano la propria sovranità fiscale. Si concentrava infatti sul tema della doppia imposizione dei flussi transfrontalieri proponendo riforme che vennero come poi vedremo ratificate dal Consiglio; circa invece il processo di convergenza dei sistemi tributari in generale, della delimitazione delle basi imponibili e delle aliquote, “passava il testimone” ai singoli Stati, riconoscendo comunque la necessità di fissare almeno un’aliquota minima: tuttavia nemmeno questo piccolo progresso appariva scontato, siccome, per esempio, per alcuni Stati il 30% proposto da Ruding era considerato troppo elevato.

Con la Comunicazione della Commissione<sup>152</sup> del 1° ottobre 1997 si individuava un pacchetto di misure dichiarate indispensabili per limitare gli aspetti deleteri della concorrenza fiscale. La proposta principale era di creare un “codice di condotta in

---

<sup>149</sup> A dire il vero i sistemi e le aliquote dei principali paesi europei per Pil e popolazione si stavano allineando.

<sup>150</sup> IP/92/940; link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_92\\_940](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_92_940).

<sup>151</sup> COM (96) 546; link: <http://aei.pitt.edu/38300/>.

<sup>152</sup> Riportata dal comunicato stampa IP/97/830; link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_97\\_830](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_97_830).

materia di tassazione delle imprese”, che sebbene non sarebbe stato uno strumento vincolante avrebbe comunque costituito un impegno a carico degli Stati membri ad osservare una politica concorrenziale leale. L’obiettivo era infatti quello di individuare le misure (regolamentari, amministrative o legislative) relative alla tassazione delle imprese idonee a condizionare la scelta dell’ubicazione delle attività economiche e rimuoverle con l’impegno per lo Stato interessato di astenersi dall’introdurre di nuove ad effetto equivalente. I criteri principali indicati per individuare una misura “nociva” erano la presenza di un’imposizione effettiva molto più bassa di quella nominale, l’esistenza di agevolazioni riservate ai non residenti e/o concesse senza che venisse svolta alcuna attività economica effettiva, la divergenza nel trattamento fiscale dei gruppi multinazionali rispetto alle previsioni delle leggi tributarie ordinarie e la mancanza di trasparenza. Le ritenute d’imposta sui pagamenti di interessi e royalties erano invece considerate un ostacolo al commercio comunitario perché comportavano formalità onerose e presentavano spesso il rischio di doppia imposizione.

Il successivo 5 novembre la Commissione, su iniziativa del commissario per le questioni fiscali Prof. Mario Monti, presentava un pacchetto di misure<sup>153</sup> per contrastare la concorrenza fiscale dannosa, rielaborando gli elementi presentati nella precedente Comunicazione del 1° ottobre alla luce dei dibattiti svoltisi in quel mese in seno al Consiglio ed al gruppo per la politica fiscale al fine di trovare una soluzione condivisa da tutti gli Stati membri. In quel contesto Mario Monti dichiarava: *“Per la prima volta, l’Unione europea intende introdurre una normativa, basata su regole fondamentali, che disciplini la concorrenza fiscale fra Stati membri. I ministri hanno oggi la grande opportunità di poter adottare misure concrete intese a creare occupazione e tutelare i posti di lavoro esistenti grazie ad un approccio coordinato nel settore della tassazione”*.

La proposta del pacchetto era articolata in tre “pilastri”: il “codice di condotta in materia di tassazione delle imprese”; la definizione degli elementi che sarebbero andati a costituire una proposta di direttiva l’anno successivo in materia di tassazione dei redditi da risparmio; alcune misure atte ad eliminare le ritenute d’imposta sul pagamento transfrontaliero di interessi e royalties.

---

<sup>153</sup> Illustrati nel comunicato stampa IP/97/961, link: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_97\\_961](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_97_961).

Il “codice di condotta” venne ratificato dall’ECOFIN nel successivo 1998 ed entrò in funzione. A posteriori, nella relazione del Parlamento<sup>154</sup> del 2015 che vedremo, i suoi risultati verranno definiti tuttavia come deludenti.

La direttiva su interessi e royalties verrà approvata nel giugno del 2003 (2003/49/CE)<sup>155</sup>.

Le proposte di direttive sul ravvicinamento della tassazione dei redditi d’impresa, le più ambiziose, invece, non trovarono mai l’accordo unanime degli Stati membri.

### 3.2 I progetti circa la “CCTB” e la “CCCTB”; le direttive “DAC” e “ATAD”

L’idea di una base imponibile comune e consolidata per le imposte sulle società nell’Unione europea venne presentata dalla Commissione nel 2011 ad opera della COM(2011) 121<sup>156</sup>. Nonostante potesse rappresentare uno strumento potenzialmente risolutivo dei problemi di erosione delle basi imponibili tra Stati membri, ai tempi il problema della concorrenza fiscale dannosa non era ancora così sentito come dopo lo scandalo “LuxLeaks” e l’avvio del progetto BEPS: la principale *ratio* ispiratrice era infatti la semplificazione degli adempimenti fiscali per tutti i contribuenti che avessero operato contemporaneamente in più Paesi europei, i quali di norma dovevano procedere ad una moltitudine di dichiarazioni e secondo regole diverse. La loro adesione al regime speciale era prevista come opzionale.

Ne seguì uno stallo di oltre 5 anni.

Tuttavia nel frattempo il 15 febbraio 2011 veniva emanata la Direttiva n. 2011/16/UE meglio nota come la direttiva “DAC 1” dall’acronimo inglese “Directive on Administrative Cooperation”, concernente appunto lo scambio di informazioni tra amministrazioni degli Stati membri per prevenire le frodi fiscali transfrontaliere ed assicurare che la tassazione avvenisse nell’effettivo luogo di produzione dei profitti. Sostituiva la Dir. 77/799/CEE ed è la prima di una serie di sei direttive<sup>157</sup>, di cui le successive cinque rappresentano delle modifiche, rispetto ad un’impostazione generale fornita dalla DAC 1 e rimasta invariata, principalmente volte ad estendere lo scambio automatico di informazioni (cui è sempre dedicato l’art. 8 delle direttive)

---

<sup>154</sup>Relazione sulle misure fiscali dannose del Parlamento europeo, 2015; link: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0317\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0317_IT.html).

<sup>155</sup> De Luca (2017), pgg. 116 e 118.

<sup>156</sup> Seppur già a partire dal 2004 una cooperazione intergovernativa composta da Germania, Francia, Italia e Spagna, i Paesi maggiormente interessati al tema, aveva iniziato ad occuparsene.

<sup>157</sup> Valutazione ufficiale della Commissione europea delle direttive “DAC”; link: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/presentation\\_dac\\_evaluation\\_v3.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/presentation_dac_evaluation_v3.pdf).

gradualmente a più ambiti. La DAC 1 prevedeva lo scambio di informazioni innanzitutto su richiesta, che si verifica quando l'autorità di uno Stato membro interpella su un caso specifico l'autorità di un altro Stato, il quale è tenuto a fornirgli le informazioni richieste; prevedeva poi uno scambio spontaneo di informazioni ritenute rilevanti nei confronti di giurisdizioni potenzialmente interessate; infine lo scambio sistematico ed automatico ad intervalli regolari delle informazioni concernenti i redditi da lavoro, i compensi per le posizioni apicali nell'impresa, alcuni aspetti riguardanti la stipulazione di assicurazioni sulla vita, le pensioni e la titolarità e le rendite relative agli immobili. La direttiva disciplinava poi le modalità di trasmissione delle informazioni, invitando che si basasse sulle *best practices* esistenti a livello internazionale e fosse attuata tramite canali informatici predefiniti<sup>158</sup>.

Il primo aggiornamento veniva apportato dalla Direttiva n. 2014/107/UE, conosciuta come DAC 2: estendeva lo scambio automatico a voci cruciali dei bilanci aziendali come dividendi, plusvalenze, royalties, altri redditi finanziari e ad informazioni rilevanti relative ai conti bancari, con cui rendeva operativo un modello elaborato dall'OCSE e conosciuto come "CRS". Il "Common Reporting Standard" ("Metodo comune per il riporto delle informazioni") è uno standard informativo volto a implementare a livello mondiale lo scambio automatico di informazioni tra amministrazioni fiscali al fine di agevolare i controlli anti-evasione tramite la *disclosure* dei dati relativi la titolarità di strumenti finanziari da parte dei contribuenti.

La Direttiva n. 2015/2376/UE poi, nota come DAC 3, aggiungeva le informazioni circa i *ruling* preventivi transfrontalieri e gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento tra le materie coperte dallo scambio automatico tra amministrazioni<sup>159</sup>.

La Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio del 17 giugno 2015<sup>160</sup> auspicava l'elaborazione di un modello che realizzasse una tassazione efficiente ed equa ristabilendo il legame tra imposizione e luogo ove si svolgeva l'attività economica, consentendo agli Stati di determinare precisamente il valore delle attività svolte nel proprio territorio nazionale e comprendendovi le misure intese ad attuare il progetto BEPS.

---

<sup>158</sup> Veniva recepita in Italia con il D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 29.

<sup>159</sup> Viene recepita nel diritto interno con il D.Lgs. 15 marzo 2017, n. 32.

<sup>160</sup> COM(2015) 302; link: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/IT/1-2015-302-IT-F1-1.PDF>.

Il 25 ottobre 2016 la Commissione rilanciava la proposta rimasta in stallo del 2011, articolandola in due parti, formalmente indipendenti, ma di cui in realtà la prima doveva essere, seppur autonoma, la premessa per la seconda. Nel medesimo contesto inoltre venivano presentate anche la proposta di direttiva COM(2016) 686, circa i meccanismi di risoluzione delle controversie nell'Unione in tema di doppia imposizione e la COM(2016) 687 recante la proposta di modifica della direttiva (UE) 2016/1164 cd. "antielusiva" circa le soluzioni ai problemi derivanti dai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi; il tutto nell'ottica generale della Comunicazione COM(2016) 682 volta a "creare un sistema equo, competitivo e stabile di tassazione delle imprese nell'Unione europea".

La Commissione europea intendeva sfruttare a tal riguardo come base giuridica l'art. 115 del TFUE<sup>161</sup>.

La prima proposta, la COM(2016) 685, era quella di una CCTB, ovvero "Common Corporate Tax Base"<sup>162</sup>, intendeva prevedere un sistema univoco di calcolo dei redditi universali delle imprese, ovvero una base imponibile comune a livello europeo. Al contrario del 2011 veniva prevista l'adesione obbligatoria al sistema per le imprese che avessero superato i 750 milioni di euro di fatturato. Si proponevano inoltre un meccanismo unico di deduzione per gli investimenti in ricerca e sviluppo, agevolazioni fiscali per il sostegno della crescita aziendale coerenti e volte a superare la discriminazione tra le detrazioni concesse sui debiti finanziari ed il trattamento del capitale proprio, nonché infine un sistema comune di compensazione delle perdite transfrontaliere. I destinatari erano sostanzialmente tutti gli enti esercenti prevalentemente attività commerciale regolati dalle norme di uno Stato membro che avessero superato i limiti dimensionali fissati, dunque principalmente i gruppi consolidati.

Molto interessante la previsione cui all'art. 58 (c.d. clausola antielusiva) che avrebbe imposto agli Stati membri di non tenere conto, ai fini del calcolo della base imponibile, "*di una costruzione o di una serie di costruzioni che, essendo state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale, in contrasto con l'oggetto o la finalità della presente direttiva, non sono genuine*". La nozione di "non genuinità" era offerta dal paragrafo 2 dello stesso articolo e "*deriva dal non*

---

<sup>161</sup> "Fatto salvo l'articolo 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno." (Art. 115, TFUE).

<sup>162</sup> Tradotto: base imponibile per l'imposta sulle società comune.

*essere stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica”.*

La seconda proposta invece, la COM(2016) 683, era quella sulla CCCTB, ovvero “Common Consolidated Corporate Tax Base”<sup>163</sup> dedicata appositamente ai gruppi di imprese al fine di determinare le quote di profitti tassabili in capo ad i singoli enti che li compongono rispetto ad una base imponibile unica consolidata. Dunque l’appartenenza ad un gruppo, qualificabile come tale ai sensi dell’art. 6 par. 1<sup>164</sup> della proposta, avrebbe comportato, nel caso di ricavi riportati al bilancio consolidato superiori a 750 milioni di euro annui, l’obbligo di assoggettamento a detta disciplina. Le basi imponibili di tutti gli enti parte di un gruppo sarebbero confluite in un’unica grande base, l’art. 9 specificava che nel calcolare tale base unitaria, di norma si sarebbero dovuti ignorare i profitti e le perdite derivanti da operazioni infragruppo, proprio come ai sensi delle discipline nazionali e dei principi contabili internazionali circa i bilanci consolidati di gruppo. A tal proposito le imprese operanti in forma di gruppo avrebbero avuto l’obbligo di utilizzare nelle proprie transazioni interne un metodo uniforme, coerente e ben documentato.

L’articolo 28 par. 1 proponeva un modello matematico per determinare la percentuale di base imponibile assegnata a ciascuno dei membri di un gruppo che impiegava tre fattori: il lavoro, l’attività e le vendite in funzione del luogo di destinazione, a tutti e tre era attribuito lo stesso peso. In tal modo dunque la percentuale assegnata era la base imponibile di uno specifico membro del gruppo e la giurisdizione di competenza gli avrebbe applicato la propria aliquota (non veniva infatti previsto alcun tipo di armonizzazione delle aliquote degli Stati membri).

Rispetto al contenuto complessivo delle proposte delle due direttive sette parlamenti di sei Nazioni esprimevano pareri motivati circa la violazione del principio di sussidiarietà: secondo i Parlamenti di Irlanda, Lussemburgo, Malta, Danimarca, Svezia ed entrambi i rami del Parlamento olandese le proposte della Commissione avrebbero violato la sovranità nazionale sulla materia. Il Senato olandese e la Camera dei deputati lussemburghese osservavano inoltre che la coesistenza di due regimi fiscali operanti in parallelo avrebbe aumentato enormemente la complessità del

---

<sup>163</sup> Tradotto: base imponibile per l’imposta sulle società consolidata e comune.

<sup>164</sup> Definizione di gruppo (non modificata rispetto alla proposta del 2011): “*l’ammissibilità al gruppo con base imponibile consolidata è determinata in esito all’applicazione di due criteri: i) il controllo (più del 50% dei diritti di voto) e ii) la proprietà (più del 75% delle azioni) o i diritti ai profitti (più del 75% dei diritti ai profitti). Le due soglie relative al controllo e alla proprietà o ai diritti ai profitti devono essere rispettate durante tutto l’esercizio fiscale; in caso contrario, la società che non le rispetta deve immediatamente lasciare il gruppo. È inoltre introdotto un obbligo minimo di nove mesi consecutivi per determinare l’appartenenza al gruppo.*” (Art 6 par. 1).

sistema. Specificatamente circa la CCCTB, il parlamento irlandese<sup>165</sup>, osservava inoltre che sarebbe occorso aggiungere tra i parametri economici rilevanti per il computo delle quote di rispettiva competenza dei profitti tra gli enti di uno stesso gruppo pure l'impiego dei "beni intangibili", la cui incidenza nei business risultava essere ogni giorno maggiore.

Il 2016 fu un anno particolarmente florido per la lotta contro la pianificazione fiscale internazionale, sicuramente per la spinta offerta dal BEPS, le cui relazioni finali furono pubblicate il 5 ottobre 2015, ma anche per la contemporanea fioritura di varie indagini della Commissione europea sul tema degli aiuti di Stato attuati tramite lo strumento della fiscalità dagli Stati membri, che come vedremo nel prossimo capitolo aiutarono molto bene a comprendere come venissero attuate nella pratica alcune delle strategie maggiormente dannose tra quelle poste in essere dalle multinazionali con la complicità necessaria di alcuni Stati compiacenti: il 12 luglio veniva emanata la Direttiva n. 2016/1164, recante "Norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno", nota come direttiva ATAD 1<sup>166</sup>. L'intento generale della direttiva era proprio quello di predisporre gli Stati membri ad un efficace coordinamento per l'implementazione delle 15 azioni del progetto BEPS, identificando alcuni settori in cui veniva ritenuto necessario un intervento normativo comune, ovvero: i limiti alla deducibilità degli interessi, l'imposizione in uscita, una norma generale antiabuso, norme sulle società controllate estere e norme per contrastare i disallineamenti da ibridi.

Circa la deduzione degli interessi, una regolamentazione restrittiva appariva necessaria alla luce del fatto che risultava appurato che molti gruppi multinazionali operando fittizi pagamenti di interessi in misura eccessiva ottenevano una riduzione dell'onere fiscale globale. L'idea era quella di individuare dunque un limite quantitativo a detta deducibilità parametrato all'EBITDA<sup>167</sup> dell'impresa, anche relativo ad un risultato consolidato di un gruppo, di volta in volta individuato.

L'imposizione in uscita aveva invece lo scopo di assicurare che nel caso in cui un contribuente avesse deciso di trasferire definitivamente degli attivi da uno Stato membro verso territori extra-UE, questo avrebbe potuto assoggettare ad imposizione le plusvalenze fino a quel momento maturate ed anche non ancora concretamente

---

<sup>165</sup> Rappresentante uno tra i pochi Stati europei che come abbiamo visto potrebbe definirsi "perito" in materia di *digital economy*.

<sup>166</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016L1164&from=IT>.

<sup>167</sup> "Earnings Before Interests, Taxes, Depreciation and Amortization", ovvero gli utili imponibili risultanti a bilancio al lordo di interessi, imposte, deprezzamenti e ammortamenti, cd. "margine operativo lordo".

realizzate, in modo da evitare la fuoriuscita definitiva di ricchezza dall'Europa senza l'assolvimento di alcun onere tributario.

Per quanto riguardava invece le norme sulle società controllate estere, cd. "normativa CFC", lo scopo era quello di attribuire gli utili di una società controllata alla società sua controllante, al fine di esercitare nello Stato di quest'ultima la potestà impositiva su tali utili in deroga ai principi generali di fiscalità internazionale, qualora la controllata fosse stata situata in uno Stato cd. "a bassa imposizione". A tal fine occorreva redigere delle liste, bianca, grigia e nera che classificassero i Paesi terzi in base alla pressione fiscale effettiva sulle imprese ivi riscontrata. Si prevedeva inoltre un'esclusione da detto regime basata sulla sostanza economica, in modo da includervi soltanto i casi in cui la controllata fosse stata una società fittizia, utile solo allo scopo elusivo, che non avesse svolto alcuna attività effettiva nel Paese a bassa fiscalità.

I disallineamenti da ibridi venivano definiti come le conseguenze di una qualificazione giuridica divergente tra gli Stati di alcuni elementi di bilancio, specialmente gli strumenti finanziari, scaturenti dall'interazione transfrontaliera tra detti Stati: segnatamente tali conseguenze si sostanziavano in doppie deduzioni o deduzioni operate in uno Stato senza che i relativi redditi risultassero inclusi nella base imponibile di un altro Stato. La soluzione era rappresentata da una qualificazione univoca a livello europeo di detti elementi.

La norma generale antiabuso avrebbe dovuto invece essere strutturata in modo da colpire quelle società che avessero posto in essere una costruzione od una serie di costruzioni ritenute "non genuine" ovvero poste in essere senza valide ragioni commerciali che rispecchiassero la realtà economica. La conseguenza pratica sarebbe dovuta essere quella di ignorare, ai fini del calcolo dell'imposta societaria dovuta, tali costruzioni artificiose, neutralizzando così il beneficio economico indebitamente ottenuto<sup>168</sup>.

La direttiva è stata da ultimo modificata e perfezionata nella parte relativa ai disallineamenti da ibridi rendendo le verifiche fiscali sulle operazioni transnazionali applicabili anche nei confronti di Paesi terzi e non soltanto membri dell'Unione, ad opera dalla successiva Direttiva n. 2017/952, conosciuta come ATAD 2<sup>169,170</sup>.

---

<sup>168</sup> Così come previsto nella proposta sulla CCCTB.

<sup>169</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017L0952&from=IT>.

<sup>170</sup> I contenuti per come complessivamente risultanti da entrambe le direttive (ATAD 1 e 2) vengono recepiti con il D.Lgs. n. 142 del 29 novembre 2018.

Sempre nel 2016 veniva emanata la Direttiva DAC 4, la n. 2016/881/UE, che aggiungeva l'art. 8 bis estendendo ulteriormente il campo applicativo dello scambio automatico di informazioni previsto all'art 8. È una previsione che come era avvenuto per la DAC 2 con il "CRS" recepisce nel diritto comunitario un principio espresso dal progetto BEPS dell'OCSE, nello specifico dall'azione 13, il cui titolo era "Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting"<sup>171</sup>. Nella sostanza l'obiettivo era di prevedere per i gruppi operanti in più giurisdizioni l'obbligo in capo alla capogruppo di presentare nella propria giurisdizione di riferimento una rendicontazione di tutte le attività svolte<sup>172</sup> dalle proprie controllate Paese per Paese relativamente al periodo d'imposta conclusosi da non più di 12 mesi; l'autorità ricevente poi avrebbe chiaramente avuto l'obbligo di rendere disponibile alle autorità estere interessate tale documentazione, in ossequio allo spirito generale delle direttive DAC. La soglia dimensionale che si prevedeva facesse scattare l'obbligo era la medesima prevista per la CCCTB, ovvero un volume d'affari consolidato superiore ai 750 milioni di euro annui<sup>173</sup>.

Il quadro, ad oggi, definitivo<sup>174</sup> delle direttive DAC è offerto dall'ultima modifica apportata con la Direttiva n. 2018/822/UE, la DAC 6. Anche in questo caso la base viene offerta dal progetto BEPS, specificatamente dall'azione 12 "Disclosure of aggressive tax planning" volto a far emergere le strategie di pianificazione aggressiva poste in essere dai contribuenti tramite il coinvolgimento nel canale informativo degli intermediari. Il Consiglio europeo aveva infatti riconosciuto in capo a questi soggetti<sup>175</sup> una responsabilità diretta nella pianificazione fiscale aggressiva e dunque prevedeva in loro capo l'obbligo di comunicare eventuali strategie che avessero coinvolto più di una giurisdizione identificate tramite alcuni "elementi distintivi" che avessero potuto contraddistinguerne la pericolosità per il funzionamento del mercato interno configurando un potenziale caso di elusione fiscale. La presenza degli

---

<sup>171</sup> Tradotto: "Guida sull'implementazione della documentazione circa i prezzi di trasferimento e sulla rendicontazione Paese per Paese".

<sup>172</sup> Le informazioni oggetto della rendicontazione erano: i dati aggregati di ricavi, utili o perdite al lordo delle imposte, le imposte corrisposte, il capitale dichiarato, la distribuzione di utili, il numero di dipendenti e le immobilizzazioni materiali diverse dalla liquidità, il tutto rigorosamente suddiviso Paese per Paese per ogni Paese dove la multinazionale si fosse trovata ad operare.

<sup>173</sup> Viene recepita nel diritto nazionale ad opera della legge di stabilità del 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208) tramite i commi 145 e 146 dell'art. 1.

<sup>174</sup> La "DAC 5" concerne soltanto previsioni relative alla lotta al riciclaggio.

<sup>175</sup> L'intermediario era definito come: "qualunque persona che elabori, commercializzi, organizzi o metta a disposizione a fini di attuazione o gestisca l'attuazione di un meccanismo transfrontaliero soggetto all'obbligo di notifica" o comunque chiunque possa essere a conoscenza in virtù della propria professione e delle proprie competenze di informazioni che presentassero gli "elementi distintivi" configuranti un "meccanismo transfrontaliero" (nuovo punto n. 21 dell'art. 3 della direttiva).

“elementi distintivi” avrebbe fatto supporre l’esistenza di un “meccanismo transfrontaliero”.

### **3.3 La risoluzione del Parlamento EU “sulle decisioni anticipate in materia fiscale ed altre misure analoghe per misura e per effetto”**

Premettendo che si tratta dell’organo dotato della maggior rappresentatività democratica tra quelli unitari (e nonostante ciò non ha i poteri che gli spetterebbero), concluderei il primo capitolo riportando una sintesi di questa proposta di risoluzione del Parlamento europeo del 5 novembre 2015<sup>176</sup>. Questo testo consente di comprendere ancor più facilmente di quanto già non risultasse chiaro dalla lettura degli altri documenti e rapporti riportati alla pagine precedenti come le istituzioni europee fossero (e sono) perfettamente consapevoli della situazione della fiscalità europea in ogni sua sfaccettatura.

Una responsabilità di primo piano nello stimolare la lotta contro la pianificazione fiscale internazionale realizzata tramite la complicità di taluni Stati europei fu, come già accennato, lo scandalo “LuxLeaks”. Scoppiato il 5 novembre 2014 grazie al lavoro del consorzio internazionale dei giornalisti d’inchiesta, concerneva la pubblicazione di 28.000 pagine di documenti confidenziali aventi ad oggetto oltre 500 accordi raggiunti tra il 2002 ed il 2010 tra l’autorità fiscale lussemburghese e più di 300 società multinazionali, che metteva a nudo una realtà in cui complesse strutture segrete, ovvero società fittizie che mantenevano una presenza economica effettiva prossima allo zero, consentivano, appunto con la complicità intenzionale del Granducato, di ridurre gli oneri fiscali di alcuni colossi mondiali sostanzialmente a zero. Realtà che conducevano alla ingiusta mancanza di corrispondenza tra il luogo dove si creava il valore e quello dove si tassavano gli utili (comportando la mancanza di contribuzione da parte di grandissime imprese alla spesa pubblica<sup>177</sup>), non limitate alla sola pratica dei *ruling*, bensì attuate tramite un ampio ventaglio di pratiche fiscali dannose, anche ad opera di vari altri Paesi europei oltre al Lussemburgo.

La circostanza che il tutto fosse emerso solo grazie agli sforzi di giornalisti d’inchiesta, di esponenti del settore non governativo e del mondo accademico faceva propendere il Parlamento verso l’istituzione di un meccanismo sistematico ed ufficiale di comunicazione e di scambio delle informazioni.

---

<sup>176</sup> Link: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0317\\_IT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0317_IT.html).

<sup>177</sup> Principio base della cd. “RSI”, ovvero la Responsabilità Sociale delle Imprese.

La circostanza però faceva soprattutto emergere la totale inadeguatezza del requisito dell'unanimità degli Stati in sede europea per le questioni relative alle imposte dirette. Considerato infatti il contemporaneo e crescente processo di integrazione a livello unitario nel mercato interno, negli accordi commerciali internazionali, nella moneta unica, nella *governance* fiscale ed economica, il Parlamento riteneva che la possibilità per ogni Stato di opporre il proprio veto sul tema della tassazione diretta, che si intrecciava indissolubilmente con questi altri temi su cui era invece già stata ceduta gran parte della sovranità dei Membri da molto tempo, appariva ormai ingiustificabile. Se infatti da un lato i capitali all'interno del mercato unico circolavano liberamente ed i gruppi multinazionali presentavano i propri bilanci su base consolidata, dall'altro le imposte erano riscaldate isolatamente a livello nazionale da parte di autorità che molto raramente scambiavano con i propri equivalenti degli altri Stati membri le informazioni: questo portava ad un'opacità e ad una frammentarietà idonee ad incidere negativamente sulla performance dell'intero mercato unico oltretutto comportare vari altri spiacevoli effetti collaterali. In un mercato interno completato infatti, nessuna forma di distorsione avrebbe dovuto incidere sulle decisioni di ubicazione di investimenti ed attività, tuttavia la globalizzazione, la digitalizzazione e la libera circolazione dei capitali creavano un ambiente perfetto per una concorrenza fiscale agguerrita tra i Paesi volta ad accaparrarsi la maggior quota di investimenti provenienti dall'estero, gara in cui vinceva chi più giocava sporco sfruttando le proprie caratteristiche geografiche, dimensionali e di ricchezza relativa.

Ricordava inoltre che l'art. 4 del TUE sanciva il principio di leale collaborazione tra gli Stati membri e che sebbene questo fosse stato chiaramente applicabile anche a questo campo, non sembrava tuttavia essere stato rispettato. Il Parlamento constatava infatti la presenza di Stati che da un lato denunciavano l'erosione della propria base imponibile ma dall'altro erano responsabili della strutturazione degli attuali regimi fiscali che la rendevano possibile, opponendosi peraltro ad ogni tentativo di evoluzione verso un'ottica di maggior coordinazione e cooperazione. Appariva infatti chiaro che ciò che per un Paese rappresentava l'attribuzione di un incentivo fiscale e dunque la probabile attrazione di nuovi investimenti, per un altro Paese molto probabilmente specularmente rappresentava l'erosione della relativa base imponibile. Le agenzie fiscali di coloro che si trovavano ad essere vittime di questo meccanismo poi, frequentemente a corto di mezzi, risorse e con un personale

scarsamente qualificato, di norma potevano reagire soltanto a “danno fatto”, non avendo la possibilità di prevedere le complesse e sempre innovative strutturazioni implementate, molto spesso frutto dell’ingegno di preparatissimi consulenti fiscali (incluse le “Big Four”)<sup>178</sup>, banche ed altri fornitori di servizi finanziari che tuttavia al contempo svolgevano la propria opera anche in favore di governi ed istituzioni pubbliche nazionali e pure europee<sup>179</sup>. Ciò faceva quindi fondare anche il sospetto di seri conflitti d’interesse in capo a questi soggetti.

Risultava paradossale che la “troika” di istituzioni europee che stavano fermamente vigilando sul rispetto dei programmi di aggiustamento dei bilanci di Stati come Grecia e Portogallo, i quali si erano tradotti in sforzi pesantissimi da parte di normali cittadini e piccole e medie imprese già da prima “ipertassati”, non avesse al contempo dedicato minimo interesse alla lotta contro queste pratiche ingiustamente discriminatorie.

La commissione speciale istituita il 26 febbraio 2015 “TAXE” aveva inviato delegazioni in Svizzera per esaminare aspetti specifici del mandato riguardanti i Paesi terzi ed aveva svolto missioni d’inchiesta in Belgio, Lussemburgo, Regno Unito e Paesi Bassi, tuttavia parte del suo lavoro era stata ostacolata dal fatto che diversi Stati membri ed il Consiglio non avevano risposto in tempo utile o non avevano fornito i dati che gli erano stati richiesti; che delle 18 multinazionali invitate a discutere solo quattro avevano accettato di comparire; che pure la Commissione europea non aveva potuto cooperare pienamente a causa dell’intransigenza di alcuni Stati membri i quali avevano imposto una limitata procedura di consultazione, che aveva sortito l’effetto di non rendere pubblici tutti i documenti di seduta ed i resoconti delle riunioni informali del gruppo “Codice di condotta”.

Il Parlamento ricordava che i modelli di tassazione ancora in vigore erano stati concepiti nella prima metà del XX secolo in un contesto molto diverso da quello moderno, caratterizzato principalmente da una limitata attività transfrontaliera (soprattutto quella infrasocietaria) ed in ogni caso avente ad oggetto beni materiali suscettibili di agevole quantificazione e valutazione. Al 2015 invece la maggior parte

---

<sup>178</sup> Con “Big Four” si intendono le quattro società più grandi al mondo di revisione contabile, che complessivamente detengono la quasi totalità del mercato di riferimento, ovvero: Deloitte Touche Tohmatsu; PricewaterhouseCoopers; Ernst & Young; KPMG.

<sup>179</sup> Ad esempio con la loro partecipazione al “Forum congiunto sui prezzi di trasferimento”.

delle grandi imprese aveva una struttura transnazionale che esigeva il superamento di tali norme oramai palesemente anacronistiche<sup>180</sup>.

La maggior parte degli Stati europei inoltre spendeva ingenti somme per fornire incentivi fiscali alle PMI (Piccole e medie imprese), sforzi che erano tuttavia vanificati in tre Stati su quattro dall'effetto della pianificazione fiscale internazionale che avvantaggiava enormemente le imprese di grande e grandissima dimensione. Questo perché solo tramite una struttura internazionale, la possibilità di esercitare un potere negoziale sugli Stati in virtù della propria importanza sul mercato, nonché la possibilità di avvalersi dei migliori consulenti esistenti, risultava possibile implementare le pratiche che sortivano l'effetto oggetto d'esame conferendo alle multinazionali tale vantaggio relativo. In base a due recenti studi<sup>181</sup> risultava le società transfrontaliere versassero infatti in media il 30% in meno di imposte rispetto a quelle operanti in un singolo Paese. Ciò comportava un'allocazione subottimale delle risorse nell'Unione (la cui economia è basata principalmente su piccole e medie imprese<sup>182</sup>) e riduceva il livello di concorrenza, comportando effetti negativi in termini di crescita ed occupazionali.

Il Parlamento si dichiarava pienamente consapevole della diversità dei sistemi tributari dei 28 Stati membri, sia per ciò che concerneva la definizione delle basi imponibili sia riguardo i livelli delle aliquote esistenti. Se poi si teneva conto della presenza di giurisdizioni speciali autonome dotate di sistemi fiscali indipendenti collegate ad alcuni Stati membri dell'Unione, come i "Territori d'oltremare" e le "Dipendenze dalla Corona", la situazione veniva ritenuta ancor più grave. Denunciava infatti che le nozioni e gli elementi di base, come l'equilibrio tra tassazione alla fonte e basata sulla residenza, la stabile organizzazione e le entità tassabili, la sostanza economica e le norme antiabuso, la definizione di interessi e canoni, il trattamento dei beni immateriali, del capitale di debito e di quello di rischio, nonché ciò che è deducibile o meno dalla base imponibile, non erano ancora stati oggetto di alcun tipo di definizione od orientamento unico europeo.

Era del parere che malgrado l'efficacia delle interconnessioni economiche e delle interazioni nell'ambito del mercato interno, i regimi preferenziali nazionali e lo scarso livello di coordinamento e convergenza tra i sistemi fiscali degli Stati membri dessero luogo ad una serie di asimmetrie che consentivano una pianificazione fiscale

---

<sup>180</sup> Tralasciando la rivoluzione digitale in corso.

<sup>181</sup> Il primo condotto nel maggio 2015 dalla Commissione europea, il secondo di Eggert e Winner del 2010.

<sup>182</sup> Già definite più volte come la "spina dorsale dell'economia europea", per esempio nella COM (2005) 702.

aggressiva. Segnatamente comportava la possibilità di ottenere doppie deduzioni ed una doppia non imposizione, ad esempio tramite una o più delle seguenti pratiche: determinazione abusiva dei prezzi di trasferimento; localizzazione delle deduzioni in giurisdizioni con un'elevata pressione fiscale; trasmissione di fondi attinti da prestiti tramite società intermedie; trasferimento del rischio; prodotti finanziari ibridi, sfruttamento delle asimmetrie; arbitraggio fiscale; accordi di royalty; ricerca dei trattati più vantaggiosi (*treaty shopping*) e localizzazione delle cessioni di attivi in giurisdizioni con bassa pressione fiscale.

Durante le missioni d'inchiesta che erano state condotte in Svizzera e nei 5 Stati membri, era stato possibile constatare che erano varie le misure fiscali nazionali, di cui le multinazionali spesso facevano un uso combinato, ad essere suscettibili di costituire pratiche fiscali dannose, nello specifico si rilevavano:

- un uso abusivo di *ruling* fiscali od intese transattive che consentivano di andare oltre il semplice chiarimento della normativa vigente, permettendo di negoziare un trattamento fiscale preferenziale;
- definizioni discordanti di stabile organizzazione e residenza fiscale;
- interesse scarso od assente nei confronti della sostanza economica da parte delle normative societarie, che consentiva la creazione di società a destinazione specifica (società di comodo, società non operative, ecc.) con un trattamento fiscale ridotto;
- deduzione degli interessi nozionali (che permetteva alle società di dedurre dal reddito imponibile un interesse fittizio calcolato sulla base del patrimonio netto degli azionisti);
- pratiche di *ruling* applicate agli utili in eccesso (tramite le quali una società poteva ottenere dall'amministrazione tributaria conferma scritta che il proprio reddito imponibile non comprendeva gli utili che non sarebbero stati realizzati in una situazione "indipendente");
- disposizioni poco chiare o non coordinate in materia di prezzi di trasferimento;
- una serie di regimi preferenziali, relativi in particolare ai beni immateriali (regimi speciali sugli utili riconducibili a brevetti, licenze e proprietà intellettuale);
- rimborsi od esenzioni relativi alle ritenute alla fonte su interessi, dividendi e canoni mediante trattati fiscali bilaterali e/o in base a quanto stabilito direttamente dalla legislazione nazionale;

-utilizzo di denominazioni giuridiche differenti negli Stati membri (entità ibride o finanziamenti ibridi, nel cui contesto gli interessi passivi diventavano dividendi esenti);

-mancanza di efficaci norme antiabuso generali o specifiche, o comunque carenze nell'applicazione o nell'interpretazione di tali norme;

-strutture che potevano occultare gli effettivi titolari di attivi non essendo soggette a regimi di scambio di informazioni, come ad esempio i trust e i cosiddetti "porti franchi".

Ai sensi di un documento di lavoro dei servizi della Commissione del 17 giugno 2015 denominato "Corporate Income Taxation in the European Union"<sup>183</sup> il 72% dei trasferimenti di utili nell'UE avveniva tramite i canali della determinazione dei prezzi di trasferimento e dell'ubicazione della proprietà intellettuale.

In relazione ai "patent box"<sup>184</sup> il Parlamento constatava che in alcuni Stati per accedere alle agevolazioni fiscali relative alla proprietà intellettuale non era necessario che i contribuenti la sviluppassero autonomamente, bensì era sufficiente acquisirla tramite una società con residenza all'interno della giurisdizione; tuttavia riteneva che in un sistema equo i vantaggi a favore di ricerca e sviluppo sarebbero dovuti essere stati correlati alle spese effettivamente sostenute a tale scopo nella giurisdizione interessata. Il sistema dei "patent box" invece, più che a stimolare l'innovazione appariva servire semplicemente a trasferire i redditi tra società: siccome le spese in innovazione sono sostenute una sola volta infatti, chi acquisisce da terzi un'opera dell'ingegno innovativa nella sostanza non ha sostenuto una spesa in innovazione bensì ha semplicemente retribuito un terzo che ha investito in innovazione il quale ha a sua volta usufruito delle stesse deduzioni, ne conseguirebbe dunque una doppia deduzione.

Il crescente peso economico degli attivi immateriali e la mancanza di transazioni comparabili e parametri di riferimento, anche in funzione della frequente unicità delle attività svolte da alcune grandi multinazionali, causata dalla loro posizione spesso sostanzialmente monopolistica, rendeva l'esercizio del corretto calcolo dei "prezzi di libera concorrenza"<sup>185</sup>, un compito quasi impossibile sia da assolvere che soprattutto da verificare *ex post*. Nel quadro europeo poi la presenza di criteri

---

<sup>183</sup> SWD(2015) 121; link: [https://ec.europa.eu/taxation\\_customs/sites/taxation/files/docs/body/swd\\_2015\\_121.pdf](https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/swd_2015_121.pdf).

<sup>184</sup> Ovvero normative fiscali di stimolo all'investimento nello sviluppo della proprietà intellettuale tramite maxi-deduzioni, implementate in svariati Stati membri.

<sup>185</sup> Che assolverebbero il compito di rendere controllabili ed equi i prezzi di trasferimento infragruppo

divergenti anche nell'applicazione di questo principio in realtà puramente economico suscitava facilmente controversie dalla difficile soluzione, per giungere alla quale difatti l'apposita convenzione arbitrale europea sui prezzi di trasferimento impiegava fino ad otto anni. Ciò avvalorava l'idea che il consolidamento a livello europeo della base imponibile comune (come d'altronde già avveniva su scala nazionale coi bilanci consolidati di gruppo, dove le operazioni interne tra società appartenenti a un gruppo non devono avere valore e vengono a tal fine opportunamente neutralizzate<sup>186</sup>) avrebbe rappresentato l'unica soluzione plausibile al problema.

Circa le azioni UE, internazionali e nazionali, al 2015 il Parlamento constatava che nella sostanza non erano riuscite a risolvere i problemi più seri, a tal riguardo confidava nel progetto BEPS appena terminato e prossimo all'implementazione. Per quanto riguardava il "Codice di condotta sulla tassazione delle imprese"<sup>187</sup>, si rilevava come avesse condotto ad uno smantellamento solo formale delle pratiche identificate come dannose, in quanto nella stragrande maggioranza dei casi queste erano state immediatamente rimpiazzate da strumenti ad effetto sostanziale analogo, come per esempio il passaggio dai "centri di coordinamento" al sistema della detrazione dell'interesse nozionale in Belgio. Inoltre il metodo adottato dal gruppo medesimo, chiaramente frammentario, caratterizzato da un'analisi caso per caso, non aveva consentito di avere una visione d'insieme strumentale all'adozione di un approccio universale come invece sarebbe stato necessario per produrre un risultato soddisfacente.

La legislazione UE sul tema dell'imposizione delle società e quindi le direttive in materia di società madri e figlie, interessi e canoni, fusioni e cooperazione amministrativa, pur comportando dei progressi nel risolvere alcune problematiche riguardanti le imprese operanti in più Stati membri, avevano prodotto tuttavia anche effetti collaterali indesiderati, principalmente situazioni di doppia non imposizione<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> In Italia l'art. 34 del D.Lgs. 127/1991 ed in generale la parte 19 dell'IFRS 10, che a proposito prevedono che: *"nel bilancio consolidato non sono inseriti- le partecipazioni delle controllate in imprese incluse nel consolidamento e la corrispondente frazione del patrimonio netto che vengono sostituiti nel bilancio consolidato dalla diretta ed intera iscrizione delle attività e passività risultanti dal bilancio di esercizio – i crediti ed i debiti fra imprese incluse nel consolidamento – i proventi e oneri relativi a operazioni tra le stesse – gli utili e le perdite conseguenti."*

<sup>187</sup> Il progetto più serio fino a quel momento implementato in sede europea, avviato alla fine degli anni '90.

<sup>188</sup> Nel momento in cui il Parlamento predisponesse il presente testo tuttavia stava entrando in vigore la modifica alla direttiva madri-figlie che aggiungeva clausole generali antiabuso e mirava a combattere asimmetrie relative ai finanziamenti ibridi.

La possibilità di giungere allo scambio automatico immediato ed esaustivo, nonché ad un trattamento efficiente, di tutte le informazioni fiscali, nell’ottica di un potenziamento della Direttiva 2011/16/UE avrebbe potuto, secondo il Parlamento, esercitare un forte deterrente all’evasione fiscale ed all’implementazione di pratiche fiscali dannose. Avrebbe inoltre consentito agli Stati membri ed alla Commissione di accedere a tutte le informazioni pertinenti per poter far fronte a tali pratiche, siccome al 2015 il sistema non era affatto efficiente ed ancora basato sulla reciprocità<sup>189</sup>.

Reputava norme e sanzioni sugli aiuti di Stato uno strumento utile per far fronte alle pratiche fiscali dannose, in quanto stavano esercitando un notevole effetto deterrente ed avevano compensato parzialmente la mancanza di qualsiasi altro strumento efficace atto a porre rimedio all’elusione fiscale a livello europeo implementata con la collaborazione di taluni Stati.

A tal riguardo annunciava l’imminente arrivo della “Comunicazione per chiarire le nozioni relative agli aiuti di Stato”<sup>190</sup> ed a titolo d’esempio citava la sentenza del 2011 circa Gibilterra<sup>191</sup>.

Tuttavia riconosceva che siccome il punto di partenza dell’analisi circa la sussistenza di un aiuto illegale nel procedimento cui 108 TFUE era il “sistema nazionale di riferimento” questo strumento non era chiaramente idoneo colpire tutte le distorsioni della concorrenza ma solo quelle che si fossero sostanziate in una deroga rispetto all’applicazione delle normali norme nazionali sulla tassazione<sup>192</sup>. Rilevava poi che dall’analisi dei procedimenti fino ad allora condotti dalla Commissione sul tema, era emerso indirettamente che gli Stati non avevano rispettato l’obbligo di comunicazione preventiva di determinati trattamenti: sorgeva così il dubbio che la Commissione non avesse abbastanza organico e risorse per esaminare efficientemente ogni genere di misura potenzialmente dannosa tramite controlli sistematici. Per ciò che riguardava il sistema di recupero, che rappresentava l’unica sanzione per aver violato la disciplina sugli aiuti di Stato, consistendo nella reintegrazione del mancato gettito cui lo Stato interessato aveva intenzionalmente rinunciato per “beni superiori” allo stesso, al Parlamento risultava costituire di fatto addirittura una ricompensa per un comportamento illegittimo e dunque non avrebbe

---

<sup>189</sup> E questo risultato sembrerebbe essere stato raggiunto, sebbene forse più per merito del BEPS che dell’Unione Europea, anche solo considerando il caso della Svizzera.

<sup>190</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>.

<sup>191</sup> Che ha rappresentato una novità nell’approccio seguito per dimostrare la selettività dell’aiuto che aveva consentito di dimostrare la disparità di trattamento tra un residente ed un non residente e dunque la posizione di vantaggio attribuita da Gibilterra alle società “offshore”: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CA0106>.

<sup>192</sup> Come rilevato anche da Margarethe Vestager in relazione al caso McDonald’s, Giugno 2013.

potuto certamente esercitare l'efficacia deterrente che gli sarebbe dovuta essere propria. Inoltre, siccome le pratiche censurate dall'art. 107 TFUE relativamente alla materia fiscale si sostanziavano quasi sempre in fattispecie che comunque interessavano anche altri Stati oltre a quello che consentiva la pratica, ovvero proprio Quelli in cui il contribuente intendeva sottrarsi all'onere impositivo tramite le strategie elusive poste in essere, che venivano di conseguenza a subire l'erosione della propria base imponibile, logicamente si sarebbe dovuto prevedere il coinvolgimento di detti Stati al procedimento allo scopo di essere ristorati del danno subito. Attribuendo infatti ogni genere di risparmio fiscale alle casse dell'erario dello Stato colpevole di essere stato complice indispensabile delle strategie elusive era come se si configurasse un furto al danno degli Stati che si erano visti erodere la propria base imponibile di competenza; in ogni altro caso, si sarebbe configurata comunque una situazione di doppia imposizione<sup>193</sup>.

Le comunicazioni volte ad ottenere un nullaosta preventivo della Commissione circa la compatibilità con il diritto della concorrenza dei *ruling* rischiavano di essere troppe e dunque il rafforzamento delle sue capacità e dei processi informativi appariva necessario.

Osservava, al contempo, che i pochi "vincitori" della concorrenza fiscale globale, ovvero i Paesi con politiche molto attraenti in materia di trattamento fiscale delle imprese all'interno ed all'esterno dell'UE, presentavano fondamentali economici sproporzionati rispetto alle loro dimensioni ed alla loro reali attività economiche, soprattutto considerando il numero delle società residenti in relazione alla popolazione, l'ammontare degli utili esteri contabilizzati, gli Ide o i flussi finanziari in uscita rispetto al Pil ed altri fattori che avrebbero denotato la natura artificiale della loro base imponibile e dei flussi finanziari in entrata, nonché la mancanza di un nesso, consentita dai relativi sistemi fiscali, tra il luogo in cui il valore veniva creato e il luogo in cui veniva operata la tassazione.

Restavano poi molto lenti i progressi circa il raggiungimento di accordi di cooperazione con i cd. "microstati": San Marino, Principato di Monaco, Liechtenstein, e Andorra. La Commissione inoltre non disponeva di un mandato europeo a negoziare accordi di scambio automatico delle informazioni con i "territori

---

<sup>193</sup> Infatti, qualora oltre ad un esito che accertasse come avvenuto un aiuto di Stato in sede europea, condannando quindi l'impresa alla restituzione delle somme all'erario dello Stato complice, al contempo anche altri procedimenti in sedi nazionali accertassero in capo a tale impresa frodi fiscali originatesi della strategia globalmente implementata, condannandola anche in questo caso alla restituzione, si verificherebbe una doppia imposizione.

d'oltremare” che tuttavia appartenendo a pieno titolo al “territorio europeo” rientravano nel campo applicativo soggettivo di tutte le normative europee.

La camera elettiva unitaria perveniva dunque alla conclusione che in diversi casi gli Stati membri erano stati responsabili: -di aver violato l'articolo 107 TFUE, prevedendo misure fiscali di varia natura che avevano falsato la concorrenza nel mercato interno favorendo alcune imprese; -di aver violato l'art. 108, non avendo preventivamente notificato alla Commissione la loro intenzione di introdurre aiuti di natura fiscale e quindi violando contemporaneamente anche le disposizioni del Regolamento CE n. 659/1999; -di non aver rispettato gli obblighi imposti dalle direttive 77/799 CEE e 2011/16/UE, non avendo proceduto ad uno scambio spontaneo di informazioni di natura fiscale; -di aver violato l'art. 4 par. 3 del TUE<sup>194</sup>; -di aver ostacolato l'implementazione di un meccanismo di controllo sistematico dei singoli casi di violazione del diritto comunitario a causa della propria scarsa od assente volontà di condividere informazioni rilevanti. Da ultimo risultava che la Commissione non avesse assolto diligentemente il proprio ruolo di “guardiana dei trattati” non essendo intervenuta prontamente in molte situazioni e ad ogni modo in tutti quei casi in cui ci si era trovati in presenza di chiare violazioni degli obblighi informativi; in considerazione di ciò domandava alla Commissione ed al Consiglio di accordargli un effettivo potere di inchiesta.

Invitava gli Stati membri al rispetto del principio della tassazione degli utili nel luogo in cui venivano generati, a porre fine alla concorrenza fiscale dannosa eliminando per sempre le asimmetrie e le misure fiscali dannose, sottolineando che vi erano tra gli Stati membri alcuni che specificatamente rivestivano un ruolo determinante nell'agevolare l'evasione fiscale che si sarebbero dovuti assumere le proprie responsabilità e avrebbero dovuto guidare gli sforzi intesi a migliorare la cooperazione fiscale in Europa. Chiedeva alla Commissione di impegnarsi il più possibile al fine di imporre il rispetto dell'obbligo di leale collaborazione tra Stati, di istituire un dipartimento specifico di competenza esclusivamente fiscale e di promuovere le *best practices* in materia di prezzi di trasferimento. La invitava, a tale proposito, a stabilire un giusto equilibrio tra la convergenza di bilancio ed economica ed a garantire che le azioni fossero volte a sostenere la crescita, gli investimenti ed i posti di lavoro.

---

<sup>194</sup> “In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati”. Art. 4 par. 3 TUE.

Riteneva fermamente che uno scambio di informazioni in materia fiscale completo, trasparente ed efficace; una base imponibile obbligatoria, consolidata e comune per l'imposta sulle società; nonché la previsione da parte di tutti gli Stati membri di un prelievo impositivo, per esempio tramite una ritenuta d'imposta, su ogni flusso finanziario in uscita dal territorio unionale verso Paesi terzi al fine per evitare la fuoriuscita definitiva di ricchezza dall'Europa senza scontare una tassa sulle plusvalenze maturate, fossero presupposti fondamentali per il conseguimento di un sistema fiscale a livello dell'Ue che rispettasse e tutelasse i principi basilari del mercato interno.

Sperando che venissero intraprese azioni complementari in sede europea e da parte degli Stati membri, invitava, nell'ottica della ricerca delle soluzioni idonee, a tenere presente la necessità di ridurre la complessità per tutte le parti interessate ed i costi di adempimento per imprese ed amministrazioni tributarie, auspicando in tal senso una semplificazione generalizzata.

Deplorava profondamente il fatto che solo otto multinazionali<sup>195</sup> avessero accettato di comparire dinnanzi al Parlamento e che invece le restanti 14<sup>196</sup> nonostante i ripetuti inviti avessero rifiutato: considerata anche l'importanza e la visibilità di tali società a livello addirittura mondiale riteneva la circostanza di rifiutare di cooperare con una commissione parlamentare inaccettabile e lesiva della dignità del Parlamento e dei cittadini in esso rappresentati (un quattordicesimo della popolazione mondiale circa).

Invitava a tenere presente il fatto che un *ruling* fiscale, soprattutto nei casi in cui avesse riguardato i prezzi di trasferimento, molto spesso ineriva situazioni che interessavano anche altre giurisdizioni oltre a quella con cui l'accordo veniva concluso. In tali casi riteneva sarebbe stato doveroso procedere in cooperazione con chiunque potesse essere coinvolto e subirne anche solo in via ipotetica le conseguenze, oltre a ritenere in ogni caso necessario per l'autorità stipulante procedere senza indugio ad informare tali potenziali interessati.

Invitava ad elaborare, nella predisposizione della CCCTB, delle formule di ripartizione che tenessero conto della specificità del settore in cui erano destinate ad essere applicate, con particolare riguardo alle imprese digitali. Riteneva la base

---

<sup>195</sup> Ovvero Airbus, BNP Paribas, SEE plc, Total SA, KPMG, Ernst&Young, Deloitte e PwC.

<sup>196</sup> Ovvero Amazon.co.uk Ltd, Amazon S.a.r.l., Anheuser-Busch InBev, Barclays Bank Group, Coca-Cola Company, Facebook, Fiat Chrysler Automobiles, Google, HSBC Bank plc, IKEA, McDonald's Corporation, Philip Morris, Walmart e Walt Disney Company.

imponibile comune e consolidata per la tassazione delle imprese uno strumento utile a combattere l'erosione della base imponibile ed il trasferimento degli utili, nonché un'innovazione destinata a creare valore aggiunto europeo indipendentemente dall'eventuale impiego parziale del gettito fiscale come nuova risorsa propria del bilancio europeo.

Invitava a tenere presente, in considerazione della sua inerenza ed analogia con la materia, la previsione statunitense<sup>197</sup> dell'obbligo in capo ai singoli Stati della Federazione di comunicare al Governo centrale il volume di gettito che dichiarano di perdere a causa di sistemi di agevolazione fiscale previsti da altri Stati. Ispirandosi sempre ad un istituto americano<sup>198</sup> chiedeva di sviluppare normative a tutela di informatori e soggetti che analogamente avessero contribuito a far emergere comportamenti scorretti, irregolarità, frodi, attività illecite ed ogni altro tipo di comportamento che avesse violato i principi fondamentali dell'Unione europea.

Considerando poi che il 16% del Pil dell'area UE era rappresentato da appalti pubblici, suggeriva di prevedere in funzione sanzionatoria l'esclusione dalle relative gare delle imprese che fosse risultato avessero perseguito una pianificazione fiscale aggressiva ed usufruito di regimi di elusione fiscale; nonché di prevedere altre forme di "boicottaggio", anche nei confronti degli Stati complici di tali strategie.

Infine, rimarcando la propria opinione circa l'assoluta inadeguatezza della regola dell'unanimità in seno al Consiglio, che conferendo a ciascuno Stato membro il diritto di veto risultava responsabile della mancanza di progresso della situazione verso una dimensione maggiormente collaborativa, il Parlamento invitava la Commissione a ricorrere, qualora lo avesse reputato opportuno, ai poteri conferitigli dall'articolo 116 del TFUE<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Nel quadro del "Governmental Accounting Standards Board".

<sup>198</sup> Il Dodd Frank Act è una legge statunitense che prevede ricompense per gli informatori.

<sup>199</sup> Ai sensi del quale: *"qualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata, essa provvede a consultarsi con gli Stati membri interessati. Se attraverso tale consultazione non si raggiunge un accordo che elimini la distorsione in questione, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le direttive all'uopo necessarie. [...]"*

## CAPITOLO II

### Introduzione

Nell'ambito della materia affrontata, ancor di più che in altre, è fondamentale esaminare alcuni casi giurisprudenziali concernenti talune controversie, scelte come maggiormente rappresentative ed importanti per la questione, la cui soluzione esprime quello che viene comunemente denominato "diritto vivente". È facile intuire cosa si intenda con questa locuzione: la varietà sempre maggiore di questioni e fattispecie, il rapido processo tecnologico e la conseguente accelerazione esponenziale nella velocità dei cambiamenti, la globalizzazione e dunque la necessaria interrelazione tra ordinamenti e principi differenti ed in più, per quel che riguarda l'Unione europea, l'esistenza di un macchinoso sistema, con caratteristiche assolutamente singolari nel panorama mondiale, caratterizzato dalla presenza di più livelli di autorità e fonti normative che necessitano di essere coordinati, mettono parzialmente in discussione il concetto tradizionale di ordinamento giuridico dei Paesi ereditieri del diritto romano, ovvero di cd. "civil law"<sup>200</sup>, a favore di un sistema maggiormente dinamico che, dovendosi costantemente innovare per tenere il passo dell'evoluzione sociale e tecnologica ed operando spesso compromessi tra principi divergenti, risulta nella sostanza attribuire maggiore importanza alle sentenze<sup>201</sup> temporalmente più recenti al fine di comprendere quali siano le regole vigenti e come quindi ci si debba comportare, rispetto che al diritto positivo.

La portata di questo concetto è senza dubbio amplificata in relazione al tema trattato: sia dal punto di vista soggettivo, in quanto il protagonista principale è l'Unione europea di cui ho segnatamente delineato le caratteristiche, sia dal punto di vista oggettivo, in quanto la materia ruota intorno ad alcuni concetti, come l'abuso del diritto o l'elusione per esempio, dai contorni molto sfumati e dunque per definizione insuscettibili di una tipizzazione esaustiva. I problemi che ci troviamo davanti oggi poi, per larga parte frutto dal mancato adeguamento delle norme scritte alla rivoluzione digitale (ed alla conseguente smaterializzazione delle fonti di produzione

---

<sup>200</sup> Contraddistinto dalla centralità della norma scritta, certa, con un giudice chiamato ad applicarla entro ristretti margini interpretativi (*bocca della legge*).

<sup>201</sup> O ad analoghe decisione di un organo istituzionale od anche non istituzionale, come nel caso degli arbitrati.

e ricchezza) e del mancato coordinamento tra i diritti nazionali contemporaneamente coinvolti, conferiscono ancor di più un ruolo di primo piano all'evoluzione giurisprudenziale.

Dopo aver visto nel primo capitolo ciò che è stato fatto finora in sede legislativa e nei consessi internazionali per tentare di arginare e contrastare i problemi della fiscalità mondiale, ma specialmente europea, in questo capitolo si cercherà di fornire una panoramica del diritto vivente all'interno dell'Unione.

## 1. La libertà di stabilimento: profili generali

L'obiettivo più risalente degli organismi embrionali dell'odierna Unione europea è senza dubbio l'integrazione dei mercati e delle economie degli Stati membri che, reduci dalle lacerazioni provocate dalla Seconda guerra mondiale e con a disposizione un "mondo" da ricostruire, decisero di costituire una sorta di *join adventure* con l'obiettivo di creare economie maggiormente competitive a livello mondiale, avendo la possibilità di sfruttare le interdipendenze disponibili per trasformarle in sinergie ed accordandosi sulla leale collaborazione e cooperazione reciproca: l'unione fa la forza, dal 1° gennaio 1951 Italia, Francia, Germania dell'Ovest, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo iniziano a lavorare congiuntamente con l'ambizioso, seppur per nulla utopistico, progetto di divenire una superpotenza economica mondiale<sup>202</sup>.

Uno dei presupposti fondamentali per la realizzazione di un'unione economica sovranazionale era chiaramente la possibilità di far muovere liberamente persone, servizi e capitali tra i diversi Stati, superando il vecchio concetto di frontiera e dogana ed ogni sorta di relativa limitazione.

Evitando di esaminare nello specifico le innumerevoli tappe che hanno portato "all'assetto" odierno, virgolettato in quanto ancora in divenire, ci soffermeremo sulla libertà di stabilimento, che rappresenta uno dei presupposti fondamentali per la realizzazione degli obiettivi integrazionistici europei ed è quel che ci interessa maggiormente in relazione all'argomento della trattazione.

---

<sup>202</sup> A 70 anni da quel giorno l'Unione ha 27 Membri rispetto agli originari 6 (fino a poco fa 28) e 19 Paesi adottano congiuntamente una moneta unica, l'euro.

Il trattato istitutivo della Comunità economica europea<sup>203</sup>, nel titolo III, rubricato “Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali”, dopo aver statuito al 1° capo la libera circolazione dei lavoratori, al 2° capo tratta appunto la libertà di stabilimento. Gli articoli di riferimento sono quelli che vanno dal 52 al 58: l’art. 52 statuisce che *“le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse (...) la soppressione si estende altresì alle restrizioni relative all’apertura di agenzie, succursali, o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato stabiliti in un altro. La libertà di stabilimento comporta l’accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell’articolo 58”*<sup>204</sup>.

È facile intuire la portata di questa disposizione: è un epocale passaggio per i Paesi fondatori da una classica visione di Stato sovrano, chiuso dentro le proprie frontiere e libero di disciplinare a proprio piacimento ogni genere di rapporto ed attività che vi si svolge all’interno, ad una estesa realtà territoriale nella quale gli Stati che la compongono siglano un patto, ben più forte di una alleanza, che intende favorire la libera movimentazione di beni, capitali e persone. Ciò al fine di realizzare un’unione prima di tutto economica, al fine di essere più competitivi a livello mondiale, ma inevitabilmente anche sociale in virtù delle strette interconnessioni che in forza di tale principio verranno a crearsi tra i vari Stati e i vari cittadini degli stessi, come poi verrà confermato dal principio di “cittadinanza europea”.

Le società hanno un legame per assurdo ben più stretto con il proprio Stato rispetto ad una persona fisica, in quanto già dal termine tecnico-giuridico con cui sono denominate, ovvero “persone giuridiche”, si intende che tali entità, stante una componente immateriale che non si rinviene nel caso di beni e persone (“fisiche” infatti), hanno necessariamente bisogno di un *corpus* di norme di riferimento che le riconosca, le classifichi e ne regoli i rapporti ed il funzionamento: una persona cambia passaporto ma resta tale, un’automobile cambia la nazionalità della targa ma resta sempre quell’automobile, per le società non è la stessa identica cosa perché è la

---

<sup>203</sup> Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee al n. 152 del 13 luglio 1967 ed in vigore dal 1° luglio dello stesso anno.

<sup>204</sup> Ovvero *“le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l’amministrazione centrale o il centro d’attività principale all’interno della Comunità, che sono equiparate, ai fini dell’applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro.”* (art. 58).

loro stessa esistenza a dipendere da delle norme. Fino alla nascita di questo partenariato, gli unici enti capaci di produrre delle norme in tal senso erano gli Stati sovrani, oggi invece non è più esattamente così, gli Stati continuano sì a far nascere ed a disciplinare ognuno per sé le “proprie” società, ma si obbligano, in ottica europea, a comportarsi nei confronti delle società “appartenenti” ad una giurisdizione estera come se fossero società nazionali. Infatti, nessun tipo di limitazione ed ostacolo deve scaturire dal fatto che la società non sia stata creata e non sia disciplinata secondo il proprio diritto bensì secondo quello di un “altro”, che non è un altro qualsiasi, ma è un “socio” o un “membro della famiglia” europea. Ne consegue in modo sostanzialmente automatico che anche quello che viene definito come “diritto di stabilimento secondario”, ovvero la facoltà di aprire in uno Stato differente dal proprio d’origine una agenzia od una filiale oppure una succursale della propria impresa al fine di esercitarvi un’attività, deve essere allo stesso modo garantito.

Il resto delle disposizioni del presente capo non riportate hanno carattere programmatico e sono volte a porre le basi per il funzionamento sostanziale del nuovo meccanismo: attraverso il regime transitorio, funzionale alla graduale eliminazione delle barriere e delle limitazioni esistenti nonché all’assoluto divieto di imporne di nuove ed al necessario riconoscimento reciproco dei titoli di studio o di abilitazione allo svolgimento di attività professionali e/o imprenditoriali. Infine vengono individuati i casi eccezionali cui non si applica il principio<sup>205</sup>.

Con il Trattato di Maastricht, tali articoli divengono gli articoli 43-48 del TCE, poi con il Trattato di Lisbona, nella loro attuale versione, le disposizioni, invariate, si trovano tipizzate agli articoli 49-55 del TFUE.

Analizzando questo principio<sup>206</sup>, possiamo subito notare che ha una portata molto vasta ed ha infatti comportato, specie nella fase iniziale del processo di integrazione, una complessità applicativa di non poco conto specialmente in considerazione del fatto che andava ad intrecciarsi con la potestà di più giurisdizioni che adottavano, ed adottano tutt’ora, principi parzialmente diversi su aspetti rilevanti del diritto societario (e non solo), rendendone al contempo necessario un mutuo riconoscimento. Ne è dunque scaturita una corposa giurisprudenza ad opera della

---

<sup>205</sup> Concernenti lo svolgimento di “attività che in un dato Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio dei pubblici poteri” e l’impregiudicata “applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi d’ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica”.

<sup>206</sup> Corollario della disposizione più generale cui all’art 26 TFUE che auspica la realizzazione di un mercato interno in cui sia assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Corte di giustizia dell'Unione europea; l'insieme di queste decisioni, secondo il processo dialettico cui ho fatto riferimento, nel corso del tempo ha consentito di elaborare e consolidare taluni principi fondamentali, nonché di sollecitare indirettamente ulteriori interventi normativi, atti a garantire il concreto e corretto esercizio del diritto programmaticamente riconosciuto ai cittadini europei dal Trattato.

Ciò che maggiormente interessa ai fini della trattazione è di analizzare la portata pratica della libertà di stabilimento attraverso la definizione dei suoi limiti, in quanto proprio conoscendo questi limiti si può comprendere il concetto di “abuso del diritto di stabilimento”, fondamentale per colpire i casi in cui, soprattutto in campo tributario, è possibile affermare che un dato soggetto, proteggendosi sotto la veste del diritto che gli viene riconosciuto dal Trattato, in presenza di significative differenze tra i 27 Stati, abbia posto in essere architettazioni del tutto svincolate dalla realtà economica al solo fine di sottrarsi fraudolentemente alle obbligazioni imposte da una data giurisdizione nella quale ha evidentemente la necessità di operare, che sono più gravose di altre.

Si analizzeranno dunque in ordine cronologico alcune delle sentenze più importanti sul tema, tutte emesse dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>207</sup> interpellata tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale da quei giudici nazionali che si trovarono in difficoltà in presenza di norme nazionali che, animate da vari intenti, finivano per interferire coi diritti garantiti a livello sovranazionale.

## **2. Le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea riguardanti i rinvii pregiudiziali sul tema della libertà di stabilimento**

### **2.1 Il caso Daily Mail**

Il primo caso che si può citare è noto come “Daily Mail”<sup>208</sup>: avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale, in conformità al trattato CEE, proposta dalla High Court of Justice, Queen’s Bench Division, del Regno Unito, ove pendeva la causa principale, alla Corte di Giustizia delle Comunità europee. La protagonista, da cui il nome del procedimento, è la società Daily Mail and General Trust PLC, questa

---

<sup>207</sup> Già Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

<sup>208</sup> Procedimento 81/1987; link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61987CJ0081&from=IT>. Inoltre: de Luca (2017), pgg. 90-92.

si era vista subordinare la possibilità di trasferire la propria residenza a fini fiscali nei Paesi Bassi ad un'autorizzazione preventiva del tesoro britannico, in osservanza di una norma contenuta nella legge sulle imposte sul reddito delle società. La società, che svolgeva la funzione di holding d'investimento, richiedeva nel 1984 tale autorizzazione, tuttavia senza attenderne il rilascio nel frattempo apriva un ufficio di gestione di investimenti in Olanda. Lo scopo dell'operazione per l'attrice era pacificamente quello di spostare la residenza fiscale in Olanda al fine di vendere, solo successivamente al trasferimento, dei titoli azionari che deteneva in portafoglio che avevano aumentato di molto il loro valore nel tempo i cui erano stati detenuti<sup>209</sup>. I giudici inglesi decisero dunque di domandare tramite il rinvio alla Corte sovranazionale se le disposizioni comprese tra l'art. 52 e l'art 58 del Trattato della Comunità economica europea, vietando limitazioni alla libertà di stabilimento vietassero, anche in una situazione simile contraddistinta dall'intenzione di sottrarsi al pagamento di un'imposta altrimenti dovuta, ad uno Stato membro di imporre delle condizioni restrittive. Chiedevano inoltre se, qualora il fatto di richiedere preventivamente l'autorizzazione fosse stato legittimo, nel caso di specie, caratterizzato da un intento elusivo, fosse stato legittimo anche negarne il rilascio. La Corte non stentò a sottolineare che i criteri di collegamento richiesti dai singoli Stati fossero notevolmente diversi tra loro, ed appositamente il Trattato li aveva posti tutti e tre<sup>210</sup> sullo stesso piano. Le società, in quanto "creature" del diritto nazionale del luogo di costituzione, soggiacevano ai criteri stabiliti dallo stesso, dunque la facoltà di trasferire la sede legale, piuttosto che fiscale o l'amministrazione, mantenendo al contempo la personalità giuridica e la nazionalità originaria non era e non poteva essere un aspetto garantito tramite dall'interpretazione delle norme comunitarie sulla libertà di stabilimento. Il problema era da risolvere eventualmente tramite convenzioni bilaterali o multilaterali tra gli Stati interessati<sup>211</sup>, oppure con ulteriori iniziative legislative in sede comunitaria, al momento della discussione tuttavia inesistenti. Nel caso di specie infatti ben avrebbe potuto la società interessata sciogliersi nel Regno Unito per poi ricostituirsi in Olanda, al fine di adempiere le

---

<sup>209</sup> Questi, qualora fossero stati venduti quando la residenza era ancora in Inghilterra, sarebbero stati soggetti a una pesante tassazione sulle plusvalenze prodotte, così facendo invece, in Olanda la Daily Mail avrebbe scontato le imposte sulle plusvalenze generatesi solo dal momento successivo allo spostamento della residenza fiscale. Dunque, per esempio, qualora le due operazioni fossero state sostanzialmente contestuali non avrebbe pagato nessuna imposta.

<sup>210</sup> Sede sociale, amministrazione centrale e centro dell'attività principale.

<sup>211</sup> Il trattato aveva previsto, all'art. 220, in caso di necessità la possibilità di concludere tali tipi di accordi, volti a garantire la conservazione della personalità giuridica in simili ipotesi di trasferimento.

obbligazioni che lo Stato della nazionalità della società richiedeva ed al contempo realizzare lo scopo garantito dal Trattato europeo<sup>212</sup>.

Ci troviamo dunque in questo caso, risoltosi verso la fine degli anni '80, in una situazione in cui ancora non era assolutamente sviluppato un coordinamento effettivo sulla materia tra gli Stati facenti parte la Comunità economica europea, nonostante le relative ampie libertà concesse “sulla carta” ai propri cittadini.

## 2.2 Il caso Centros

In questo caso<sup>213</sup> i signori Bryde, cittadini danesi, costituivano una società “finta” nel Regno Unito, ove non vigevano norme restrittive come quelle danesi circa il capitale minimo da sottoscrivere e specialmente da versare per la costituzione di società, al fine di svolgere comunque l’attività commerciale esclusivamente in Danimarca. Il “piano” era dunque di avvalersi della prima società, una “scatola vuota” che nel Regno Unito non svolgeva alcuna attività, per aprire una succursale, conformemente al diritto di stabilimento secondario, che in Danimarca svolgesse tutte le attività che intendevano perseguire, eludendo così le normative danesi in tema di liberazione di una somma minima di denaro per la costituzione di società di capitali. La Corte danese, dove nel frattempo i signori Bryde avevano presentato ricorso essendosi visti negare la registrazione della succursale in Danimarca, denunciava un comportamento elusivo che minava le garanzie di solvibilità per i creditori della società e dunque condivideva il diniego da parte delle autorità all’iscrizione nel registro danese della sede secondaria. Tuttavia, interrogandosi sulla compatibilità con il TCE di una normativa restrittiva di tal tipo, sospendeva il giudizio per presentare rinvio pregiudiziale alla Corte europea.

La Corte, conformandosi con orientamenti già affermatasi, rilevava che le ragioni invocate dalla Danimarca nel denegare la registrazione sul proprio territorio della sede secondaria non erano sufficienti in quanto non rientranti in nessuna delle quattro condizioni che potevano giustificare una qualsivoglia limitazione all’esercizio dei diritti riconosciuti dai trattati, il cui accertamento è noto come “Gebhard test”<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Esattamente come funzionano ancor oggi questo genere di operazioni all’interno degli Stati Uniti tra i vari Stati, con la pratica delle “reverse cross-border mergers”.

<sup>213</sup> Procedimento C-212/97; Link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61997CJ0212&from=IT>. Inoltre: de Luca (2017), pgg. 105 e 106.

<sup>214</sup> Dal caso “Gebhard”; link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0055>.

Questo esame prevede, al fine di convalidare in deroga una normativa restrittiva del diritto di stabilimento, di appurare che la stessa sia applicata in modo non discriminatorio, sia giustificata da motivi di interesse pubblico e sia idonea e non eccedente rispetto al raggiungimento dello scopo che la stessa si prefigge.

La Corte non ravvisava queste scriminanti nel caso di specie: argomentava che principalmente lo scopo, ovvero la tutela dei creditori, non si sarebbe realizzato nemmeno nel caso, di certo legittimo, di una vera società inglese ivi esercitante le proprie attività che tuttavia, tramite una succursale costituita conformemente al diritto di stabilimento secondario, avesse esercitato il commercio e si fosse resa fonte di obbligazioni anche in Danimarca: i creditori in tal caso si sarebbero trovati nella stessa identica situazione rispetto a quelli della Centros. Inoltre, contrariamente a ciò che affermava la Danimarca circa l'impossibilità di vie alternative e meno gravose per tutelare i creditori<sup>215</sup>, sarebbe stata a tal fine sufficiente la semplice costituzione di garanzie patrimoniali idonee al caso concreto.

Da questa sentenza<sup>216</sup>, emergeva un concetto che si potrebbe riassumere dicendo che il fatto di approfittare delle disposizioni più favorevoli di un altro Stato membro rispetto al proprio non può costituire, di per sé, un abuso del diritto di stabilimento. Risulterebbe dunque consolidato da quel momento in avanti il principio che anche se una società svolge attività effettive solamente nello Stato dove ha esercitato il diritto di stabilimento secondario, non svolgendone al contempo nessuna in quello ove si trova la sede centrale della società, il fatto che lo scopo di tale operazione era stato quello appunto di sfruttare la libertà offerta dal Trattato, dunque di avvalersi della localizzazione fittizia in uno Stato che consentiva di usufruire di normative meno restrittive e di sostenere oneri inferiori, all'esclusivo fine di operare poi esclusivamente nel Paese di stabilimento della succursale, in cui avendo avuto la sede centrale le condizioni sarebbero state più gravose; ciò sarebbe comunque stato insufficiente a sostenere l'accusa di aver abusato del diritto di stabilimento.

---

<sup>215</sup> La Danimarca ipotizzava infatti che l'unico modo alternativo per tutelare i creditori sarebbe stato quello di far "saltare" la limitazione di responsabilità personale tipica delle società di capitali e far rispondere direttamente i soci delle obbligazioni sociali.

<sup>216</sup> Emessa il 9 marzo 1999.

## 2.3 Il caso Uberseering

In questo caso la disputa<sup>217</sup> verteva sui criteri di collegamento per la definizione della nazionalità di una società ed il conseguente rifiuto, da parte di una corte tedesca ai sensi del relativo codice di procedura civile, di riconoscere la capacità giuridica (e dunque processuale) di una società di diritto olandese che intendeva adire una causa civile per un risarcimento danni.

La Uberseering era una società di diritto appunto olandese, tuttavia dal 1994 era passata esclusivamente in mano a due soci entrambi di nazionalità tedesca; la controversia nasceva dal fatto che erano scaturiti dei vizi dall'effettuazione di delle opere di ristrutturazione (svolte da una società tedesca) di alcuni immobili di proprietà della società protagonista e siti in Germania. La corte tedesca, adita dalla Uberseering per denunciare il fatto e richiedere un risarcimento, respingeva la sua capacità processuale sull'argomentazione che, in forza del principio dell'effettività della sede<sup>218</sup>, essendo la stessa di proprietà di due persone tedesche, svolgendo in Germania attività importanti (se non la parte prevalente delle totalità di quelle esercitate) e tenendo talvolta anche le riunioni del consiglio d'amministrazione in territorio tedesco, avrebbe dovuto ricostituirsi nel Paese stesso per vedersi riconosciuta la capacità di agire e far valere le proprie pretese, in quanto la nazionalità olandese che al momento possedeva non rappresentava la realtà dei fatti. Nonostante fossero riemerse, anche tramite interventi partecipativi di altri Stati<sup>219</sup> al procedimento, numerose e persistenti criticità irrisolte in relazione alle divergenze tra le normative degli Stati, che consentivano arbitrarietà in relazione ai criteri di connessione coi territori, considerando pure l'invito indiretto dell'art. 293 CE agli Stati a pattuire il riconoscimento reciproco delle società, nonché il fatto che tali problemi erano già stati segnalati ed affrontati nelle sentenze Centros e Daily Mail, tuttavia il tema della controversia era ben più semplice. Per la Corte infatti, la Germania, pretendendo la ricostituzione presso il proprio Paese, pena la negazione della capacità processuale attiva, ad una società straniera ma comunque validamente costituita ai sensi delle norme di un altro Paese membro della Comunità europea<sup>220</sup>,

---

<sup>217</sup>Procedimento C-208/00; link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208>. Inoltre: de Luca (2017), pgg. 92-94.

<sup>218</sup> La cd. "sitztheorie", che in Germania risultava prevalente in quanto giudicata più idonea a rappresentare la realtà economica.

<sup>219</sup> Tra cui anche l'Italia.

<sup>220</sup> Che per esempio, di contro, senz'altro sarebbe potuta essere stata chiamata in causa passivamente presso la medesima Corte.

si poneva in palese contrasto con quelli che nel frattempo erano diventati gli articoli 43 e 48 del TCE<sup>221</sup>. Non servirono a nulla nemmeno i tentativi tedeschi di trovare una giustificazione al ferreo requisito della sede effettiva che consistevano nell'affermare che la propria normativa, in assenza di armonizzazioni comunitarie in tal senso, tramite questo requisito si sarebbe prefissata di garantire la tutela nei confronti delle società attive nella Repubblica Federale dei creditori<sup>222</sup>, tramite i requisiti di capitalizzazione minima, dei soci di minoranza ed infine dei lavoratori, tramite il tipico istituto della cogestione decisionale: tutti aspetti che in altri Paesi membri dichiarava non risultassero essere sufficientemente ed analogamente tutelati. La "Sitztheorie" veniva inoltre difesa come il miglior criterio di connessione per questioni di interessi fiscali nazionali. Il Governo tedesco sosteneva infatti che il metodo alternativo basato sul luogo della costituzione ai fini della determinazione della nazionalità di una società si prestasse a maggiori equivoci consentendo con più facilità la creazione di società con doppia residenza fiscale, situazione che notoriamente presentava il rischio di abusi consistenti nell'ottenimento di benefici fiscali contemporaneamente in più Stati e quindi come tali indebiti; complicazioni e controversie, o comunque altri problemi legati alla doppia imposizione.

La Corte comunitaria teneva in considerazione questi aspetti, ritenendo però in ogni caso incompatibile con i principi europei la negazione della capacità giuridica ad una società che la possedeva in un altro Stato membro: l'effetto sarebbe stato quello di vanificare totalmente la garanzia fondamentale offerta dalla libertà di stabilimento, in quanto avrebbe reso per una società di un altro Stato membro nelle condizioni della *Uberseering* impossibile persino adire un tribunale, impedendogli dunque certamente di poter operare nello Stato ospite alle stesse condizioni di una società residente. Dichiarava quindi la normativa tedesca per come si presentava ostativa all'esercizio delle libertà offerte dal Trattato, con sentenza del 5 novembre 2002.

## 2.4 Il caso *Inspire Art*

La questione<sup>223</sup> concerneva una normativa speciale Olandese che, animata dalla *ratio* di alcune direttive europee<sup>224</sup> sull'avvicinamento della disciplina delle società di

---

<sup>221</sup> Che attribuivano il diritto di stabilimento all'interno della Comunità.

<sup>222</sup> Come nel caso *Centros*.

<sup>223</sup> Procedimento C-167/01; link:

capitali negli Stati membri al fine di garantire il corretto esercizio del diritto di stabilimento, promulgava una legge riguardante le società formalmente straniere ma nella sostanza da ritenersi olandesi: la normativa “WFBV”<sup>225</sup>. Questa prevedeva in capo a tali società degli obblighi che normalmente l’Olanda non gli avrebbe potuto imporre data la loro nazionalità estera, volti ad offrire a chiunque vi ci fosse relazionato maggiori garanzie ed ad informarli circa il loro effettivo *status*.

La WFBV all’art. 1 forniva una definizione della “società formalmente straniera” descrivendola come una “società di capitali avente personalità giuridica, costituita conformemente ad un diritto diverso da quello olandese, la quale svolge la sua attività del tutto o quasi del tutto nei Paesi Bassi senza avere alcun legame effettivo con lo Stato in cui vige il diritto conformemente al quale essa è stata costituita”. Negli artt. 2-5 erano contenute le prescrizioni per dette società circa la loro iscrizione nel registro di commercio, l’indicazione della qualità di “società formalmente straniera” attribuitagli su tutti i propri documenti, il capitale minimo da mantenere e la predisposizione, realizzazione e pubblicazione di tutti i documenti annuali richiesti. L’inottemperanza di questi obblighi di *disclosure* avrebbe comportato anche delle sanzioni. Oltreché nella corrispondenza, la “qualità” di società formalmente straniera doveva risultare anche dall’iscrizione nel registro delle

---

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI%3AEU%3AC%3A2003%3A512>. Inoltre: de Luca (2017), pgg. 107-109.

<sup>224</sup> Principalmente la quarta e l’undicesima direttiva: la quarta direttiva del Consiglio 25 luglio 1978, 78/660/CEE, basata sull’art. 54, n. 3, lett. g, del Trattato e relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, si applica alle società di capitali. Essa armonizza le disposizioni nazionali relative alla stesura, al contenuto, alla struttura e alla pubblicità dei conti annuali delle imprese; l’undicesima direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/666/CEE, relativa alla pubblicità delle succursali create in uno Stato membro da taluni tipi di società soggette al diritto di un altro Stato, concerne le succursali delle società di capitali. Ai sensi del terzo e del quarto “considerando” del testo di detta direttiva si spiega che la sua adozione si era resa necessaria per il fatto che la creazione di una succursale o filiale era una delle possibilità accordate ad una società per esercitare il diritto di stabilimento, tuttavia la manifesta mancanza di coordinamento tra gli Stati membri soprattutto nel campo della pubblicità presentava il rischio che si venissero a creare delle disparità sul piano della tutela dei soci e dei terzi tra società che operavano in altri stati membri aprendo filiali e quelli che vi operavano aprendo delle succursali. Inoltre, secondo il quinto “considerando”, le divergenze tra le normative nazionali avrebbero potuto perturbare il corretto esercizio del diritto di stabilimento. A tal riguardo quindi l’art 2, n. 1, della direttiva prevedeva un elenco di menzioni che dovevano essere rese pubbliche a chiunque nello Stato membro in cui era stabilita la succursale ovvero: a) il suo indirizzo; b) l’indicazione dell’attività che svolgeva; c) il registro presso il quale era costituito il fascicolo redatto ai sensi dell’art. 3 della direttiva 68/151/CEE (contenente una serie di informazioni fondamentali circa la società, contenute all’art. 2 della stessa) e il numero di iscrizione di questa nello stesso registro; d) la denominazione, il tipo della società e la denominazione della succursale qualora queste due non fossero state coincidenti; e) la nomina, la cessazione dalle funzioni e le generalità delle persone che avevano il potere di impegnare la società nei confronti di terzi nonché di rappresentarla in giudizio; f) lo scioglimento della società, la nomina, le generalità ed i poteri dei liquidatori, nonché la chiusura della liquidazione conformemente alla pubblicità fatta presso la società; g) i documenti contabili, alle condizioni previste dall’articolo 3; h) la chiusura della succursale. Il n. 2 invece dello stesso articolo 2° consente allo Stato membro ospitante la succursale di prevedere ulteriori obblighi pubblicitari concernenti atti costitutivi e statuti, attestati di esistenza delle società e indicazioni circa garanzie eventualmente costituite su beni situati nello stesso Stato ospitante.

<sup>225</sup>“Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen”.

imprese dello Stato ospitante, insieme con una copia certificata e tradotta dell'atto costitutivo e dello statuto, nonché l'indicazione del registro delle società dello Stato d'origine e per le società uni-personali anche alcune informazioni sul socio unico. All'art. 4 si prevedeva la responsabilità solidale con la società degli amministratori per gli atti compiuti nel periodo in cui gli adempimenti pubblicitari non fossero stati compiuti. In ogni caso era fatto poi divieto di utilizzare indicazioni che avrebbero potuto, contrariamente alla realtà, far intendere che l'impresa fosse olandese. Il capitale minimo, che doveva essere certificato e sottoscritto da un revisore contabile, era pari a quello previsto per le società a responsabilità limitata<sup>226</sup>: anche in assenza di detta condizione, oppure se il capitale si fosse andato a ridurre sotto la soglia minima successivamente, era prevista la responsabilità solidale degli amministratori. Tuttavia i requisiti di capitalizzazione non si applicavano alle società di diritto di uno Stato membro della Comunità europea o dello Spazio economico europeo al quale fosse stata applicabile la seconda direttiva<sup>227</sup>. Anche la contabilità doveva essere redatta conformemente alle leggi olandesi ed essere conservata per sette anni.

L'Inspire Art veniva costituita il 28 luglio 2000, in qualità di "private company limited by shares" (società a responsabilità limitata), con sede sociale nel Regno Unito. L'amministratore, unico, era residente all'Aia (Olanda) e possedeva una procura generale ad agire e rappresentare la società. Questa operava nel settore della vendita di oggetti d'arte e disponeva di una succursale ad Amsterdam, nel cui registro era regolarmente iscritta, tuttavia senza menzione del fatto che si trattasse di una società solo formalmente straniera. A tal riguardo la camera di commercio olandese, ritenendo la menzione per l'Inspire Art obbligatoria siccome risultava svolgesse le proprie attività solo nei Paesi Bassi, la ingiungeva tramite un tribunale a provvedere in tal senso. Questa tuttavia negava di riconoscere tale *status* ed aggiungeva che se anche poi fosse stata corretta la classificazione di "società formalmente straniera" ad ogni modo la WFBV era in contrasto con gli articoli 43 e 48 CE. L'autorità competente<sup>228</sup> il 5 febbraio 2001 dichiarava la Inspire Art, ai sensi dell'art. 1 della WFBV, "società formalmente straniera", tuttavia decideva di sospendere il procedimento per presentare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia domandando se il diritto comunitario costituisse un ostacolo al fatto che i Paesi Bassi

---

<sup>226</sup> Al 1° settembre 2000: 18.000 Euro.

<sup>227</sup> La direttiva 77/91/CEE, concernente il coordinamento delle garanzie delle società di capitali per la tutela di soci e terzi e di altri aspetti relativi al capitale sociale ed alle azioni.

<sup>228</sup> Il "Kantongerecht te Amsterdam": Tribunale di Amsterdam.

assoggettassero alla WFBV una società come l'Inspire Art, costituitasi nel Regno Unito solo per poter sfruttare condizioni maggiormente vantaggiose di quelle olandesi, circostanza desumibile dal fatto che la stessa esercitasse tutte o quasi tutte le proprie attività in Olanda e senza avere un legame effettivo con lo Stato d'origine. In subordine, qualora la normativa fosse stata dichiarata in linea di principio incompatibile con il diritto comunitario, si domandava se si sarebbe potuta comunque applicare ai sensi dell'art. 46 CE<sup>229</sup>.

Nonostante la controversia concernesse esclusivamente l'obbligo per la Inspire Art di iscriversi al registro ai sensi della normativa WFBV, tale incombenza avrebbe comportato la conseguente soggezione della società agli obblighi contenuti nella normativa stessa, dunque era necessario esaminare la compatibilità di tutte le disposizioni in essa contenute con gli artt. 43, 46 e 48 CE: molti degli obblighi previsti dalla normativa olandese risultavano essere l'esatto recepimento dell'undicesima direttiva e quindi come tali erano senza dubbio compatibili con la libertà di stabilimento. Persistevano tuttavia dubbi specialmente circa la conformità del diritto comunitario con le sanzioni che la stessa norma faceva discendere dall'inadempimento delle proprie disposizioni; nonostante infatti l'art. 12 della medesima<sup>230</sup> direttiva obbligasse gli Stati membri a prevedere sanzioni appropriate per chi non avesse ottemperato agli adempimenti pubblicitari prescritti, la giurisprudenza costante in materia era concorde nel ritenere che qualora queste "sanzioni appropriate" non potessero essere desunte inequivocabilmente dalle disposizioni della direttiva, in sede di recepimento il legislatore nazionale avrebbe dovuto prevederne appunto di "appropriate", ovvero idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario. L'attenzione era rivolta particolarmente all'art. 4 n. 4 della WFBV che prevedeva la responsabilità personale e solidale degli amministratori con la società per gli atti giuridici compiuti dalla società che avesse omesso di adempiere agli obblighi pubblicitari. Il giudice comunitario concludeva che l'accertamento della compatibilità di detta previsione con il requisito "dell'adeguatezza della sanzione" e specialmente l'accertamento del fatto che questa disposizione non sanzionasse più pesantemente le società formalmente straniere rispetto a quelle nazionali, violando così il principio di parità di trattamento,

---

<sup>229</sup> Sussistendo i motivi di interesse pubblico previsti dal legislatore come causa derogatoria.

<sup>230</sup> "Undicesima".

spettasse al giudice olandese, in quanto unico soggetto competente all'interpretazione del proprio diritto nazionale.

Per contro, gli obblighi di indicazione nel registro di commercio del fatto che la società fosse “formalmente straniera”; di menzione nello stesso della data di prima iscrizione, unitamente al numero progressivo, nel registro del Paese d'origine della società; di fornire le informazioni sul socio unico nel caso di società uni-personale; di depositare l'attestazione contabile circa la conformità della situazione patrimoniale con le norme olandesi circa la capitalizzazione minima; nonché infine la menzione obbligatoria su tutti i documenti provenienti dalla società del fatto che fosse “formalmente straniera”, non rientravano tra le previsioni dell'undicesima direttiva. Dunque il giudice comunitario, ritenendo che l'armonizzazione realizzata tramite la direttiva in questione fosse esaustiva e che le sue disposizioni fossero da considerarsi di conseguenza tassative, decretava le adempienze ulteriori imposte dalla normativa olandese in contrasto con il diritto comunitario.

Occorreva a quel punto verificare se queste norme potessero costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento.

L'Olanda sosteneva la propria scelta legislativa affermando di essersi trovata nella situazione in cui sempre più società operavano principalmente od esclusivamente sul proprio territorio senza tuttavia essere soggette al diritto olandese in quanto straniere. Ciò veniva spiegato col fatto che la normativa olandese era molto liberale e propensa a riconoscere agevolmente le società costituite in un altro Stato membro, al tempo stesso però prevedeva requisiti per la costituzione delle società spesso più gravosi rispetto a quelli di altri Stati membri, al fine di garantire la posizione di tutti i soggetti che potessero avere a che fare con queste società era dunque stata promulgata la WFBV.

I Governi tedesco, italiano ed austriaco difendevano la scelta olandese sulla base del fatto che non limitasse la libertà di stabilimento, bensì esigesse semplicemente il rispetto delle stesse regole cui erano soggette le società olandesi; osservavano poi, che lo spirito degli artt. 43 e 48 CE era quello di consentire un esercizio ed uno sviluppo effettivo di attività economiche in un altro Stato, effetto che nei casi di società “fantasma” non veniva ad esistenza. Tantoché si riteneva che in una situazione come quella dell'Inspire Art non si sarebbe dovuto nemmeno considerare il fenomeno come esercizio della libertà di stabilimento a titolo secondario, bensì come in presenza di una società stabilita a titolo primario in Olanda.

Nella sostanza, i sostenitori di queste tesi reputavano la WFBV un valido strumento per combattere situazioni di palese abuso della libertà di stabilimento, in quanto il fatto di costituire una società in un Paese per poi operare solo ed esclusivamente altrove non poteva che essere un comportamento animato esclusivamente dall'intento di eludere le norme disciplinanti la costituzione ed il funzionamento delle società previste nel secondo Paese, ove si intendeva operare. Tuttavia la giurisprudenza consolidatasi a partire dai casi "Segers" e "Centros" si era assestata in senso diametralmente opposto a queste argomentazioni e proprio in base al principio che da una circostanza come quella descritta non poteva essere automaticamente desunto l'abuso della libertà di stabilimento al fine di sottrarsi fraudolentemente alle norme dello Stato nel quale si desiderava operare.

La Corte riteneva le norme olandesi idonee a limitare e rendere ad ogni modo più difficoltoso nonché oneroso l'esercizio del diritto di stabilimento secondario e dichiarava di conseguenza che gli artt. 43 e 48 CE ostavano all'adozione di una normativa nazionale come la WFBV.

Circa le giustificazioni addotte dall'Olanda in sostegno delle proprie scelte normative, la Corte osservava che in ogni caso i creditori non sarebbero potuti essere stati tratti in inganno circa la nazionalità della società, siccome già dalla ragione sociale era possibile dedurre l'origine inglese della stessa. Per quanto riguardava poi le garanzie patrimoniali, il tema era già stato trattato più volte in altri casi: al contraente non convinto delle garanzie che potevano essergli offerte da una società di diritto inglese nulla avrebbe impedito di richiedere ulteriori garanzie reali oppure direttamente di rinunciare a trattare con la società stessa. Oltretutto, a parità di tutte le altre condizioni della fattispecie, nell'ipotetica circostanza che l'Ispire Art avesse svolto effettivamente talune attività anche nel Regno Unito, non essendo così soggetta alle norme della WFBV, la sorte dei creditori contraenti in Olanda sarebbe stata identica.

Quanto alla responsabilità dell'amministrazione nel caso di violazione delle norme della WFBV, non erano previste in casi equivalenti analoghe responsabilità in capo ad amministratori di società olandesi, la disposizione dunque era palesemente discriminatoria.

La Corte pronunciava la sentenza il 30 settembre 2003.

## 2.5 Il caso Cadbury-Schweppes: uno strumento per combattere l'abuso del diritto

Sollezata<sup>231</sup> nell'ambito della controversia tra le società Cadbury Schweppes Plc. insieme con Cadbury Schweppes Overseas Ltd. ed i Commissioners of Inland Revenue<sup>232</sup>, avente ad oggetto la tassazione di alcuni utili conseguiti nel 1996 da una controllata di diritto irlandese delle sovra citate società: la Cadbury Schweppes Treasury International.

Per la legge tributaria britannica una società residente nel Regno Unito era ivi soggetta a tassazione sul proprio fatturato mondiale, vale a dire inclusivo dei redditi prodotti all'estero tramite succursali od agenzie. Di contro, in linea di principio una controllante residente non era tassata per gli utili prodotti dalle controllate al momento della loro realizzazione, né lo era per i dividendi distribuiti da una sua controllata stabilita nel Regno Unito. I dividendi invece distribuiti alla società madre residente britannica da una controllata estera erano tassati, con la previsione di un credito d'imposta a concorrenza dell'importo dovuto dalla controllante all'erario estero al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione.

La norma che imponeva tali principi, ovvero quella sulle "società controllate estere"<sup>233</sup>, conteneva un'eccezione alla regola secondo cui una società residente non era tassata per gli utili di una sua controllata al momento della loro realizzazione: la normativa si individuava negli articoli 747-756 e negli allegati 24-26 della legge sull'imposta sui redditi e sulle società<sup>234</sup> ed all'epoca dei fatti prevedeva che gli utili di una SEC di cui la società nazionale fosse stata proprietaria per più del 50% erano attribuiti in deroga alla società nazionale con il riconoscimento di un credito d'imposta per la parte di tasse assolte nel Paese d'origine. Questa "attrazione ad imposizione" avveniva tuttavia solo se la SEC era stabilita in un Paese a "fiscalità ridotta" rispetto al Regno Unito e ridotta significava che l'imposta pagata dalla SEC sui propri utili era inferiore ai  $\frac{3}{4}$  dell'importo che sarebbe stato dovuto in Inghilterra. Qualora poi la SEC avesse osservato una politica distributiva, ovvero che gran parte dei suoi utili<sup>235</sup> fossero stati distribuiti e tassati presso una società residente entro 18

---

<sup>231</sup> Procedimento C-196/04; Link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0196&from=EN>.

<sup>232</sup> Dissolto nel 2005 era un dipartimento del Governo britannico per la riscossione delle imposte, sostituito dalla H.M. Revenue & Customs.

<sup>233</sup> Che chiamerò in seguito per semplicità "SEC".

<sup>234</sup> Income and Corporation Taxes Act 1988.

<sup>235</sup> Per esempio secondo la normativa vigente nel 1996 il 90%.

mesi, o fosse stata impegnata in “attività esenti”, o avesse soddisfatto la “condizione della quotazione pubblica”<sup>236</sup>, o, come condizione finale *de minimis*, che i suddetti utili imponibili fossero stati inferiori a 50.000 sterline, la tassazione in Inghilterra degli utili della controllata estera sarebbe stata esclusa. Ciò avveniva nondimeno qualora venisse soddisfatto il “motive test”, che si componeva di due condizioni da soddisfarsi cumulativamente:

-che, se le operazioni avessero condotto ad una riduzione dell’onere fiscale in Regno Unito rispetto alla situazione che si sarebbe osservata in assenza di dette operazioni, si sarebbe dovuto dimostrare che detta riduzione non costituiva uno dei principali scopi delle transazioni;

-che non si fosse verificata una distrazione di utili, presunta qualora ipotizzando l’inesistenza della SEC gli introiti sarebbero stati direttamente percepiti da un residente nel Regno Unito e conseguentemente tassati.

Cadbury Schweppes Plc. era la società madre (residente nel Regno Unito) del gruppo, costituito da molteplici società stabilite oltre che nella stessa Gran Bretagna anche in altri Paesi europei e non europei. Quelle che interessavano la causa erano due società di diritto irlandese, la Cadbury Schweppes Treasury Services e la Cadbury Schweppes Treasury International, controllate dalla casa madre indirettamente attraverso la sub-holding Cadbury Schweppes Overseas Ltd.

Queste due società, la cui attività principale era rappresentata dalla raccolta di fondi per le società del gruppo, erano soggette ad un’aliquota d’imposta del 10%<sup>237</sup>. Cadbury Schweppes Treasury International era a sua volta controllata dalla Cadbury Schweppes Treasury Services e risultava palese alla Corte britannica l’intento elusivo: l’IFSC<sup>238</sup> di Dublino gli consentiva chiari vantaggi fiscali, gli utili di dette società, infatti, scontavano un “livello inferiore di tassazione” ai sensi della norma “SEC” e non sussisteva alcuna delle condizioni previste per l’esenzione dal regime restrittivo.

Da ciò il 18 agosto 2000 le autorità della Inland Revenue chiedevano alla Cadbury Schweppes Overseas, la sub-holding inglese, quasi nove milioni di sterline di imposte non corrisposte per gli utili realizzati dalla Cadbury Schweppes Treasury

---

<sup>236</sup> Oppure comunque almeno il 35% dei diritti di voto fossero stati negoziati in mercati regolamentati e riconosciuti.

<sup>237</sup> La struttura, secondo i giudici inglesi, era andata a sostituirla una precedente che comprendeva anche una società registrata a Jersey, la modifica si era presentata necessaria per ovviare dei problemi tributari di degli azionisti preferenziali canadesi della Cadbury Schweppes, evitare di ottenere l’autorizzazione a elargire prestiti verso l’estero previsto dalle norme inglesi e ridurre le trattenute alla fonte sui dividendi versati nel gruppo avvalendosi della direttiva madri-figlie (90/435/CEE).

<sup>238</sup> “International Financial Services Centre”.

International nell'esercizio del 1996<sup>239</sup>. Il 21 agosto stesso la società madre Cadbury Schweppes e la sua sub-holding Cadbury Schweppes Overseas impugnavano l'avviso d'imposta dinanzi agli Special Commissioners of Income Tax di Londra, sulla motivazione che la normativa SEC fosse contraria agli artt. 43, 49 e 56 del TCE. Il giudice doveva quindi verificare se detta legislazione attuasse una restrizione all'esercizio delle libertà concesse dal Trattato o se comunque fosse stata discriminatoria, infine se la capogruppo avesse abusato delle stesse libertà. Circa il profilo ipoteticamente discriminatorio era da accertare, tramite un confronto prognostico, se la normativa SEC ponesse le società controllate estere in una posizione di svantaggio rispetto alla situazione in cui queste si sarebbero trovate essendo residenti nel Regno Unito: sotto il profilo della quantificazione delle perdite di un gruppo infatti ai sensi di detta normativa non era ammessa la compensazione di attività e passività tra due o più società estere del medesimo gruppo per determinare la base imponibile, al contrario di quanto avveniva per quelle residenti. Anche se poi fosse stata restrittiva delle libertà riconosciute dal trattato e discriminatoria, magari la normativa SEC sarebbe potuta essere stata giustificata dai propri scopi anti-elusivi, certamente di interesse pubblico.

Per queste ragioni le autorità londinesi decidevano di sospendere il relativo procedimento per sollevare questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea, volta a appurare se gli artt. 43, 49 e 56 ostassero ad una normativa tributaria nazionale come quella descritta<sup>240</sup>.

Prima cosa da fare era verificare se il fatto di costituire e finanziare, da parte di una società residente, una società in uno Stato membro a tassazione inferiore, per il solo fatto di beneficiare di tale più favorevole trattamento, costituisse *ex se* un abuso della libertà di stabilimento. La soluzione non era del tutto ovvia considerando i principi già emersi in sede giurisprudenziale in varie cause: se da un lato infatti, si censurava la condotta di chi, sfruttando le possibilità offerte dal Trattato, si sottraeva abusivamente agli obblighi imposti dal proprio Paese<sup>241</sup>; dall'altro lato si riteneva di

---

<sup>239</sup> Al contempo la Cadbury Schweppes Treasury Services aveva invece subito perdite.

<sup>240</sup> Nell'affrontare la questione poi i giudici europei ritenevano che anche l'art 48 del medesimo trattato, il quale nel porre alcune condizioni per l'attuazione sostanziale della libertà di stabilimento assimilava ai cittadini comunitari di cui all'art 43 le società costituite conformemente alla legislazione di uno stato membro aventi la sede sociale, oppure l'amministrazione centrale, oppure lo stabilimento principale all'interno della Comunità Europea, fosse da tenere in considerazione. In tal senso infatti le norme del SEC, condizionando la libertà di un cittadino di detenere partecipazioni in una società estera tali da consentirgli un'influenza dominante sulla stessa, rientravano nell'ambito applicativo materiale del Trattato.

<sup>241</sup> Come per esempio nel caso Centros.

non poter privare un cittadino comunitario (che fosse persona fisica o giuridica) delle libertà offerte dal Trattato solo perché intendeva profittare dei vantaggi fiscali che gli avesse offerto uno Stato membro diverso dal proprio: stabilire una società in uno Stato membro per usufruire di una legislazione più vantaggiosa che altrove non poteva infatti considerarsi di per sé un abuso della libertà di stabilimento<sup>242</sup>.

La giurisprudenza che in quel momento era consolidata riteneva che se da un lato il potere legislativo in materia di imposte dirette era esclusivamente in mano ai singoli Stati membri, le norme che ne scaturivano non potevano tuttavia porsi in contrasto con i principi comunitari, così come in ogni altro ambito diverso da quello tributario. Appariva immediatamente chiaro che la normativa SEC attuasse una discriminazione idonea ad ostacolare il pieno esercizio della libertà di stabilimento riconosciuta dall'art 43 del Trattato, in quanto differenziava gli effetti materiali dell'esercizio della libertà stessa a seconda dello Stato membro designato per lo stabilimento. Tale restrizione, che nel caso di specie si sostanziava in una discriminazione, per giurisprudenza costante poteva essere giustificata solo da imperative ragioni di interesse generale ed in ogni caso non eccedere quanto necessario per raggiungere lo scopo che la stessa si prefiggeva: il governo del Regno Unito difendeva la propria scelta normativa argomentando che mirasse a combattere noti fenomeni di trasferimento fittizio di utili in Stati a fiscalità ridotta a detrimento del proprio erario<sup>243</sup>. L'esigenza in questione però, non rientrava né tra gli obiettivi enunciati all'art 46 n.1 CE, né tra i motivi suscettibili di essere considerati imperativi e di interesse generale e quindi atti a giustificare una normativa in deroga e restrittiva della libertà di stabilimento; inoltre era principio assodato che il fatto per una capogruppo di aver costituito una società controllata in un Paese terzo per usufruire di agevolazioni fiscali non consentiva allo Stato avente giurisdizione sulla capogruppo di "rifarsi" sulla stessa riservandole un trattamento peggiore rispetto, per esempio, ad una società che fosse stata operante solo ed esclusivamente nel dato Stato. Ancora, per la Corte, il semplice fatto di aver costituito uno stabilimento secondario tramite una controllata all'estero non poteva configurare a priori una presunzione di frode fiscale<sup>244</sup>; sarebbe stata ammissibile però una misura restrittiva della libertà di stabilimento volta a combattere costruzioni di puro artificio contraddistinte dall'esclusivo scopo di eludere la normativa dello Stato interessato.

---

<sup>242</sup> Come emerso dai casi Centros ed Inspire Art.

<sup>243</sup> Svezia, Danimarca, Portogallo, Francia, Finlandia e Germania erano concordi con queste vedute.

<sup>244</sup> Commissione vs Belgio e Commissione vs Francia.

Occorreva dunque vagliare se il comportamento del soggetto imponibile fosse stato conforme allo scopo della libertà di stabilimento, ovvero quello di permettere ad un cittadino di un dato Paese di costituire entità economiche distinte al fine di operare in un altro Paese rispetto al proprio liberamente e con l'effetto di favorire l'interpenetrazione economica e sociale all'interno del territorio comunitario. Per fare ciò sarebbe dovuto essere stato necessario quindi lo svolgimento effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata nello Stato scelto per insediarsi, il Trattato intende infatti consentire ad un cittadino comunitario di partecipare in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno Stato membro diverso dal proprio<sup>245</sup>. Di conseguenza una misura che avesse ristretto tale libertà sarebbe risultata giustificata qualora avesse avuto lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e volte semplicemente a sottrarsi alle obbligazioni tributarie del proprio Stato d'origine, senza realizzare al contempo alcuno degli scopi comunitari.

Alla luce di tali considerazioni la scelta legislativa del Regno Unito appariva dunque ai giudici della Corte di giustizia delle Comunità europee fatta proprio al fine combattere costruzioni di puro artificio, specialmente alla luce delle ampie eccezioni all'applicazione del regime restrittivo, che consentivano di esserne esentati quando era chiaro che il proprio intento principale non era quello elusivo. La constatazione della pura artificialità della struttura societaria doveva basarsi su elementi oggettivi e verificabili, segnatamente il livello di presenza fisica della SEC all'estero in termini di personale, locali e beni strumentali e spettava chiaramente ai giudici inglesi del rinvio. La Corte dunque, con sentenza emessa il 12 settembre 2006, non ravvisava un'incompatibilità tra la normativa SEC e la libertà di stabilimento.

## 2.6 Il caso Polbud

La controversia<sup>246</sup> concerneva la Polbud, società a responsabilità limitata polacca. Questa nel 2011 statuiva con delibera dell'assemblea straordinaria dei soci di trasferire la sede legale in Lussemburgo, il 28 maggio 2013 tale delibera diveniva

---

<sup>245</sup> Gebhard test.

<sup>246</sup> Procedimento C-106/16. Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0106>.

efficace: la Polbud veniva iscritta in Lussemburgo<sup>247</sup> ed a tal riguardo pochi giorni dopo veniva depositata presso il giudice del registro delle imprese polacco istanza di cancellazione dallo stesso. Tale adempimento veniva tuttavia negato sulla base del fatto che la società non aveva presentato i documenti richiesti dalla legge per ottenere la cancellazione, ovvero la delibera dell'assemblea con indicazione del custode dei libri e documenti sociali dell'impresa disciolta, gli ultimi bilanci, compreso quello finale di liquidazione sottoscritto dal liquidatore e la relativa delibera finale dei soci d'approvazione delle operazioni di liquidazione. La Polbud rifiutava di fornire questi documenti sulla base del fatto che semplicemente non esistevano, ciò siccome la società non si era sciolta e dunque gli attivi non erano stati ripartiti tra i soci, bensì continuava ad esistere essendosi soltanto trasferita in un altro Paese. Dunque dapprima il giudice del registro delle imprese, poi il giudice circondariale e poi quello regionale negavano la cancellazione dal registro; la società dunque, con ulteriore ricorso, adiva la “Sad Najwyższy”<sup>248</sup> dinanzi alla quale faceva valere nuovamente le proprie ragioni. La Corte Suprema polacca decideva di sospendere il procedimento per sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione circa la compatibilità degli articoli 49 e 54 del TFUE con il requisito della previa liquidazione di una società che avesse fatto istanza di cancellazione dal registro delle imprese conseguentemente ad un'operazione di ricostituzione con continuazione della personalità giuridica originaria in un altro Stato membro. Domandava in subordine, nell'eventualità che ciò fosse giudicato in linea di principio incompatibile con il Trattato, se pur tuttavia potesse essere giustificato dall'interesse pubblico, dichiarato dalla Polonia meritevole di tutela, di garantire sufficientemente le posizioni di creditori, soci di minoranza e lavoratori della società migrante. Inoltre domandava se fosse rientrata nelle ipotesi di restrizione della libertà di stabilimento la situazione in cui una società, volendosi trasformare in società di un altro Stato ivi trasferendovi la propria sede sociale, avesse al contempo trattenuto la sede dello stabilimento principale nello Stato d'origine<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> Dove muta la denominazione originaria per assumere quella di “Consoil Geotechnik”.

<sup>248</sup> Ovvero la Corte Suprema polacca.

<sup>249</sup> Questo terzo ed ultimo aspetto veniva immediatamente smentito dai rappresentanti in giudizio della Polbud, i quali affermavano che l'intenzione fosse quella di trasferire in Lussemburgo sia la sede legale che quella effettiva, tuttavia la Corte Europea respingeva detta obiezione sulla base della giurisprudenza consolidata intorno all'applicazione dell'art. 267 del TFUE disciplinate appunto i rinvii pregiudiziali sulla base della procedura di cooperazione diretta tra la Corte e i giudici degli Stati membri. Questa prevede una netta separazione di poteri tra i due tipi di giudici: spetta infatti solo ed esclusivamente al giudice nazionale valutare i fatti di causa. Dunque visto che la qualificazione dei fatti era stata fatta in quel modo ad opera dei giudici della Suprema Corte polacca, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea dichiarava che

Veniva dunque trattata per prima proprio l'ultima questione, ovvero quella se il Trattato offrisse la possibilità di trasferire la sede legale mutando la nazionalità della società pur continuando ad avere il centro principale dei propri affari nello Stato originario. La Corte, riprendendo a grandi linee i principi espressi nel caso "Centros", affermava che tale eventualità rientrasse nella sfera di applicazione degli articoli 49 e 54 del Trattato: la mera convenienza a stabilire la sede legale in un dato Stato non poteva ritenersi sufficiente a dimostrare un abuso del diritto. I criteri di collegamento che determinavano il diritto nazionale applicabile, eterogenei tra loro, erano esclusivo appannaggio dei singoli Stati: dunque se il Lussemburgo, nel caso di specie, accettava, *rebus sic stantibus*, l'iscrizione della società nel proprio registro, la questione era risolta.

Riguardo la previa necessaria liquidazione per ottenere la cancellazione, la Corte ricordava innanzitutto che per giurisprudenza consolidata l'art. 49 TFUE, nell'imporre la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento, andasse interpretato nel senso che ogni provvedimento che avesse vietato, ostacolato o reso anche meno conveniente l'esercizio di tale libertà sarebbe dovuto essere stato considerato illegittimo. Dall'analisi delle norme polacche applicabili al caso, ovvero la legge sul diritto internazionale privato all'art. 19 1° paragrafo e gli articoli 270 e 272 del codice delle società commerciali, la Corte ricavava che da un lato la legislazione polacca consentiva, tramite la prima norma citata, che una società nazionale proseguisse nella propria personalità giuridica cambiando nazionalità, dall'altro invece, come già accennato, le norme societarie avrebbero ricollegato alla delibera dei soci relativa al trasferimento della sede all'estero il necessario scioglimento della società all'esito della procedura di liquidazione; si sarebbe ricavato inoltre dall'articolo 288 del medesimo codice che senza liquidazione non sarebbe stato possibile ottenere la cancellazione dal registro delle imprese.

Senza ulteriori passaggi la Corte dichiarava dunque la normativa nazionale polacca idonea ad ostacolare, se non addirittura ad impedire, una trasformazione transfrontaliera e dunque fortemente limitativa della libertà di stabilimento. In relazione ai motivi di interesse pubblico adottati a giustificazione di tale limitazione, ovvero la tutela dei creditori, degli azionisti di minoranza e dei lavoratori, la misura appariva sproporzionata, essendosi già consolidato l'orientamento che riterrebbe a tal

---

avrebbe risposto sulla base della questione per come era stata puntualmente formulata dagli stessi, la fondatezza o meno dei fatti materiali sottostanti sarebbe poi stata affrontata in sede nazionale.

fine sufficiente un'adeguata pubblicità e l'eventuale costituzione di idonee garanzie. Circa il generico intento di lotta alle frodi, la Corte aveva già affermato nello stesso procedimento, sempre sulla base di una giurisprudenza costante, che un'operazione come quella in esame non avrebbe comunque potuto fondare una presunzione generale di abuso del diritto.

### 3. Il diritto europeo della concorrenza: gli aiuti di Stato

#### 3.1 Il diritto della concorrenza: cenni introduttivi

Nell'Unione europea l'unico strumento giuridico idoneo a fronteggiare il problema della pianificazione fiscale aggressiva, ma specialmente della concorrenza sleale posta in essere dagli Stati che la consentono, è rappresentato dal diritto della concorrenza comunitario. È uno strumento giuridico molto particolare, unico nel suo genere, nato, come vedremo, ad opera di un adattamento rispetto ad una disciplina preesistente e rientrante nel *corpus* delle norme riferibili al diritto europeo della concorrenza contenute nel Trattato.

Per garantire un corretto stimolo alla performance economica comunitaria ed assicurare un sufficiente livello qualitativo di prodotti e servizi offerti dalle imprese europee, in un'ottica di mercato aperto e integrato, che è il primo e storico obiettivo che si prefigurò la Comunità europea, si rese infatti fin da principio necessario instaurare delle “regole del gioco” al fine di evitare che le imprese, tramite operazioni come concentrazioni, abusi di potere dominante, intese o cartelli, pratiche sleali, si ritrovassero capaci di ostacolare, impedire o falsare il processo dinamico e virtuoso di rivalità tra gli operatori proprio del libero mercato. Tuttavia (ed in questo si riscontra la particolarità del diritto della concorrenza europeo), non solo le imprese ma anche gli Stati venivano ritenuti potenziali artefici di tali deviazioni rispetto agli equilibri di mercato, in considerazione della possibilità che questi sovvenzionassero arbitrariamente talune imprese con le risorse pubbliche, ponendole in una situazione di vantaggio rispetto ad altre.

Le origini del concetto della tutela dei meccanismi di libero mercato sono antichissime, si riscontrano addirittura nell'epoca romana<sup>250</sup>: sotto l'imperatore

---

<sup>250</sup> Sebbene è possibile rinvenire “normative” sulla materia anche ancor più risalenti, nelle civiltà sumera, fenicia, egizia e greca.

Augusto, nel 18 a.c., venne varata la “lex Iulia de annonae”, volta a punire coloro i quali avessero volontariamente bloccato le merci per un dato periodo di tempo al fine di farne artificialmente aumentare la domanda per poterne così ricavare un profitto maggiore. Nella fase successiva e discendente dell’impero, caratterizzata da una frequente penuria di derrate alimentari, l’imperatore Diocleziano, nel 301 d.c., prevede per questi comportamenti addirittura la pena di morte.

Si può poi citare, a titolo d’esempio, lo “Statute of Monopolies” inglese del 1623 e la giurisprudenza britannica al riguardo consolidatasi nell’arco dei secoli, univocamente decisa a punire ogni forma di accordo di fissazione dei prezzi<sup>251</sup>.

Arrivando alle legislazioni moderne, gli Stati Uniti, con lo Sherman Act del 1890, furono i precursori del diritto antitrust. Nacque come risposta ad un’economia che in quegli anni viveva un periodo di fortissima espansione, specialmente con l’affermarsi delle grandi industrie e delle grandi società di trasporti, marittime e ferroviarie; questa rivoluzione economica comportò ingentissimi investimenti da parte degli imprenditori fino a poco prima inimmaginabili. L’affermarsi delle economie di scala, la produzione in serie e dunque un generale ampliamento dell’offerta sia qualitativa che quantitativa ebbero poi come effetto una generale spinta al ribasso dei prezzi e dunque l’innescarsi di frequenti guerre commerciali. Lo “Sherman Act”, approvato a livello federale, nacque quindi come strumento per cercare di “mettere un po’ di ordine” a questa inedita situazione. Si divide in due parti, la prima vieta accordi, pratiche, trust ed ogni altro strumento di restrizione del commercio; la seconda vieta i tentativi di monopolizzazione del mercato.

Da un punto di vista storico, è molto facile notare come siano proprio i Paesi di tradizione più liberale e quindi normalmente anche deregolamentati (soprattutto in ambito economico) ad aver invece per primi adottato strumenti di regolamentazione della concorrenza per assicurare il corretto funzionamento del libero mercato<sup>252</sup>. L’Italia fu l’ultimo Paese appartenente alla allora Comunità europea a dotarsi di uno strumento giuridico di tutela della concorrenza, quasi costretta dal processo di liberalizzazione promosso dalla Comunità e dal mutato contesto economico mondiale, che si apriva sempre più alla globalizzazione e quindi a una situazione di

---

<sup>251</sup> Come ci dimostra un tratto di questa sentenza: “*at what rate so ever the price was fixed, high or low, made no difference, for all such agreements were of bad consequence, and ought to be discontinued*” (tradotto: “A qualsiasi livello venga fissato un prezzo, che sia maggiore o minore rispetto al suo valore di mercato, non fa differenza, ogni genere di accordo di questa natura produce conseguenze negative ed è assolutamente da evitare”). *King v. Norris*, 2 Kenyon 300, 96 Eng. Rep. 1189, K.B. anno 1758.

<sup>252</sup> Esatto opposto modello pianificatorio di fissazione dei prezzi e delle produzioni tipici delle economie socialiste.

inevitabile e continuo confronto con imprese e sistemi di altri Paesi. Fu così che predispose ed approvò molto rapidamente la Legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”. Molto opportunamente il legislatore scelse in sede di redazione delle disposizioni di riprodurre in modo sostanzialmente pedissequo le norme sulla concorrenza contenute nel Trattato di Roma e nel neonato Reg. (CEE) n. 4064/89 in tema di concentrazioni, inoltre, il comma 4° dell’art. 1 della Legge 287/1990 stabiliva che tutte le norme contenute nel relativo testo sarebbero dovute essere state interpretate in base ai principi dell’ordinamento della Comunità europea in materia di disciplina della concorrenza. Dico molto opportunamente in considerazione della stretta interrelazione tra i due *corpus* normativi, siccome oggi, in forza dell’art. 5 del Reg. (CE) n. 1/2003, l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>253</sup>, è direttamente investita della competenza ad applicare anche il diritto antitrust europeo, con poteri analoghi alla Commissione europea, anche per i casi di sua competenza a livello nazionale<sup>254,255</sup>.

Per garantire l’efficace tutela della concorrenza a livello europeo, oltre alla maggior parte delle disposizioni volte a regolare i comportamenti che le singole imprese devono tenere, e che in questa sede non interessa approfondire, si rese necessario, come accennato, prevedere in parallelo delle obbligazioni nei confronti degli Stati membri per evitare che non solo le imprese ma anche questi ultimi potessero falsare il libero gioco concorrenziale. Ciò in considerazione del fatto che in molti casi gli Stati erano storicamente inclini ad interventi diretti e massicci nell’economia con l’impiego di risorse pubbliche. Finanziando un’impresa ovviamente infatti, la si pone in una posizione di vantaggio rispetto ad altre che non sono state aiutate, oltre a violare il principio di imparzialità cui i pubblici poteri si dovrebbero sempre attenere dunque, si falsa anche la concorrenza. Possono essere ancor più gravi gli effetti dei cosiddetti “salvataggi di Stato”: la mancata fuoriuscita dal mercato di un’impresa inefficiente o mal gestita, attuata artificialmente e peraltro con i “soldi dei contribuenti”, è molto dannosa per l’economia di libero mercato, ciò che non funziona dovrebbe infatti lasciare lo spazio a ciò che funziona. La discriminazione poi in tal caso sarebbe ancor più pesante siccome purtroppo, specie in questi tempi, di imprese quotidianamente ne falliscono molte.

---

<sup>253</sup> Come tutte le equivalenti Autorità degli altri Stati membri.

<sup>254</sup> Infatti, stante la totale apertura del mercato europeo, quasi ogni genere di condotta di un’impresa nazionale potrebbe potenzialmente spiegare effetti nel mercato unico: lo spazio riservato all’applicazione del solo diritto nazionale è dunque oggi molto ristretto e di scarsissima rilevanza economica.

<sup>255</sup> Olivieri e Ghezzi (2019).

Altro discorso, sebbene collegato, è poi quello del fenomeno dello “Stato imprenditore”<sup>256</sup>, che, sebbene è ad oggi in declino in considerazione della sua responsabilità primaria nel dissesto dei conti pubblici (specialmente italiani), nonché del generale processo di liberalizzazione europeo, in Paesi come per esempio Francia ed Italia è ancora molto presente, e si giustifica prevalentemente con lo scopo di garantire con la fiscalità generale l’erogazione di beni e servizi che un operatore agente con spirito economico, e quindi con un obiettivo di profitto o comunque di equilibrio finanziario, non potrebbe assicurare. L’Unione non mette in discussione tali scelte discrezionali, si limita a porre la disciplina del divieto di aiuti di Stato, unica nel suo genere rispetto alle discipline antitrust mondiali in quanto ha come destinatari anche degli Stati sovrani: l’art. 107 par. 1 del TFUE, già art. 87 del TCE a tal proposito recita:

*Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.*

Con la locuzione “sotto qualsiasi forma” si intende coprire col divieto anche i casi in cui il “foraggiamento” dell’impresa venga attuato indirettamente<sup>257</sup>, per esempio concedendo agevolazioni fiscali, quindi rinunciando ad un gettito in entrata che altrimenti perverrebbe. Come già spiegato poi riguardo il riparto di competenze tra diritto interno e comunitario, l’inciso “nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri” è da considerarsi, nell’ottica di un mercato unico, in modo estensivo. Con il termine “talune” infine, si specifica che l’aiuto è da considerarsi illegale dal momento che è selettivo, ovvero rivolto a specifici soggetti. A tal riguardo, in funzione del carattere della “generalità” che contraddistingue tipicamente le norme, esse sono state prese a parametro per dedurre se un trattamento può considerarsi “speciale” o “normale”.

Al 2° paragrafo del medesimo articolo sono poi previsti alcuni casi in cui gli aiuti vengono presunti perfettamente compatibili col mercato unico<sup>258</sup>, mentre al 3°

---

<sup>256</sup> Ovvero dello Stato che direttamente detiene e gestisce attività economiche o comunque ne possiede partecipazioni.

<sup>257</sup> Questa interpretazione è tuttavia valida oggi, ma non originariamente.

<sup>258</sup> Ovvero quando: a) *gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;*

b) *gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;*

c) *gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale*

paragrafo si prevedono i casi in cui vi potrebbe essere compatibilità col mercato unico<sup>259</sup>.

Proprio ai sensi della base giuridica offerta dal 2° paragrafo dell'art. 107, nello specifico dalla lettera “b”, in questi ultimissimi tempi è stato possibile per la Commissione avallare le innumerevoli misure straordinarie di supporto ad interi settori economici, poste in essere dagli Stati membri in considerazione degli effetti negativi da questi subiti a causa delle misure di contenimento del Covid-19<sup>260</sup>. Per ciò che più ci interessa come cittadini italiani, a fine esemplificativo, il “Decreto Rilancio”, ovvero il decreto legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con Legge 17 luglio 2020, n. 77, rubricato “Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”, prevede misure come sovvenzioni dirette, garanzie dello Stato sui prestiti, prestiti a tassi agevolati, esenzioni fiscali, crediti d'imposta e sovvenzioni per i lavoratori, per un totale di 7,6 miliardi di euro. L'Italia ha dunque prontamente notificato alla Commissione quattro regimi di aiuti differenti, raggruppati per categorie ed il 26 giugno, come si può evincere dal comunicato stampa dell'autorità comunitaria IP/20/1210<sup>261</sup>, questa ha avallato i regimi speciali proposti.

È dunque tramite queste disposizioni che la Commissione europea sta tentando di arginare la pratica attuata da determinati Stati membri di attrarre società e capitali a sé concedendo trattamenti fiscali enormemente vantaggiosi, specialmente a multinazionali di dimensioni gigantesche, alle quali sovente consentono, “chiudendo un occhio”, di ridurre il proprio contributo fiscale (globale) tramite le più svariate e complicate “architettazioni”.

Analizziamo dunque i principali procedimenti recenti sul tema.

---

*divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.*

<sup>259</sup> Ovvero quando: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune;

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

<sup>260</sup> Rafforzato dal “Quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato a sostegno dell'economia nel contesto dell'emergenza epidemiologica da COVID-19”, approvato dalla Commissione europea il 19 marzo 2020 e poi successivamente modificato il 3 aprile e l'8 maggio.

<sup>261</sup> [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP\\_20\\_1210](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_20_1210).

## 3.2 Il caso Apple

Il primo atto di questa vicenda<sup>262</sup> risale al 12 giugno del 2013, in tale data la Commissione inviava alle autorità irlandesi una richiesta di fornire informazioni riguardo la propria prassi di concludere *ruling* fiscali con residenti irlandesi o con stabili organizzazioni straniere. In particolare chiedeva informazioni su eventuali *ruling* concessi dall'Irlanda ad Apple Operations International, Apple Sales International (di seguito ASI) e Apple Operations Europe (di seguito AOE), nonché ad altre società di diritto irlandese tramite le quali la casa madre Apple Inc. operava in tutto il mondo eccezion fatta per le Americhe<sup>263</sup>.

L'indagine riguardava due *ruling* fiscali emanati dal fisco irlandese il 29 gennaio 1991 e il 23 maggio 2007 in favore di ASI e AOE. Questi avallavano i metodi pianificati dalle stesse società per assegnare gli utili alle proprie filiali irlandesi, consentendogli di determinare sostanzialmente in autonomia la propria base per la rispettiva imposta annuale sulle società dovuta all'erario irlandese. Il *ruling* del 2007 aveva sostituito il precedente del 1991 ed era rimasto in vigore fino all'esercizio 2014 in quanto a gennaio del 2015 Apple aveva modificato la propria struttura societaria in conseguenza di dei mutamenti nella legislazione fiscale irlandese.

Emergeva innanzitutto che sostanzialmente tutto l'utile non distribuito da reinvestire al di fuori degli Stati Uniti di Apple era generato dalle controllate di diritto irlandese, queste si dividevano in due tipi: alcune anche fiscalmente residenti in Irlanda, altre no. Apple Distribution International per esempio, società incaricata da ASI a garantire la distribuzione dei prodotti Apple in tutto il mondo eccetto le Americhe, aveva residenza fiscale in Irlanda e ivi dipendenti. AOE si occupava di tutto ciò che concerneva l'approvvigionamento di macchine ed utensili per i produttori dei dispositivi Apple ed era anch'essa fiscalmente residente in Irlanda. ASI si occupava delle vendite locali ed era anch'essa fiscalmente residente in Irlanda. Le altre, delle quali nessuna era residente sull'isola, erano interamente controllate da Apple Operations International, che a sua volta era controllata da Apple Inc., la casa madre. Com'era possibile che talune di queste società, nonostante fossero di diritto irlandese, non erano tuttavia nello stesso fiscalmente residenti? Accadeva in virtù di una clausola dal Tax consolidation Act del 1997 (di seguito, TCA), contenuta nella

---

<sup>262</sup> Conclusasi con Decisione (UE) 2017/1283, del 30 agosto 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.38373; link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2017:187:FULL&from=EN>.

<sup>263</sup> Mercato corrispondente con America del Nord, Centrale e del Sud.

sezione 23 A, che a proposito prevedeva due eccezioni al normale principio di residenza per l'assoggettamento ad imposizione, esonerando quella società che anche se irlandese tuttavia:

- 1) era ritenuta fiscalmente residente in un altro paese in virtù dell'applicazione di un trattato contro la doppia imposizione (la cosiddetta "treaty exception", o eccezione in virtù di un trattato) o -2) la società era quotata presso una borsa riconosciuta o controllata in ultima istanza da un soggetto residente in uno Stato membro o in un paese firmatario di un trattato fiscale (la cosiddetta "relevant companies exception", o eccezione per società rilevanti), e tali società rilevanti o le relative controllate svolgevano un'attività commerciale in Irlanda (la cosiddetta "trading exception", o eccezione commerciale).

Nel caso concreto, ai sensi della seconda eccezione, ASI e AOE rientravano nella definizione di "società rilevanti di diritto irlandese svolgenti attività commerciale in Irlanda ma gestite e controllate dall'estero", ovvero dalla casa madre Apple Inc. negli USA, Paese firmatario di un trattato fiscale con lo Stato insulare. Non erano dunque considerate residenti in Irlanda. Tuttavia al contempo, nonostante la norma fosse da considerarsi eccezionale ed estranea ai principi generali globalmente riconosciuti circa la tassazione internazionale delle imprese, non si esigeva la dimostrazione del fatto che fossero residenti altrove.

Dunque proprio in applicazione di un trattato contro la doppia imposizione si veniva a creare la paradossale situazione inversa di "doppia non imposizione", in quanto per gli Stati Uniti, in ossequio ai principi generali, le società erano fiscalmente residenti in Irlanda mentre l'Irlanda escludeva lo fossero presso di sé limitandosi a supporre, senza troppo indagare al riguardo, che fossero residenti negli USA.

Per quel che concerne le attività svolte dalle due società interessate: ASI si occupava di molte attività *core* della multinazionale, ovvero: l'acquisto di prodotti finiti di Apple da produttori terzi e collegati; la distribuzione associata alla vendita di prodotti ai clienti della regione EMEIA<sup>264</sup>; la vendita a parti correlate<sup>265</sup> nelle regioni EMEIA e APAC<sup>266</sup>; le vendite online; la gestione delle garanzie "AppleCare"; nonché l'assistenza post-vendita in generale. Inoltre, era responsabile della gestione quotidiana dei rischi di distribuzione e dal 2012 assorbiva la responsabilità

---

<sup>264</sup> Acronimo per Europe, Middle East, India, Africa.

<sup>265</sup> Che ai sensi dello IAS 24 sono definite come entità controllate in ultima istanza dallo stesso soggetto o ente, o sulle quali lo stesso soggetto o ente esercita un'influenza significativa.

<sup>266</sup> Mercato coincidente con l'Asia ed il Pacifico (Oceania).

precedentemente assunta da AOE sulla localizzazione dei prodotti. AOE invece era responsabile della produzione e dell'assemblaggio di una gamma specializzata di prodotti informatici e relativi accessori presso la sua sede in Irlanda<sup>267</sup>, tutti realizzati per la regione EMEIA. La filiale irlandese di AOE forniva tutti i suoi prodotti finiti a parti correlate e le principali attività comprendevano la gestione corrente dei processi richiesti per la fabbricazione di prodotti, la progettazione di processi produttivi e la messa a punto di nuovi prodotti<sup>268</sup>.

Analizzando il quadro normativo vigente nel periodo analizzato si poteva constatare che le aliquote applicabili in Irlanda ai redditi societari erano differenziate in base alla loro natura, segnatamente: per i redditi commerciali del 12,5%; per i redditi non commerciali del 25%; per le plusvalenze<sup>269</sup> del 33%. Come sappiamo nel 2010 veniva predisposto il primo modello di Convenzione fiscale dell'OCSE e venivano aggiornate le linee guida sui prezzi di trasferimento, l'Irlanda formalmente riconosceva tale convenzione e aderentemente modificava con la legge finanziaria del 2010 il già citato TCA 97 inserendone la parte 35 A, prevedendone l'applicazione per le "persone associate" (vale a dire le società). Tuttavia, in virtù di una classificazione formale della legislazione tributaria irlandese il termine "persona" ricomprendeva solo società autonome e non i rapporti tra una sede centrale e le sue filiali. In questo modo, il principio di libera concorrenza non era applicabile ai rapporti finanziari avallati dai *ruling* tra la filiale operativa di ASI e la sua fantomatica "sede centrale".

È da segnalare che l'Italia fu uno degli unici Paesi ad ordinare un accertamento fiscale verso ASI a seguito del quale la stessa venne dichiarata soggetto imponibile debitore per circa 160 milioni di euro per il periodo 2009-2012<sup>270</sup>. Allo stesso modo Singapore aveva accertato mancati introiti fiscali nei confronti di AOE.

Circa le attività dei consigli di amministrazione delle rispettive società risultanti dai verbali, emergeva che sostanzialmente tutti i soggetti che ricoprivano incarichi apicali erano residenti ed operativi negli Stati Uniti e che comunque le attività

---

<sup>267</sup> Tra cui, per esempio, i desktop per gli "iMac" ed i laptop "MacBook".

<sup>268</sup> Le funzioni poi comprendevano pure: pianificazione e programmazione della produzione; ingegneria di processo; produzione e area operativa; assicurazione e controllo della qualità; e operazioni di ricondizionamento.

<sup>269</sup> Salvo quelle derivanti da cessioni di pacchetti azionari maggiori del 5% di società europee o di paesi firmatari di trattati fiscali, esenti da tassazione.

<sup>270</sup> La procedura per frode fiscale che ne conseguì, estendendo l'indagine al periodo 2008-2013, condannò Apple alla restituzione al Fisco italiano di 318 milioni di Euro nel 2015 (Il Sole 24 Ore, 30 dicembre 2015); link: <https://st.ilsole24ore.com/art/notizie/2015-12-30/apple-dovra-pagare-318-milioni-euro-fisco-italiano-111446.shtml?uuid=ACTwzr1B>.

commerciali fondamentali svolte dalle società del gruppo erano tutte effettuate di fatto direttamente da Apple Inc.

La sezione 23 A del TCA 97 veniva modificata entrando in vigore a partire dall'esercizio 2015: da questo momento in poi, le società di diritto irlandese non sarebbero più potute non essere fiscalmente residenti in Irlanda e dunque il *ruling* fiscale del 2007 non era più applicabile<sup>271</sup>.

In sostanza dunque la Commissione rilevava che i termini concordati nei *ruling* fiscali, specie per quanto concerneva la ripartizione dei costi e dei prezzi di trasferimento, per cui si utilizzava un metodo simile al TNMM<sup>272</sup>, non rispecchiavano una situazione normale di libero mercato. Nessun operatore economico prudente ed indipendente avrebbe accettato tali condizioni, che non tenevano nemmeno conto dell'evoluzione economica nel tempo, risultando più che altro pianificate a tavolino per tutto il periodo coperto dall'accordo: ciò risultava paradossale siccome teoricamente ogni dichiarazione annuale dei redditi dovrebbe fare storia a sé ed essere trattata di conseguenza. Emergeva inoltre la totale mancanza di uno studio contestuale circa la ripartizione degli utili e di una relazione sui prezzi di trasferimento. Concludeva dunque preliminarmente che tali *ruling* determinassero per le società un onere fiscale inferiore alla norma nonché selettivo in quanto apparentemente non concesso ad altre società, espressione di uno smodato esercizio discrezionale del potere da parte dell'agenzia fiscale irlandese. Ciò dunque avrebbe costituito un vantaggio ai sensi dell'art. 107 par. 1 TFUE, non rientrando nemmeno, ad una prima analisi, in nessuna delle fattispecie di esenzione previste dai paragrafi 2 e 3 del medesimo articolo del Trattato. Sulla base di tali argomenti si comunicava agli interessati la decisione di avvio del procedimento volto ad appurare l'esistenza di aiuti di Stato concessi indirettamente al gruppo Apple dalla Repubblica d'Irlanda. Le osservazioni difensive immediatamente successive formulate dall'Irlanda facevano perno sul fatto che il trattamento fiscale adottato in conformità ai *ruling* contestati fosse semplicemente frutto dell'applicazione diretta del TCA 97 e dunque

---

<sup>271</sup> Le informazioni circa la nuova struttura societaria di Apple in Irlanda a partire dal 2015 sono prevalentemente censurate per questioni di riservatezza, ad ogni modo ad oggi risultano presentante presso il Parlamento europeo delle relazioni che illustrerebbero come ancor oggi Apple si serva in Irlanda di strutture atte a conseguire risparmi fiscali straordinari, i quali si dimostrerebbero specialmente analizzando il rapporto tra le imposte assolte dal gruppo negli Stati Uniti rispetto a quelle versate in Europa. Uno studio commissionato dalla "Sinistra Unita Gue" presentato al Parlamento europeo, per esempio, sostiene infatti che Apple continui a ricorrere a scappatoie legali che le consentirebbero di versare lo 0,7% di tasse sui suoi profitti; nello specifico lo studio partiva dal fatto che risultava che la multinazionale "della mela" pagasse 13,9 miliardi di dollari di imposte negli Stati Uniti e soltanto 1,7 miliardi in tutto il resto del mondo, giugno 2018, <https://europa.today.it/lavoro/apple-irlanda-paradiso-fiscale-evasione.html>.

<sup>272</sup> Analizzato nel Cap. I, par. 2.1: il "Net Margin Method".

di una legge, come tale valevole per tutti. Inoltre si denunciava che l'argomentazione circa l'eventuale non accettazione di simili condizioni da parte di un operatore indipendente e diligente non sarebbe stata riferibile ad uno Stato, che come tale in un contesto del genere, nell'esercizio del proprio potere amministrativo, non è un operatore economico.

Apple riprendeva le osservazioni dell'Irlanda aggiungendone alcune altre circa il metodo ripartizione dei costi, che a suo modo di vedere era coerentemente indipendente dall'evoluzione delle vendite ovvero dall'andamento del mercato in quanto i costi di cui si parlava erano prevalentemente fissi. Osservava poi che lo strumento giuridico offerto dall'articolo 107 del Trattato fosse del tutto inidoneo a fronteggiare il problema delle forti divergenze nei trattamenti fiscali all'interno dell'Unione europea, che gli sembrava essere a ben vedere il reale problema sottostante la controversia. Questa argomentazione veniva formulata in modo pressoché identico anche dalle osservazioni contenute nella comunicazione redatta da IBEC<sup>273</sup> congiuntamente a molte altre organizzazioni di categoria.

Le parti resistenti osservavano che poi, anche qualora il procedimento si fosse definito con l'accertamento di una violazione del divieto di aiuti di Stato, ciò avrebbe comportato come unica conseguenza un obbligo a carico di Apple di ristorare del "lucro cessante" l'erario irlandese (ipotesi comunque considerata dagli interessati come illegittima, in quanto violazione del principio del legittimo affidamento e della novità dell'approccio), il quale tuttavia aveva di buon grado rinunciato a tale maggior gettito per ragioni assolutamente evidenti, ovvero la volontà di attrarre capitali esteri nel proprio territorio nazionale.

La Commissione, nel rispondere all'osservazione di Apple circa l'inadeguatezza del criterio "dell'operatore di mercato di libera concorrenza indipendente", affermava che il principio elaborato dalla Convenzione OCSE non era stato impiegato come base giuridica atta a sostenere l'accusa di presunti aiuti di Stato, bensì come mera argomentazione. L'Irlanda richiedeva quindi la rinnovazione della decisione di avvio con contenuti accusatori e relative basi giuridiche più chiare, perché così a suo dire gli era invece stato precluso l'esercizio del diritto di difesa.

Altra osservazione difensiva irlandese importante era quella che siccome non avevano la residenza fiscale nell'isola, ASI e AOE pagavano le tasse solo per i redditi prodotti in Irlanda mentre la "parte del leone", composta dai diritti sulle

---

<sup>273</sup> Irish Business and Employers Confederation.

licenze, non ineriva le attività commerciali svolte da dette società in Irlanda, Apple concordava. Aggiungeva sempre l'Irlanda: "il motivo per cui gran parte del reddito di ASI e AOE non è stato assoggettato ad imposizione è riconducibile a dei disallineamenti tra regimi fiscali nazionali, che non si possono rettificare con le norme sugli aiuti di Stato" ed osservava che la Commissione confondesse le società con le filiali.

Il sistema irlandese non faceva differenza tra società imponibili integrate e non integrate e quindi tassava identicamente anche quei redditi che provenivano da operazioni interne tra società dello stesso gruppo: Apple citava al riguardo la decisione "Groepsrentebox"<sup>274</sup>.

La Commissione affermava che l'art. 107.1 imponesse l'utilizzo del principio di libera concorrenza in quanto altrimenti si sarebbero attribuiti gli utili, com'era accaduto con riferimento ai centri di coordinamento in Belgio<sup>275</sup>, su base forfettaria, per esempio come in questo caso su una quota dei costi, anziché sulla diretta differenza tra costi e ricavi.

Solo dopo l'adozione della decisione di avvio da parte della Commissione Apple e l'Irlanda producevano ognuna una relazione *ad hoc* sul metodo di attribuzione degli utili, preparate rispettivamente dal consulente fiscale di Apple<sup>276</sup> per la stessa e da PwC<sup>277</sup> per l'Irlanda, nell'intento di giustificare a posteriori i metodi di quantificazione degli utili avallati dai *ruling* fiscali contestati.

Riguardo la tesi che l'Irlanda avesse calcolato correttamente gli utili effettivamente percepiti sul proprio territorio e dunque ivi imponibili ai sensi del TCA 97 sez. 25, la Commissione era in disaccordo, ritenendo che nel caso di transazioni infragruppo al fine di appurare se il prezzo di un'operazione fosse conforme al principio di libera concorrenza occorresse confrontare i beni utilizzati, le funzioni svolte, ed i rischi assunti da ciascuna società del gruppo stesso e non risultava che ciò fosse stato fatto.

Inoltre erano pregnanti le considerazioni della Commissione circa il fatto che non essendovi nessun'altra presenza fisica di ASI e AOE al di fuori dell'Irlanda non

---

<sup>274</sup> La Commissione fu chiamata nel 2006 dall'Olanda a valutare, alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato, un istituto che intendevano immettere nella normativa fiscale che si prefiggeva di risolvere le discrasie tra le deduzioni sul capitale a prestito rispetto a quello di rischio, specificatamente in un gruppo. A tal riguardo ideavano una sorta di "scatola di compensazione" tra interessi attivi e passivi relativamente alle attività di finanziamento infragruppo, prevedendo una imposizione, nel caso in cui il saldo complessivo fosse stato positivo, o una deduzione in caso di saldo negativo, forfettaria al 5%; 2009/809/CE. Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32009D0809>.

<sup>275</sup> Decisione del Consiglio 2003/531/CE; link:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32003D0531>.

<sup>276</sup> Di cui l'identità è tenuta nascosta.

<sup>277</sup> PricewaterhouseCoopers.

potrebbe che essere teoricamente tutto svolto in Irlanda. Tuttavia dai verbali dei consigli di amministrazione dal 1980 al 2015 non risultava nessuna discussione degli amministratori circa l'accordo di ripartizione dei costi: se ne iniziava a parlare solo sul finire del 2014, vale a dire quando i *ruling* non erano più in vigore siccome la loro efficacia era terminata con la chiusura dell'esercizio 2014 nel settembre dello stesso anno. In base ad una sorta di sillogismo si concludeva dunque che le licenze da proprietà intellettuale per approvvigionamento, produzione, vendita e distribuzione dei prodotti Apple al di fuori del territorio delle Americhe sarebbero dovute essere state necessariamente attribuite alle filiali irlandesi e non alle sedi centrali visto che queste ultime sostanzialmente non esistevano.

Quando si usa il TNMM, anziché determinare i prezzi di trasferimento in modo diretto analizzando l'operazione dal punto di vista di entrambe le parti come con il metodo CUP, si usa un metodo indiretto dove si prende in esame soltanto una delle parti (la cd. "parte sottoposta a test")<sup>278</sup> e se ne confronta il margine netto ricavato dalla transazione controllata rispetto a quello ottenibile in un contesto di libero mercato. L'analisi qui si incentrava sull'individuazione della parte che assumeva maggiori rischi (ovvero con la funzione più complessa), la scelta infatti, meramente ipotetica, di individuare le filiali irlandesi come quelle con funzione meno complessa era da ritenersi errata alla luce del fatto che, coerentemente con quanto già illustrato, siccome teoricamente le sedi centrali non svolgevano alcun compito sarebbe risultato già da ciò implicito che tra le quattro parti (le due sedi centrali e le due filiali) quelle che assumevano maggior rischio fossero le filiali irlandesi. Per quanto riguardava poi la determinazione degli stessi prezzi sulla base dei costi operativi, vi era da rilevare che la mancata correlazione tra costi operativi e vendite sollevava forti dubbi circa l'adeguatezza del parametro dei costi per la quantificazione dell'utile imponibile.

L'utilizzo dei costi operativi come indicatore del livello di utile è infatti nella stragrande maggioranza dei casi adottato solo nei confronti di distributori a basso rischio. Oltretutto la circostanza che il periodo di adozione dei *ruling* fosse considerato a tempo indeterminato e che per ciò che riguardava il primo dei due, ovvero quello del 1991, non era nemmeno prevista una clausola di revisione degli accordi nel caso di mutate condizioni rilevanti, sia normative per l'Irlanda che

---

<sup>278</sup> La parte "sottoposta al test" dovrebbe essere scelta tra le due come quella le cui attività ed il business in generale sono maggiormente "semplici", ovvero agevoli da analizzare, sotto il profilo dei rischi e delle responsabilità assunte, dei materiali e del personale impiegato, ecc. Ciò chiaramente al fine di comprendere nel modo più affidabile possibile i margini di profitto che si attende ragionevolmente di realizzare.

strutturali per la società, era da ritenersi paradossale. Non si comprendeva nemmeno il motivo per il quale poi questo *ruling* fosse stato sostituito nel 2007 con quello nuovo, che pur prevedendo appunto l'interruzione per "cambiamenti rilevanti nella natura delle attività svolte" in modo assurdo tuttavia concordava che qualora Apple avesse deciso di riorganizzare la struttura delle proprie controllate in Irlanda con l'aggiunta ad esempio di nuove società i metodi di attribuzione degli utili concordati sarebbero continuati ad essere stati applicati identicamente anche alle nuove entità. Con ciò dunque escludevano che una modificazione nella struttura del gruppo potesse configurare un "cambiamento rilevante"; a ben vedere infatti non era nemmeno previsto cosa dovesse essere inteso per "cambiamento rilevante": tralasciando i fisiologici cambiamenti economici che potrebbero occorrere nell'arco di sedici anni si sarebbe dovuto tener conto anche dei cambiamenti normativi, eppure non si era previsto nulla di tutto ciò.

Si osservava inoltre, tornando alla base normativa, che anche se fosse stato applicato solo il 25 TCA 97, dall'analisi delle disposizioni risultava che comunque i criteri per determinare l'utile imponibile, le funzioni, i beni impiegati ed i rischi assunti da una filiale, coincidevano quasi alla perfezione coi criteri cui all'art. 7 par. 2° della convenzione OCSE per la determinazione degli stessi in una stabile organizzazione di società integrata non residente. Oltretutto, anche tramite l'esame comparativo con altri *ruling* irlandesi non relativi ad Apple, emergeva che la prassi irlandese fosse comunque basata sull'applicazione del principio di libera concorrenza.

Se poi fosse stato vero che il principio di libera concorrenza era estraneo alle guide orientative del TCA 97 p. 25 allora la sua applicazione per come ne era risultata non poteva che essere frutto di un esercizio discrezionale dell'agenzia fiscale svincolato dai principi fiscali irlandesi e come tale avrebbe anche in questo caso fatto presumere un trattamento selettivo.

Si esaminavano gli altri *ruling* concessi dall'Irlanda tra il 1998 e il 2010 relativi a società terze ed emergeva una pressoché totale incoerenza e disparità di trattamento tra un caso ed un altro, che non seguiva alcuna logica né base giuridica. Ciò corroborava ancor di più l'ipotesi del vantaggio selettivo, facendo presumere fosse prassi comune quella di concedere molta discrezionalità all'agenzia fiscale.

Non si rinveniva, né era stata fornita dalle parti interessate, alcuna giustificazione per cui era stato riservato un simile trattamento alla multinazionale "della mela".

Il destinatario era Apple in generale, ovvero il gruppo a cui capo vi era Apple Inc. in quanto sua era la strategia ed a lei andavano i vantaggi. Secondo costante giurisprudenza comunitaria infatti, ai fini dell'individuazione dei destinatari, nonostante la presenza di più entità economiche "indipendenti", si deve considerare il gruppo nel suo complesso, prescindendo dalle specifiche entità specificamente coinvolte nel procedimento.

Circa la certezza del diritto essa andava intesa come operante nel caso in cui si fosse ravvisata, in una situazione di assoluta evidenza e notorietà esterna delle condotte, l'eventuale inazione dei soggetti preposti al controllo: la Commissione aveva scoperto che vi potevano essere profili di irregolarità solo in seguito all'audizione di Apple sul tema presso il Senato statunitense il 21 maggio 2013 ed in tempi rapidissimi il 12 giugno aveva inoltrato all'Irlanda la prima richiesta di informazioni; l'autorità antitrust europea dunque non poteva essere minimamente biasimata di essere rimasta inerte.

Concludendo, se poi fosse stato, come sostenuto dalle parti, possibile riconoscere l'operatività di un principio di legittimo affidamento nell'ambito degli aiuti di Stato, la Commissione osservava che in tal caso il sistema basato sugli artt. 107 e 108 si sarebbe potuto tranquillamente smantellare in quanto non avrebbe mai avuto alcuna *chance* di poter essere impiegato.

La Commissione decretava che l'Irlanda aveva concesso aiuti di Stato ad Apple violando la normativa europea e la obbligava a riscuotere le somme cui aveva illegittimamente rinunciato per il periodo di dieci anni precedenti il giorno in cui il *ruling* del 2007 aveva cessato di funzionare in occasione della ristrutturazione, ovvero allo scadere dell'esercizio dell'anno 2014. Le pretese circa i vantaggi più risalenti erano infatti ormai prescritte.

### 3.3 Il caso Amazon

Il 24 giugno del 2014 la Commissione inviava al Lussemburgo una richiesta di informazioni circa le prassi in materia di concessione di *ruling* fiscali da parte della sua agenzia fiscale nei confronti di Amazon<sup>279</sup>, chiedendo conferma del fatto che la multinazionale in questione fosse soggetta a tassazione presso la relativa giurisdizione ed in quale entità le attività del gigante delle vendite online

---

<sup>279</sup> Dando inizio al procedimento conclusosi con Decisione (UE) 2018/859, circa l'aiuto SA.38944. Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018D0859&from=EN>.

beneficiassero di tali eventuali accordi, specie per ciò che riguardava la proprietà intellettuale. Successivamente all'apprensione e relativa analisi dei documenti richiesti, concernenti il contenuto dell'accordo (ovvero il *ruling* fiscale) cui le autorità Lussemburghesi erano pervenute nel 2003 con Amazon.com, Inc. e le relazioni finanziarie annuali di Amazon EU S.à.r.l., Amazon Europe Holding Technologies SCS, Amazon Services Europe S.à.r.l., Amazon MEDIA EU S.à.r.l. ed altre entità del gruppo "Amazon Luxembourg", la Commissione, nutrendo seri dubbi in merito alla compatibilità con il mercato interno del trattamento che ne risultava applicato, il 7 ottobre 2014 decideva l'avvio del procedimento d'indagine formale cui all'articolo 108, paragrafo 2 TFUE, in materia di aiuti di Stato<sup>280</sup>.

La struttura di Amazon è complessa, il gruppo ricomprende ogni società controllata direttamente ed indirettamente da Amazon.com, Inc. con sede a Seattle negli Stati Uniti e fondata nel 1994. Nell'esercizio del 2016 fatturava 136 miliardi di dollari americani con un utile netto di 2.37 miliardi<sup>281</sup>. Fino al 2006 i siti web europei della multinazionale erano gestiti direttamente da una società americana controllata al 100% da Amazon.com, Inc.: la Amazon.com International Sales, Inc. Nel 2006 diveniva effettiva una ristrutturazione delle attività europee, tale assetto veniva poi nuovamente modificato nel 2014, ed è proprio il periodo di operatività della prima ristrutturazione (2006-2014) ad essere interessato dal procedimento.

In tale periodo LuxSCS, società in accomandita semplice di diritto lussemburghese con socio accomandatario Amazon Europe Holding, Inc., doveva agire in veste di impresa detentrica dei beni immateriali per tutte le attività di Amazon in Europa per le quali LuxOpCo era invece responsabile come operatore principale. Non aveva avuto alcuna presenza fisica né dipendenti per tutto il periodo considerato e, ai sensi di quanto comunicato da Amazon all'autorità fiscale lussemburghese nel 2006, le sue attività, oltre allo *status* di detentrica dei beni immateriali del gruppo in Europa, si limitavano alla riscossione di royalties ed interessi dalle sue controllate ed alla concessione di prestiti infragruppo a LuxOpCo (che controllava al 100%) e ad altre società del gruppo. LuxOpCo era il venditore ufficiale, ossia l'entità che acquistava i beni per poi rivenderli in tutti i siti web europei, assumeva tutti i rischi legati alla pratica commerciale e si occupava di riscuotere e versare l'imposta sul valore

---

<sup>280</sup> Ne seguirono circa tre anni di scambi di corrispondenza e riunioni tra Amazon, Lussemburgo e la Commissione Europea al fine per quest'ultima di apprendere il maggior numero di informazioni e concedere agli interessati di fornire tutte le osservazioni che potessero essere utili alla loro difesa, al contempo veniva aperta un'indagine anche negli Stati Uniti presso il tribunale fiscale federale.

<sup>281</sup> Nel 2019 ha fatturato 280,5 miliardi di dollari con un utile netto di 11,5 miliardi.

aggiunto. Il suo fatturato nel 2013 ammontava a 13,6 miliardi di euro e nel 2014 a 15,5 miliardi, impiegando una media di 523 dipendenti che ricoprivano in gran parte posizioni apicali focalizzate sulla gestione e sul coordinamento della totalità delle attività europee di Amazon. La Commissione forniva una panoramica sul “business model” del gruppo, la sua struttura, la sua strategia, i pilastri del suo successo, ecc.: l’intento era quello di dimostrare come a prescindere da tutto la conoscenza del mercato locale assumesse un ruolo di primo piano per implementare strategie di vendita di successo e che quindi il contributo alla creazione del valore da parte di chi si trovasse in prima linea, ovvero le filiali, era molto più grande di quello che Amazon ufficialmente voleva far rilevare tramite la sua contabilità.

LuxSCS invece, occupandosi dello sviluppo commerciale, si occupava di rimborsare alle società di gestione europee le spese di marketing sostenute, la traccia di questi rimborsi nel bilancio andava ricercata, a dire di Amazon, nella riduzione a compensazione degli importi in entrata derivanti dalle royalties. Tuttavia la Commissione affermava che tale riduzione non risultava identificabile tramite l’analisi dei conti finanziari.

Dall’analisi della “Loi concernant l’impôt sur le revenu” (LIR), ovvero la legge circa l’imposta sui redditi vigente in Lussemburgo, risultava, nello specifico dall’art. 164 terzo comma, che i redditi imponibili ai sensi del diritto lussemburghese comprendessero la distribuzione dissimulata di utili ed ogni genere di vantaggio anche indiretto percepito da chiunque lo avesse tratto in virtù di un rapporto con il contribuente sottoposto all’analisi. L’interpretazione prevalente che veniva fornita di questa norma la considerava dunque compatibile con le linee guida dell’OCSE ed in una delle osservazioni formulate in occasione della decisione di avvio il Lussemburgo confermava tale impostazione, specificando che nessuna sua norma contemplasse differenziazioni tra le transazioni nazionali ed internazionali, ne tantomeno tra multinazionali e gruppi operanti esclusivamente sul mercato nazionale. Varie circolari dell’amministrazione fiscale lussemburghese confermavano a loro volta l’esistenza dei detti principi, che dal 1° gennaio 2017 venivano pure codificati all’art. 56-bis della stessa LIR.

Tuttavia per la Commissione già dalla decisione di avvio la royalty corrisposta a LuxSCS e la remunerazione di LuxOpCo non risultavano riflettere i principi di libera concorrenza. Appariva strana la circostanza che il *ruling* fosse stato concesso in soli undici giorni dal momento in cui era stato richiesto, in totale assenza di una relazione

sui prezzi di trasferimento la cui determinazione pattuita nel medesimo accordo non sembrava basarsi su alcuno dei metodi comunemente ammessi dalle linee guida dell'OCSE. L'importo delle royalties era inoltre del tutto svincolato dai risultati della produzione, delle vendite o dall'utile realizzato, bensì calcolato come utile residuo ottenuto da transazioni infragruppo di LuxOpCo, determinato deducendo una redditività corrente attribuibile alle funzioni della stessa dall'utile effettivo totale. Sulla base della descrizione delle attività che svolgevano LuxOpCo e LuxSCS non si riusciva a giustificare l'elevata remunerazione di LuxSCS che ufficialmente gli veniva corrisposta per i rischi assunti in qualità di detentrica dei beni immateriali. Al contrario, in virtù dell'importanza delle funzioni che esercitava LuxOpCo, comprendenti l'adozione di decisioni commerciali e strategiche riguardanti il rischio commerciale dell'intero mercato europeo, la remunerazione per la stessa appariva bassa e specialmente non si trovava una giustificazione del perché fosse calcolata indirettamente applicando un margine compreso tra il 4 ed il 6% ai costi di esercizio. Infine la mancanza di clausole di revisione del *ruling* nel caso di mutate condizioni di fatto o legislative e di conseguenza la dubitabile previsione di una staticità delle condizioni del mercato nell'arco degli undici anni di vigenza dell'accordo facevano preliminarmente concludere alla Commissione che era stato concesso un vantaggio selettivo ad Amazon, apparentemente non giustificato ai sensi della 2° e 3° parte dell'art. 107 TFUE e dunque qualificabile come aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno.

Il Lussemburgo denunciava di non aver avuto sufficienti opportunità per fornire informazioni e formulare osservazioni in propria difesa nel breve lasso di tempo che era intercorso tra la prima presa di contatto con l'Autorità europea e la decisione formale di avvio del procedimento. Accusava poi la Commissione di interferire indebitamente con la propria indiscussa sovranità sulle imposte dirette impiegando lo strumento offerto dagli artt. 107 e 108 TFUE per imporre l'armonizzazione della tassazione diretta nell'Unione europea: dunque impropriamente ed in contrasto con gli articoli 113 e 115 del TFUE. Il Granducato censurava poi la mancanza di una dimostrazione della selettività del trattamento tramite un'analisi concreta, non avendo la Commissione individuato ed analizzato precisamente né il sistema impositivo di riferimento né il gruppo di contribuenti atti a effettuare il confronto con Amazon. Nel 2003, oltretutto, le linee guida sui pezzi di trasferimento dell'OCSE del

2010 non esistevano e quelle del 1995 non erano mai state prese in considerazione nella *ratio* ispiratrice del legislatore Lussemburghese.

Il metodo TNMM poi, impiegato per il calcolo della royalty che LuxOpCo corrispondeva a LuxSCS, era avallato anche già dalle citate linee guida OCSE del 1995 ed impiegato in molte altre occasioni dall'autorità fiscale del Lussemburgo al di fuori del rapporto con Amazon. Il fatto di attribuire la qualifica di attività meno complessa a LuxOpCo veniva spiegato col fatto che la detenzione, gestione, manutenzione e sviluppo degli elementi più strategici dell'impresa (nonché più complicati da quantificare economicamente), ovvero quelli inerenti la proprietà intellettuale, fossero competenze esclusive di LuxSCS.

Amazon d'altro canto riteneva che nell'eventualità di un accertamento dell'esistenza di un aiuto illegittimo il procedimento di recupero sarebbe stato del tutto iniquo in quanto sarebbe stata l'unica società a dover rimborsare un presunto aiuto illegale mentre trattamenti analoghi venivano concessi impunemente a molte altre imprese. Inoltre, risultandogli l'approccio utilizzato dalla Commissione del tutto innovativo e quindi senza precedenti, affermava che avendo confidato per anni nella legalità degli accordi tale rimborso avrebbe violato a pieno il legittimo affidamento ingeneratogli. La multinazionale sottolineava pure che il termine di prescrizione di dieci anni era scaduto siccome il *ruling* risaliva al 2003 ed i primi atti del procedimento al 2014. Epicenter, CCIA, Atoz, Fedil sostenevano variamente le argomentazioni di Lussemburgo ed Amazon, sottolineando soprattutto che la scienza della quantificazione dei prezzi di trasferimento non potesse in alcun modo portare a risultati esatti, ma soltanto ad una gamma di prezzi accettabili. Aggiungevano che ad ogni modo si sarebbe dovuto far riferimento al sistema normativo vigente nel luogo e nel tempo della stipula dell'accordo e nel caso di specie al 2003 non esisteva uno specifico principio di libera concorrenza aderente alle linee guida OCSE. Concludevano affermando analogamente alle parti principali che comunque l'atteggiamento della Commissione nell'ambito dei procedimenti sugli aiuti di Stato minasse la certezza del diritto andando a detrimento del commercio europeo. Dall'altro lato "Oxfam", "The booksellers association of the United Kingdom & Ireland Ltd" ed altre associazioni sostenevano la Commissione e la incoraggiavano a battersi per l'eliminazione delle prassi fiscali dannose.

In base alla giurisprudenza costante, la Commissione dichiarava che la qualificazione di "aiuto" ai sensi dell'art 107 par. 1 TFUE richiedeva che sussistessero

congiuntamente quattro condizioni: che si concretizzasse un intervento direttamente statale o comunque realizzato tramite risorse pubbliche; che questo fosse idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri; che si trattasse di una misura che conferisse al destinatario un vantaggio selettivo; infine che fosse destinato a minacciare o falsare la concorrenza.

La prima condizione, riguardando i fatti una pattuizione con l'autorità fiscale lussemburghese che comportava per la stessa una perdita indiretta di risorse statali realizzata tramite la rinuncia al gettito tributario, era realizzata. Interessando Amazon, gruppo multinazionale che opera(va) scambiando beni tra gli Stati membri e le cui entità erano direttamente operanti in vari degli stessi, avendo il vantaggio presumibilmente distolto investimenti del gruppo stesso da Stati membri che non avevano offerto vantaggi attraenti come quelli lussemburghesi ed avendo posto probabilmente in posizione svantaggiata altre imprese operanti nel medesimo mercato merceologico e territoriale rispetto ad Amazon, anche la seconda condizione risultava realizzata. Per quanto riguardava la minaccia, reale o potenziale, alla concorrenza, nella misura in cui era stato concesso un "aiuto al funzionamento" ovvero l'esonerare LuxOpCo da un'obbligazione che normalmente avrebbe dovuto sostenere, tale circostanza secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia era idonea di per sé a falsare il libero gioco dei mercati, nello specifico liberando risorse finanziarie che l'azienda poteva in tal modo impiegare per investire nelle proprie attività commerciali: anche la quarta condizione risultava così soddisfatta.

La selettività è l'aspetto tipicamente più delicato e difficile da dimostrare nell'ambito dei procedimenti sugli aiuti di Stato, la Corte argomentava la soddisfazione del terzo requisito sulla base del fatto che secondo consolidata giurisprudenza: "l'individuazione di un vantaggio economico specificamente rivolto ad un soggetto consente, in linea di principio, di presumere la sua selettività senza far ricorso all'analisi in tre fasi elaborata dalla Corte di giustizia". Nel caso di specie, la presenza di un *ruling* che approvava, senza giustificazione, un risultato che non sarebbe stato uguale a quello ottenuto applicando il diritto comune in materia di imposte sul reddito, concedeva un vantaggio selettivo nella misura in cui tale trattamento, accordato negozialmente ad un singolo beneficiario, comportava una diminuzione dell'imposta dovuta rispetto a società che si trovavano in una situazione fattuale e giuridica analoga. Per esautività comunque la Commissione decideva di esaminare tale *ruling* anche secondo il procedimento trifasico.

Il *ruling* fiscale in questione approvava un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento applicato per l'accordo di licenza, ossia la royalty annuale dovuta da LuxOpCo a LuxSCS per la concessione dei diritti sui beni immateriali, che consisteva nel determinarne il valore come l'utile residuo generato da LuxOpCo in eccesso rispetto a quello che avrebbe generato secondo una remunerazione ipotetica di libera concorrenza per le funzioni assertivamente ordinarie esercitate da tale impresa. La relazione sui prezzi di trasferimento infatti statuiva che gli utili residui di LuxOpCo: *“may be considered to be attributable to the intangibles licensed by LuxOpCo from LuxSCS”* (ovvero: “sono da considerare attribuibili ai diritti concessi alla stessa da LuxSCS”). Tuttavia la relazione non aveva esaminato il modo in cui le funzioni esercitate, i beni utilizzati ed i rischi assunti da LuxSCS giustificavano l'attribuzione a quest'ultima dell'intero utile residuo di LuxOpCo sotto forma di pagamento di una royalty. Di conseguenza, il *ruling* fiscale in questione si basava sull'affermazione inesatta e non corroborata secondo la quale LuxSCS avrebbe esercitato funzioni uniche e di valore in relazione ai beni immateriali, mentre LuxOpCo avrebbe esercitato soltanto funzioni di gestione “ordinarie” legate alle attività di vendita al dettaglio online di Amazon in Europa. Sostanzialmente la Commissione non riusciva a trovare una motivazione sufficientemente esaustiva del perché LuxSCS formalmente ricoprisse un incarico così importante da giustificare una remunerazione così alta, in considerazione del fatto che era LuxOpCo in realtà ad esercitare l'attività fondamentale. A conferma di quest'ultima supposizione LuxOpCo, peraltro, aveva ufficialmente ottenuto in via esclusiva ed irrevocabilmente il diritto di sfruttamento economico dei beni immateriali in Europa, nonché il diritto di continuare a svilupparli, migliorarli e gestirli per tutta la loro vita utile senza alcuna riserva di gestione o controllo da parte di LuxSCS, la quale del resto risultava strutturalmente incapace di svolgere funzioni attive ed essenziali in relazione a detti beni. Quest'ultima infatti, non avendo mai impiegato nel contesto delle sue attività alcun bene di valore né dipendenti, non si era mai assunta (né tantomeno aveva la capacità di farlo) la responsabilità ed i controlli dei rischi associati; deteneva solo ed esclusivamente passivamente i beni immateriali in qualità di proprietario giuridico. LuxOpCo invece dal canto suo aveva anche la facoltà di concedere detti beni in sub-licenza, tale era l'importanza del suo mandato e LuxSCS al massimo gli concesse dei prestiti con le risorse ottenute dalla stessa società tramite i pagamenti delle royalties, attività certamente non indispensabile data la sua fungibilità. LuxSCS non aveva la

capacità operativa di assumersi i rischi che gli erano stati conferiti contrattualmente. L'unico obbligo che aveva, dal punto di vista dei rischi finanziari, era che ai sensi dell'accordo di ripartizione dei costi doveva pagare la propria quota delle spese di sviluppo, calcolata come rapporto tra il fatturato di Amazon nel mercato europeo e quello nel mercato mondiale, ad Amazon US. Le risorse con cui onorava tali obbligazioni le aveva tuttavia solo in virtù della remunerazione che gli garantiva LuxOpCo, dunque era una mera finzione non corrispondente alla realtà e semplicemente necessaria per il funzionamento della struttura lussemburghese.

LuxOpCo nel periodo di tempo considerato aveva effettuato aggiornamenti e miglioramenti significativi a livello tecnologico. Il marchio di Amazon ha un valore di per sé molto relativo, infatti i fattori necessari per continuare a far funzionare la multinazionale efficientemente sono la raccolta dei dati dei clienti e la garanzia di assicurare un servizio affidabile in termini di assortimento, prezzo e facilità d'uso: a tal riguardo è stata LuxOpCo a generare il valore in Europa di tale marchio. Di questi la facilità d'uso, che necessita di una rete distributiva efficientissima a livello locale, dimostrava più delle altre quanto fosse fondamentale disporre di un *know-how* logistico nei singoli mercati geografici: anche tale aspetto era gestito e sviluppato da LuxOpCo. In relazione a ciò non si rinveniva nemmeno un rimborso da parte di LuxSCS a LuxOpCo delle spese di gestione europea.

Si dichiarava fosse stato usato il TNMM, ma questo metodo nel selezionare l'indicatore di utile avrebbe dovuto riflettere il valore delle funzioni effettivamente svolte dalla parte sottoposta a test nella transazione controllata, tenendo conto dei beni e delle risorse umane impiegate e dei rischi che questa si fosse assunta; un tale indice doveva essere basato su dati oggettivi e poter essere misurato in maniera sufficientemente affidabile e coerente, doveva nella sostanza essere legato ai costi sostenuti, per LuxSCS prossimi allo zero. Trovare casi confrontabili nel mercato pure era sostanzialmente impossibile siccome un accordo come quello posto in essere non sarebbe stato nemmeno concepibile tra parti indipendenti. A prescindere poi il margine su cui calcolare i prezzi di trasferimento sarebbe dovuto essere stato applicato ai costi totali e non, come era stato concordato, a quelli operativi.

Ma perché erano stati "gonfiati" i profitti di LuxSCS a discapito di quelli di LuxOpCo?

Il *ruling* fiscale, oltre agli aspetti prettamente economici, confermava che né LuxSCS, società in accomandita semplice, né i suoi soci aventi sede negli Stati Uniti

sarebbero stati assoggettati nel Lussemburgo all'imposta sulle società e all'imposta commerciale comunale e che detti soci non sarebbero stati tassati nemmeno sulla loro partecipazione in LuxSCS. Per effetto del trattamento di LuxSCS come entità fiscalmente trasparente nel Lussemburgo, infatti, le royalties pagate a LuxSCS da LuxOpCo non erano considerate come reddito imponibile di LuxSCS in Lussemburgo, bensì come reddito imponibile dei suoi soci negli Stati Uniti. Inoltre, a partire dal 10 gennaio 2004, il Lussemburgo non operava più alcuna ritenuta alla fonte sulle royalties sui beni immateriali pagate a beneficiari non residenti. Di conseguenza, il Lussemburgo non riscuoteva alcuna imposta sugli utili di LuxSCS. Tuttavia, dato che gli Stati Uniti non consideravano LuxSCS come fiscalmente trasparente, ma piuttosto come un'entità separata residente nel Lussemburgo, l'imposizione dei soci di LuxSCS negli Stati Uniti poteva essere rinviata a tempo indeterminato, fintantoché nessuna quota degli utili di LuxSCS veniva rimpatriata negli Stati Uniti. Il diverso trattamento fiscale di LuxSCS nel Lussemburgo (fiscalmente trasparente) e negli Stati Uniti (non fiscalmente trasparente) era quindi dovuto a quella che viene chiamata “asimmetria ibrida”, ossia ad una differenza nelle normative fiscali del Lussemburgo e degli Stati Uniti in termini di caratterizzazione delle entità.

Circa l'ormai avvenuta maturazione del termine di decadenza decennale che pure era stata fatta valere dalle parti resistenti, sebbene il *ruling* risalisse al 2003 e dunque ad undici anni prima della sospensione del termine stesso ad opera dell'avvio del procedimento, tuttavia l'operatività effettiva dello stesso iniziava solo con l'esercizio 2006, dunque non si ravvisavano problemi al riguardo.

La Corte perveniva dunque ad affermare l'esistenza di un aiuto concesso dal Lussemburgo all'intero gruppo multinazionale delle vendite online facente capo ad Amazon.com, Inc., ordinava di conseguenza al Granducato di quantificare precisamente le somme in cui si era sostanziata la misura ed esigerne entro tempi brevi la riscossione presso il gruppo.

### **3.4 Il caso Fiat Finance and Trade**

Fiat Finance and Trade Ltd, con sede in Lussemburgo, era una finanziaria appartenente al gruppo Fiat, la cui società madre era Fiat S.p.A. fino al 12 ottobre 2014, quando con la fusione con Jeep-Chrysler diventava Fiat Chrysler Automobiles

N.V. Si occupava principalmente di fornire alle società del gruppo stesso servizi finanziari tra cui prestiti infragruppo, nonché di effettuare una gamma vasta e diversificata di operazioni tra cui la gestione di strutture di *cash pooling*<sup>282</sup> per le società del gruppo situate in Europa fatta eccezione per l'Italia. L'indagine preliminare rivelava che un *ruling* fiscale emanato dalle autorità lussemburghesi nel 2012, più precisamente un accordo preventivo sui prezzi di trasferimento, gli aveva presumibilmente concesso un vantaggio selettivo quantificabile in 20-30 milioni di tasse risparmiate dal 2012 al 2015<sup>283</sup>.

Siccome le attività della società in questione erano assimilabili a quelle bancarie e vi era anche un metro di paragone interno alla società, ovvero il sistema di finanziamento di Chrysler, che ricorreva direttamente ai mercati del capitale, teoricamente si sarebbe potuta direttamente calcolare un'approssimazione della sua remunerazione moltiplicando il capitale impiegato per i tassi di rendimento medi del periodo. Il consulente fiscale invece aveva utilizzato un metodo indiretto, ovvero il TNMM, applicandovi alla base dati sottostimati sia per quanto riguardava il capitale impiegato, comprendendo solo il capitale esposto a rischio e non le partecipazioni finanziarie che FFT deteneva, sia per ciò che riguardava il tasso di remunerazione atteso, determinato tramite il CAPM (Capital Asset Pricing Model). Questo metodo consiste nel calcolare il tasso di rendimento che ci si attende investendo il proprio capitale (il cd. "WACC" "Weighted Average Cost of Capital") al fine di discriminare la vantaggiosità o meno del rendimento atteso da un investimento. Tramite una tradizionale formula economica si individua un "beta" (ovvero il rendimento di mercato medio dello storico di un campione composto da un dato numero società che hanno caratteristiche e rischi simili, ("B"), lo si somma al tasso d'interesse "risk free" ("RF"), ovvero in Europa oramai convenzionalmente il rendimento decennale dei Bund (i titoli di Stato tedeschi), nel 2011 il 2,85%, ed il tutto si moltiplica per il premio sul rischio di capitale ("X"), ovvero quel tasso per cui vale la pena di investire finanziariamente una somma, quantificato<sup>284</sup>, per luglio 2011, al 5%, diviso 1 meno l'aliquota d'imposta di riferimento (T), pari nello specifico al 28,80%. Dunque:  $(B+RF)*X/(1-T)$ . Nel caso di specie il "beta" risultante era molto basso per

---

<sup>282</sup> Sistemi di centralizzazione della cassa delle società di un gruppo.

<sup>283</sup> Si aprì così il procedimento relativo all'Aiuto SA.38375, conclusosi con Decisione (UE) 2016/2326; Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016D2326&from=PL>.

<sup>284</sup> Ai sensi del sito "Damodaran", dal nome di un professore di valutazione e finanza aziendale della "Stern School of Business" presso la New York University

via delle società prese a campione e per la scelta, una volta individuati i valori, del 25° percentile anziché della mediana.

In seguito al contraddittorio che necessariamente si era venuto ad instaurare tra la Commissione e la società interessata dal procedimento, l’Autorità tuttavia si convinceva che effettivamente, solo relativamente all’uso del metodo TNMM al posto di un metodo diretto come il CUP, nel caso di specie la scelta appariva coerente e non censurabile perché data l’eterogeneità intrinseca delle numerose operazioni finanziarie concluse da FFT e stante la necessità ai sensi del metodo CUP di individuare per ogni transazione un equivalente sul mercato ciò si sarebbe tradotto in un compito troppo oneroso. Inoltre l’utilizzo del TNMM in situazioni analoghe appariva sempre più comune ed era comunque qualificato come equivalente ai metodi diretti anche dalla stessa convenzione OCSE<sup>285</sup>.

I primi requisiti per la concretizzazione di un aiuto di Stato apparivano realizzati: l’aiuto veniva concesso tramite risorse pubbliche sotto il profilo della rinuncia da parte del Granducato ad un maggior gettito fiscale che specularmente comportava per FFT, membro di un gruppo multinazionale operante in tutti gli Stati membri dell’Unione europea, un risparmio di risorse economiche e dunque un vantaggio idoneo a falsare il gioco concorrenziale nel mercato unico. Per ciò che riguardava la selettività invece, intanto come visto per il caso Amazon l’art. 164 della L.I.R.<sup>286</sup> e la relativa circolare interpretativa facevano supporre che il Lussemburgo riconoscesse ed applicasse a pieno il principio di libera concorrenza per la determinazione dei prezzi di trasferimento come auspicato nella Convenzione OCSE, tuttavia la Commissione precauzionalmente decideva di non porre a base della propria decisione questo principio derivante dall’art. 9 della stessa Convenzione, bensì un generale principio di parità di trattamento in materia di tassazione ricavabile indirettamente dall’art. 107 par. 1 del TFUE.

Nonostante come esplicito il TNMM potesse considerarsi, alla luce delle specificità del caso concreto, coerente, la stima del tasso di remunerazione tramite il metodo CAPM risultava tuttavia errata e volta a sottostimare il rendimento atteso: il coefficiente “beta”, ovvero l’indicatore del tasso medio di rendimento del mercato ottenuto facendo la mediana nello specifico dei rendimenti di 66 società prese a campione con caratteristiche simili (ritenute comunque dalla Commissione

---

<sup>285</sup>Equivalente quanto ai risultati che avrebbe dovuto produrre e non quanto alla sua preferibilità, siccome in ogni caso veniva indicato come prioritario, se possibile, l’impiego dei metodi diretti.

<sup>286</sup> Loi concernant l’Impot sur le Revenu, ovvero la “legge sulle imposte sul reddito”.

inadeguate al confronto in considerazione delle attività tipiche che svolgevano, dunque “non simili”) usava come base l’effettivo capitale proprio di quelle società, mentre il consulente fiscale aveva determinato la remunerazione del rischio di FFT moltiplicando una stima del capitale proprio da remunerare, ottenuta calcolando il capitale regolamentare ipotetico della società stessa su base analogica rispetto allo schema di Basilea II<sup>287</sup>, per un tasso di rendimento richiesto di questo capitale, stimato secondo il metodo CAPM. Ne derivava dunque un’incoerenza, infatti si applicava un tasso di rendimento del capitale proprio al capitale regolamentare ipotetico, pari a 28,5 milioni di euro, mentre nel 2011 il capitale proprio contabile di FFT era pari a 287,5 milioni di euro, esattamente dieci volte di più.

La scelta del 25° percentile (e non della mediana o di valori intorno alla stessa come vorrebbe la prassi finanziaria) dei tassi di rendimento medi delle 66 società prese a campione era poi ritenuto del tutto errato. FFT infatti tendeva a sottostimare il rischio delle proprie attività ingiustificatamente, in modo da motivare il proprio basso tasso di rendimento e quindi la propria bassa remunerazione. Usava poi tale argomento anche in propria difesa, dichiarando che i prestiti infragruppo venivano considerati del tutto privi di rischio. Le 66 società prese a campione si occupavano di leasing, factoring ed erano presenti anche due banche centrali, le caratteristiche delle stesse risultavano dunque più simili a quelle di una borsa valori<sup>288</sup> piuttosto che a quelle di una banca. Erano infatti generalmente caratterizzate da un portafogli diversificato che tendeva a ridurre il rischio, già così quindi la mediana risultava abbastanza bassa, conseguentemente la scelta del 25° percentile (che si può volgarmente ed approssimativamente definire come mediana della mediana verso il basso, ovvero il “limite alto” del primo quartile) quale valore di riferimento, quindi di un rendimento atteso ancor più basso, ovvero dello 0,29% (25° percentile) piuttosto che dello 0,64% (valore della mediana), era completamente illogica siccome di contro FFT non aveva un portafogli diversificato: i suoi prestiti infatti erano diretti alle società del gruppo Fiat, come tali tutte appartenenti al settore automobilistico<sup>289</sup>, dunque il rendimento atteso avrebbe conseguentemente e senza ombra di dubbio dovuto essere maggiore sia del 25° percentile sia della mediana risultanti, in quanto il rischio era concentrato in un unico settore e verso una singola entità economica.

---

<sup>287</sup> Circa i requisiti di capitalizzazione per lo svolgimento di attività finanziarie.

<sup>288</sup> Motivo per cui erano state ritenute già di per sé inadeguate come metro di paragone per l’attività di FFT.

<sup>289</sup> Dunque in presenza di un portafogli non diversificato. L’esposizione al rischio è sempre considerata chiaramente maggiore in tale caso rispetto a quello di un portafogli diversificato.

Per tali ragioni, non sussistendo giustificazioni (e non essendo stato nemmeno tentato di fornirle), la Commissione concludeva che il Lussemburgo aveva concesso aiuti individuali a FFT (e dunque in generale al gruppo Fiat, che per esempio aveva manifestatamente ottenuto ufficialmente capitali a tassi nettamente inferiori rispetto a quelli di mercato ed accessibili ai suoi concorrenti) ed ordinava al Granducato di quantificare entro due mesi l'entità esatta di tali somme, esigendone entro quattro la restituzione comprensiva degli interessi, da FFT oppure in subordine dall'intero gruppo FCA.

### 3.5 Il caso Starbucks

Starbucks Manufacturing EMEA BV, con sede in Olanda, era l'unica società di torrefazione del caffè per il gruppo statunitense Starbucks in Europa. La società distribuiva e vendeva caffè torrefatto ed altri prodotti<sup>290</sup> destinati all'impiego presso i punti vendita Starbucks in Europa, Medio Oriente ed Africa (da cui l'acronimo contenuto nella ragione sociale "EMEA"). L'indagine della Commissione portava a conoscenza un *ruling* che la società aveva concordato con le autorità fiscali olandesi nel 2008 che gli aveva consentito di risparmiare circa 20-30 milioni di euro al 2015<sup>291</sup>. Nel merito veniva accordata la corresponsione di royalties estremamente onerose per l'impiego del *know-how* circa la tostatura dei chicchi di caffè al Alki, una società facente parte del gruppo con sede nel Regno Unito ed il pagamento di prezzi gonfiati per l'acquisto di chicchi verdi di caffè a Starbucks Coffee Trading SARL, altra società del gruppo, di diritto svizzero.

Gran parte degli utili che riportava la società venivano impiegati per il pagamento delle royalties ad Alki, che grazie ad altre sofisticate strutturazioni riusciva a sottrarsi all'obbligazione fiscale e nel Regno Unito e nei Paesi Bassi.

La circostanza più peculiare era che nessun'altra società al mondo che si occupava di torrefazione per il gruppo Starbucks versava diritti per l'impiego del *know-how* pur trovandosi nelle stesse identiche condizioni di Starbucks Manufacturing EMEA BV.

L'aumento del margine sul costo dei chicchi di caffè da parte della società svizzera, più che triplicatosi a partire dal 2011, faceva il resto: la controllata olandese della torrefazione riusciva a stento a corrispondere le royalties ad Alki: più precisamente

---

<sup>290</sup> Principalmente accessori quali tazze, componenti d'arredo per i punti vendita della catena macchinari, ecc.

<sup>291</sup> Si apriva così il procedimento relativo all'aiuto SA.38374, conclusosi con Decisione (UE) 2017/502; link: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/253201/253201\\_1596706\\_60\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/253201/253201_1596706_60_2.pdf).

gli introiti derivanti dalla sola torrefazione del caffè, al netto dei costi gonfiati per l'acquisto del caffè stesso oltre che di quelli per la sua produzione, erano paradossalmente insufficienti a pagare i diritti del *know-how* per la realizzazione dell'attività stessa, per onorare i quali si dovevano quindi impiegare anche i proventi delle altre attività secondarie svolte dalla società<sup>292</sup>.

Sostanzialmente l'intero utile della Starbucks Manufacturing veniva dunque spostato verso lidi più sicuri.

Il trattamento riservato dall'Olanda a Starbucks veniva dunque dichiarato dalla Commissione contrario al divieto di aiuti di Stato cui all'art 107 comma 1 del TFUE.

#### 4. Evoluzioni recenti

Con due inaspettate pronunce, il Tribunale dell'Unione europea, cui le parti soccombenti nei procedimenti della Commissione europea volti ad accertare eventuali violazioni dell'art. 107 TFUE avevano fatto ricorso, ha annullato le decisioni relative a Starbucks ed a Apple.

Il 24 settembre del 2019<sup>293</sup> il Tribunale ha accolto il ricorso di Starbucks contro la decisione UE 2017/502 nella quale era stata condannata a rifondere circa 30 milioni di euro di aiuti percepiti indirettamente dal Regno d'Olanda attraverso un risparmio di oneri fiscali sull'imposta dei redditi delle società: ai sensi del Tribunale, infatti, la Commissione era stata incapace di dimostrare l'aiuto al funzionamento concesso alla multinazionale del caffè.

Il 15 luglio del 2020 il medesimo Tribunale<sup>294</sup> accoglieva anche il ricorso di Apple contro la decisione UE 2017/1283<sup>295</sup> che la obbligava a rifondere la Repubblica d'Irlanda di circa 13 miliardi di euro più interessi, sempre sotto il profilo dell'ottenimento di un indebito trattamento fiscale favorevole. Sarebbe infatti risultata carente anche in questo caso la dimostrazione della selettività della misura, requisito indispensabile per la concretizzazione della fattispecie cui all'art. 107 del TFUE.

---

<sup>292</sup> Come la vendita di tazze ed altri accessori per i punti vendita Starbucks.

<sup>293</sup> Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 24 settembre 2019. Link: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/2f730169-1a60-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-it/format-HTML>

<sup>294</sup> Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 15 luglio 2020. Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62016TJ0778>.

<sup>295</sup> Relativa la Decisione (UE) 2017/1283, del 30 agosto 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.38373. Link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228621&pageIndex=0&doclang=IT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=9644395>.

## CAPITOLO III

### 1. I contorni sfumati della libertà di stabilimento

Partendo da un esame sulla libertà di stabilimento, emerge innanzitutto che la Corte di giustizia ha elaborato il concetto di abuso in modo differente a seconda che si trattasse di questioni fiscali o meramente societarie. Ha infatti dimostrato una maggiore elasticità, attribuendo alla libertà una portata ancor più vasta, nel caso in cui si trattasse di questioni meramente societarie, rilevando l'ingiustificatezza in tal caso di normative restrittive nazionali sulla base del fatto che a prescindere da tutto doveva essere garantita alle imprese la possibilità di operare in una giurisdizione diversa da quella propria d'origine senza alcuna limitazione; sul tema fiscale è emerso invece un rigore maggiore che ha consentito alle corti nazionali di elaborare alcuni concetti come per esempio quello di "esterovestizione" in Italia<sup>296</sup>, che, sulla falsa riga della normativa appunto sulle "SEC" cui al caso Cadbury-Schweppes, la sentenza pilota in tal senso, consentono di colpire i casi in cui risulta palese che l'unico motivo della localizzazione di un'impresa in un dato luogo è da ricondursi all'opportunità fiscale.

Tuttavia, a quanto risulta dalla realtà dei fatti, per come emersa dalle inchieste giornalistiche ma soprattutto per come messa nero su bianco ad opera delle stesse istituzioni, comprese quelle giurisdizionali, dell'Unione europea, appare chiaro che la parziale elaborazione di principi in chiave "antielusiva" non è stata sufficiente ad impedire l'arbitraggio da parte delle imprese nella scelta della propria localizzazione, troppo spesso dettato da ragioni estranee agli scopi che la libertà europea intenderebbe garantire. A causa della sovranità assoluta che gli Stati membri hanno mantenuto sulla fiscalità diretta, nonché delle opportunità che offrono le caratteristiche dell'economia moderna, infatti, tale fenomeno risulta sempre più diffuso.

Questo è da ricondursi carattere "ibrido", già sottolineato, dell'Unione europea come istituzione, che da un lato presenta alcuni caratteri propri di una federazione e dall'altro invece non garantisce un *corpus* esaustivo di norme applicabili a tutti i suoi consociati che garantisca l'uniformità applicativa di importanti aspetti che si intrecciano strettamente con altri che dal canto loro sono già regolamentati a livello

---

<sup>296</sup> Di cui un valido esempio può essere la "saga" delle vicende giudiziarie nei confronti del gruppo Dolce & Gabbana, accusato di elusione fiscale.

unitario. Viene da pensare che spesso in sede comunitaria si siano fatti dei grandi passi in avanti senza però pensare *ex ante* alle forti implicazioni che le innovazioni nel processo di integrazione avrebbero comportato. In questo caso per esempio, la predisposizione contestualmente all'attribuzione delle libertà di dei limiti, attraverso la tipizzazione delle cd. clausole antielusive, nonché di dei criteri di coordinamento, data la presenza di forti divergenze normative tra gli Stati, avrebbe certamente orientato più proficuamente le condotte ed evitato numerose controversie.

Prescindendo dalla pluralità di criteri di collegamento delle società con un dato territorio adottati dagli Stati membri, che pure hanno chiaramente comportato notevoli complicazioni; ad ogni modo la mancanza di una clausola trasversale, imposta da un regolamento a livello unitario, nel contesto del riconoscimento della nazionalità, sia di persone fisiche che giuridiche, che imponesse la verifica del rispetto dello scopo perseguito dal Trattato, ovvero quello di consentire lo svolgimento di attività economiche effettive in uno Stato diverso da quello d'origine, non risulta giustificata. Proprio perché non si tratta di uno Stato federale, il fatto di essere residenti in un Paese piuttosto che in un altro infatti non è del tutto superfluo come vorrebbe risultare dalla lettura delle disposizioni sulla libertà di stabilimento: a parte lo *status* di "cittadino europeo" il possesso di una specifica nazionalità comporta ancora oggi notevoli differenze rispetto ad un'altra. In riferimento alla tassazione, che qui più ci interessa, questa serve a sostenere la spesa pubblica, la quale è proporzionale ai cittadini che insistono su un dato territorio. In assenza di alcun tipo di armonizzazione in tal senso e con un bilancio europeo del tutto insignificante rispetto ai prodotti interni lordi, dunque di conseguenza anche rispetto alle spese pubbliche degli Stati membri<sup>297</sup>, la nazionalità, fittizia o reale, di una società o di un individuo, potrebbe dunque fare la differenza.

Ad ogni modo la libertà di stabilimento rappresenta uno dei principi fondamentali dell'Unione europea e la sua trattazione nel presente elaborato è mirata a metterne in risalto il ruolo di primo piano nel semplificare ancor di più l'arbitraggio nella scelta della giurisdizione che risulti più conveniente, senza che sia al contempo necessario dimostrare un'effettiva ragione economica che la giustifichi. Si tenta dunque in tal

---

<sup>297</sup> Come sostenuto da Boria (2017), che ci illustra come, nonostante fin dal 1970 si fosse concordata programmaticamente l'implementazione di un sistema che superasse la necessità di contributi periodici da parte degli Stati membri, in favore di un sistema di autofinanziamento delle risorse necessarie al funzionamento della Comunità, tuttavia, ai sensi dell'art. 311 del TFUE, le risorse proprie dell'Unione europea ammontano oggi all'1,27% dei prodotti interni lordi degli Stati membri, derivante dalla condivisione da parte degli Stati dell'1% massimo del gettito Iva e dall'imposizione a questi di un contributo annuale pari circa sempre all'1% dei rispettivi Pil.

senso di dimostrare l'insufficienza, in parte nel corso del tempo sanata, dei relativi e necessari "provvedimenti attuativi", della mancanza di una visione d'insieme che cogliesse le innumerevoli implicazioni che scaturivano dal riconoscimento di un diritto dalla portata così ampia come quello di specie, offrendo soluzioni pratiche.

## 2. L'appropriatezza della disciplina sugli aiuti di Stato

Come accennato la Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente ribaltato due decisioni della Commissione concernenti la concessione da parte dei relativi Stati di aiuti attuati tramite la detassazione, illegali ai sensi del diritto comunitario: quello nei confronti del gruppo Apple e la Repubblica d'Irlanda e quello nei confronti del gruppo Starbucks ed il Regno d'Olanda. Tra i due casi verrà approfondito quello su Apple, per la sua maggior importanza sia per la notorietà del gruppo, peraltro esplosa<sup>298</sup> proprio nello stesso periodo dei fatti oggetto del vaglio della Commissione<sup>299</sup>, sia per l'entità economica della controversia, siccome si parla di quasi 15 miliardi di euro. Ad ogni modo poi, il motivo che ha condotto all'annullamento delle rispettive decisioni, è il medesimo.

Leggendo il dispositivo della sentenza emessa il 15 luglio 2020<sup>300</sup> si osserva che il Tribunale ha accolto nel merito il ricorso delle parti resistenti sostanzialmente reputando che la Commissione fosse occorsa in errore conducendo un'analisi eccessivamente "semplicistica": nello specifico, si rilevava che il ragionamento dell'autorità antitrust volto a dimostrare la selettività dell'aiuto, facente perno sul fatto che le filiali irlandesi di ASI e AOE fossero le uniche a poter svolgere tutte le attività che invece venivano ufficialmente attribuite alla competenza delle "sedi centrali" delle stesse, fosse stato condotto per mera esclusione. Ne sarebbe conseguita la mancanza di una dimostrazione positiva del ruolo effettivo delle filiali nella produzione della gigantesca ricchezza che andava a rappresentare la base imponibile oggetto della controversia. L'istituzione comunitaria aveva infatti ritenuto sufficiente la dimostrazione del fatto che le "sedi centrali", non vantando alcuna evidenza fisica della propria esistenza, fossero nella realtà una mera finzione e che dunque non potessero avere in alcun modo la possibilità, per motivi eminentemente

---

<sup>298</sup> Chiaramente di pari passo con la crescita esponenziale del valore della società.

<sup>299</sup> Ovvero più o meno in concomitanza con il lancio da parte di Apple del primo "iPhone", avvenuto nel 2007.

<sup>300</sup> Accennata al termine del secondo capitolo.

pratici, di poter compiere le attività ed assumersi conseguentemente i rischi che l'enorme mole di competenze che ufficialmente risultava gli fossero state attribuite avrebbero comportato. Il ragionamento del Tribunale dunque, pur senza affermarlo espressamente essendosi per l'appunto limitato anch'esso ad uno sviluppo per mera esclusione, avrebbe ricondotto il merito del successo del gigante informatico, frutto quasi esclusivo dell'impiego della propria proprietà intellettuale, direttamente alla Apple Inc. negli Stati Uniti. Nella sostanza quindi come indicato su ogni prodotto contraddistinto dal "logo della mela", dove si specifica che nonostante gli oggetti siano effettivamente prodotti in Cina sono tuttavia "Designed by Apple in California", laddove con "designed" si indica un'attività molto ampia, idonea a ricomprendere ogni aspetto dell'ideazione, della progettazione e dello sviluppo dei prodotti (nonché dei software) e non soltanto quella relativa al "design", quindi all'estetica, come una superficiale traduzione in italiano potrebbe suggerire.

Il Tribunale sosteneva poi la propria decisione anche censurando la correttezza dell'asserzione ad opera della Commissione circa la divergenza tra i principi di libera concorrenza ed il contenuto degli accordi tra l'Irlanda e Apple: con riferimento alle relazioni degli esperti predisposte dalle parti resistenti ai tempi del procedimento al fine di supportare le proprie ragioni, i giudici europei rilevavano come di fatto gli "intervalli di libera concorrenza" fossero di un'ampiezza tale, stante la loro intrinseca indeterminabilità per come emergeva direttamente dall'analisi delle relative linee guida dell'OCSE, da non potersi comunque ritenere dimostrata nel caso di specie un'assoluta estraneità dei *ruling* contestati agli stessi. Questa veniva invece decretata dalla Commissione sulla base della semplice affermazione strumentale alla dimostrazione della propria tesi e priva di una dimostrazione empirica, che la remunerazione scelta risultava essere troppo bassa.

La tesi della Commissione circa l'assoluta erroneità della scelta della "parte sottoposta a test" nell'ambito del "net margin method" pure, ai sensi del Tribunale, veniva ritenuta non sostenibile, siccome anche in questo caso, analizzando le linee guida dell'OCSE, non sarebbe stato possibile identificare univocamente quale tra le parti dovesse essere sottoposta al test stesso. Allo stesso modo, sempre nel quadro del TNMM, la scelta di impiegare le vendite come indicatore del livello di utili ad opera della Commissione nella sua analisi al posto dei costi operativi come era stato concretamente fatto nel quadro dell'accordo tra l'Irlanda ed Apple, senza tuttavia

dimostrare positivamente che tale scelta fosse inappropriata, risultava ai giudici una carenza probatoria.

Il tutto portava la Settima Sezione ampliata del Tribunale a decretare che: *“La Commissione non è riuscita a dimostrare che gli errori metodologici da essa dedotti contro i metodi di attribuzione degli utili avallati dai ruling fiscali contestati, relativi alla scelta delle succursali irlandesi in quanto parti sottoposte a test, alla scelta dei costi operativi quale indicatore del livello degli utili e ai livelli di rendimento accettati dai ruling fiscali contestati avevano portato a una diminuzione degli utili imponibili dell’ASI e dell’AOE in Irlanda. Pertanto, essa non è riuscita a dimostrare che tali ruling avessero concesso un vantaggio a tali società.”*<sup>301</sup> e che dunque: *“In tali circostanze, occorre accogliere i motivi dedotti dall’Irlanda nonché dall’ASI e dall’AOE, vertenti sul fatto che, nell’ambito del suo ragionamento in subordine, la Commissione non è riuscita a dimostrare l’esistenza di un vantaggio nel caso di specie, ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 1, TFUE.”*<sup>302</sup>. In questo modo i giudici convalidavano indirettamente le primissime affermazioni difensive formulate specialmente da Apple in concomitanza con la decisione di avvio del procedimento nel 2013, ovvero che la Commissione avrebbe tentato di armonizzare l’imposizione diretta delle società in Europa tramite l’inadeguato strumento offerto dagli artt. 107 e 108 TFUE. Questa impostazione è confermata tra le righe anche dalla relazione del Parlamento europeo<sup>303</sup>, la quale affermava che in mancanza di altri strumenti al fine di porre un ostacolo alla concorrenza fiscale sleale, la disciplina sugli aiuti di Stato stava dando “una grande mano”.

Emergeva infatti dalla ricostruzione effettuata dai giudici che in sostanza la situazione per come si era concretizzata era semplicemente ascrivibile a delle asimmetrie tra insindacabili norme e trattati fiscali di due Stati sovrani: gli USA e l’Irlanda (su cui le parti di buon grado avevano evitato di andare ad indagare eccessivamente: i giudici, infatti, non nascondevano di aver rilevato ad ogni modo numerose condotte superficiali in carico ai soggetti ricorrenti, specialmente in occasione della predisposizione e conclusione dei due accordi fiscali, lasciando

---

<sup>301</sup> Cfr. punto n. 480 del dispositivo della sentenza.

<sup>302</sup> Cfr. punto n. 481 del dispositivo della sentenza.

<sup>303</sup> Riportata al termine del primo capitolo.

presagire<sup>304</sup> che in realtà Apple avesse effettivamente con alta probabilità risparmiato indebitamente “qualche” danaro).

Ciò che dunque ha portato all’annullamento della decisione è stata la rilevata mancanza di un elemento essenziale previsto dalla legge per sostenerla, ovvero la selettività. A ben vedere tuttavia, linearmente, questa manca effettivamente ed oggettivamente, siccome l’intenzione (nel caso specifico dell’Irlanda, ma il ragionamento è serenamente suscettibile di una vasta estensione ad ogni caso analogo), non è minimamente quella di aiutare una specifica società bensì di aiutare se stessi, la propria economia nazionale, concedendo le migliori condizioni possibili all’interno del mercato unico specialmente alle grandi multinazionali, a qualsiasi di esse, in modo da attrarne il maggior numero possibile a sé (certo è che se poi aiuti un “gigante” come può esserlo Apple ti porti molto avanti col lavoro). Il problema quindi è da ricercarsi nella natura intrinseca del sistema fiscale di questi Paesi, se non nelle leggi, comunque in quella che potremmo definire la prassi amministrativa in materia tributaria, nonché nei trattati bilaterali. Comunque sia poi, anche già le leggi di per sé, come rilevato in relazione a 7 Paesi (tra cui l’Irlanda) dalla stessa Commissione europea nel “Winter package 2018” (e non solo), risultano garantire condizioni oltremodo appetitose per le imprese se paragonate a quelle applicate dalla generalità degli Stati membri, soprattutto per quanto riguarda il trattamento e la tassazione di interessi, dividendi e proprietà intellettuale (ovvero principalmente le royalties).

Altra concausa del problema è chiaramente l’inadeguatezza del modello generalmente riconosciuto e vigente a cogliere le reali dimensioni dei business e delle operazioni infragruppo ed il loro nesso con un territorio.

Risulta quindi, al contrario di come sostenuto dal Parlamento europeo<sup>305</sup>, che è sostanzialmente una perdita di tempo scapicollarsi per anni a cercare cavilli di accordi semi-segreti nel tentativo di trovare una soluzione per arginare il manifesto problema dato dall’esistenza di Paesi che pongono in essere una concorrenza sleale nei confronti degli altri membri dell’Unione, sleale proprio perché contrastante con i principi fondamentali dell’Unione stessa (specialmente con l’art. 4 del TUE). È inutile perché la maggior parte delle condizioni che consentono di attuare queste

---

<sup>304</sup> Quando ci dice che: “Occorre anzitutto rilevare che, certamente, l’approccio della Commissione consistente nel confrontare, da un lato, i risultati della propria analisi e, dall’altro, gli utili imponibili dell’ASI alla luce dei ruling fiscali contestati avrebbe potuto consentirle, in linea di principio, di dimostrare l’esistenza di un vantaggio selettivo.” (cfr. punto. 468).

<sup>305</sup> Sempre nella succitata Relazione del 2015 sulla concorrenza fiscale e l’abuso dei *ruling fiscali*.

pratiche sono come tali incensurabili tramite lo strumento ed conseguenti poteri di cui la Commissione è attualmente dotata.

L'Irlanda in questo ambito è stata molto lungimirante, i rapporti con la Apple risalgono addirittura alla fine degli anni '70 e nel 1980 venne aperto il primo stabilimento a Cork, a quei tempi la casa di Cupertino era veramente insignificante sul mercato, così come lo era in generale il mercato dell'informatica. Si pensi che solo nel 1984 arrivò "Apple Machintosh"<sup>306</sup>, il primo computer con interfaccia grafica "a finestre", un prodotto che costava come oggi costano venti computer di ultima generazione, dunque sostanzialmente come un'automobile nuova e nemmeno del segmento più basso, un bene di nicchia prevalentemente destinato ad impieghi professionali ed aziendali specifici. A ben vedere, anche la stessa Irlanda a quei tempi era un Paese mediamente piuttosto arretrato.

Probabilmente dunque un contributo positivo di Apple, la prima "big" ad essere approdata sull'isola, nel fornire quell'esperienza e quella familiarità con il settore tecnologico che si sono poi rivelate determinanti per lo sviluppo dell'Irlanda specialmente successivo all'ultima crisi della fine del primo decennio del duemila, c'è stato. Come abbiamo visto nel primo capitolo infatti l'Irlanda è oggi la Nazione europea che è maggiormente capace di attrarre risorse umane ed investimenti legati al settore della tecnologia, unico tra quelli che in questi ultimi anni può essere capace di crescere con tassi a doppia cifra; ciò non soltanto per motivi legati alla fiscalità, comunque molto accomodante, nonché all'efficienza delle pubbliche amministrazioni e la snella burocrazia, fattori pure questi fondamentali per sperare di poter risultare attraenti, ma, in misura determinante, perché è diventato un terreno fertile dove brulicano le attività legate all'informatica ed è quindi altamente probabile che ne continuino a fiorire altre nel futuro, così come in un campo le margherite. Questo è avvenuto grazie a politiche intelligenti, coerenti, mirate e soprattutto stabili nel tempo, che hanno innescato questo processo virtuoso iniziato a quanto risulterebbe da circa quarant'anni, ma di cui si colgono i frutti in modo evidente soltanto nell'ultimo decennio.

Occorre dunque domandarsi a chi spetterebbero questi 13 miliardi più interessi che l'Irlanda è riuscita con grande sforzo ad evitare di farsi restituire (ben l'8% circa del

---

<sup>306</sup> Oggetto della celeberrima presentazione da parte di Steve Jobs a San Francisco il 24 gennaio 1984; link: <https://www.youtube.com/watch?v=2B-XwPjn9YY>.

proprio Pil<sup>307</sup>). Essendo la sentenza recente e suscettibile di ricorso alla Corte di Giustizia, potremmo aspettarci evoluzioni future, per ora possiamo limitarci ad affermare che il Tribunale al riguardo non ha statuito nulla, com'era naturale che fosse. Si è infatti limitato ad annullare l'ordine di recupero imposto precedentemente dalla Commissione all'Irlanda, con ciò lasciando le somme oggetto della controversia alla titolarità legittima di Apple. Ad ogni modo, tramite una prima analisi, secondo i principi sulla tassazione internazionale, i criteri della fonte e della residenza li attribuirebbero in ogni caso o agli Stati Uniti o all'Irlanda. Sappiamo tuttavia che per esempio la nostrana Agenzia delle Entrate e l'analoga autorità singaporiana già prima del procedimento innanzi alla Commissione recriminarono, con successo, delle somme all'ASI e all'AOE per imposte non corrisposte presso le proprie rispettive giurisdizioni. Questo è avvenuto perché comunque, prescindendo per adesso la questione circa l'adeguatezza dei criteri internazionalmente riconosciuti per l'allocatione dei diritti impositivi, la "fonte" della ricchezza non può in alcun modo essere una monade: alcune delle operazioni principali della catena del valore, nonché molte operazioni trasversali, ma non perciò meno fondamentali per giungere alla vendita del singolo oggetto od alla prestazione dello specifico servizio al consumatore (ad esempio lo studio del settore, gli adattamenti, la distribuzione, la traduzione nelle varie lingue, ecc.), come pure certamente l'attività promozionale, sono infatti comunque svolte necessariamente in tutti i mercati in cui una multinazionale è presente, come spesso sottolineato anche dalla Commissione. I business multinazionali necessitano in ogni caso, come presupposto fondamentale per una strategia di successo, di uno studio accurato dei singoli mercati, dello sviluppo di strategie differenziate e pure di prodotti parzialmente differenziati per ciascun mercato<sup>308</sup>. Queste attività indispensabili, logicamente, non si possono svolgere a livello centrale, nel caso per esempio della Apple a Cupertino in

---

<sup>307</sup> Infatti, nonostante l'ultimo dato disponibile circa il Pil irlandese al 2017 (a cui risale la fonte) lo quantificasse in 275 miliardi di euro, tuttavia l'enorme peso su questo numero del fatturato di Google, Facebook, Microsoft ed Apple relativamente alle sedi irlandesi stimato, ad opera dell'equivalente irlandese dell'ISTAT, il "Central Statistics Office", in circa 85 miliardi, rendeva necessarie delle rettifiche. A tal proposito, per ottenere un indicatore maggiormente concreto delle dimensioni dell'economia irlandese, lo stesso istituto aveva elaborato un nuovo indice, denominato "GNI" ovvero "Gross National Income" traducibile come profitto interno lordo, che veniva stimato in appunto 190 miliardi. La necessità di epurare dal risultato nazionale lordo i profitti delle principali multinazionali del digitale nasceva dal fatto che risultava chiaro che buona parte di tali profitti non generassero realmente alcun impatto occupazionale o di indotto effettivo sull'economia nazionale in quanto tali somme derivavano soltanto dalla presenza delle mere sedi fiscali senza che al contempo venisse svolto alcun tipo di attività effettiva. Si badi bene, tutto ciò ad opera di un ente istituzionale irlandese (Business Insider, Scancarello, 27 luglio 2017); link:

<https://it.businessinsider.com/il-grande-bluff-dellirlanda-il-pil-e-gonfiato-senza-le-multinazionali-vale-il-30-in-meno/>.

<sup>308</sup> Spesso coincidente con un territorio nazionale.

California, bensì devono necessariamente essere effettuate ad opera di succursali, filiali, agenzie, rivenditori e professionisti dipendenti od indipendenti presenti capillarmente a livello locale<sup>309</sup>. Da queste entità la strategia pianificatoria aziendale a livello centrale provvede a dirottare i profitti, rappresentati dalle vendite materiali ovunque oggettivamente osservabili, principalmente tramite l'imposizione di royalties elevatissime (come nel caso esaminato di Starbucks) verso entità del gruppo localizzate nelle giurisdizioni "complici" della pianificazione fiscale. Ciò in virtù della formale attribuzione a questi ultimi principalmente dei diritti sulla proprietà intellettuale. Si spiega così il grandissimo successo di quelle giurisdizioni che offrono le migliori condizioni contemporaneamente sia riguardo il trattamento della proprietà intellettuale sia fiscali in generale, passando anche per la detassazione dei dividendi ed in alcuni casi alla possibilità che questi ultimi possano agevolmente essere dirottati altrove, oramai ad ogni modo più difficile<sup>310</sup>.

Questo concetto apre la strada ad un'altra critica molto importante alla disciplina sugli aiuti di Stato e specialmente all'aspetto del recupero delle somme. Il sistema infatti nasce originariamente per gli aiuti attivi alle imprese da parte degli Stati, dunque tramite sovvenzioni e salvataggi, vale a dire interventi diretti nell'economia, riconducibili a situazioni di rapporti isolati tra un'impresa e una giurisdizione e solo successivamente, in via "giurisprudenziale"<sup>311</sup>, è stato adattato alla materia fiscale. Come sappiamo però, la realtà rappresentata dai rapporti fiscali delle multinazionali con le giurisdizioni, non solo non è sempre limitata ad una singola relazione isolata, bensì, a ben vedere, proprio in funzione della definizione stessa di multinazionale, non lo è sostanzialmente mai: la moderna pianificazione fiscale aggressiva risulta infatti di contro proprio preclusa a quelle imprese che abbiano business esclusivamente domestici e non presentino una struttura articolata in più entità. Forse dunque, quando la Commissione nelle ultime delle tante pagine dei dispositivi delle proprie decisioni giustamente, nell'individuare i destinatari "privati", sottolinea che occorre riferirsi al gruppo nella sua universalità e non alle singole società che ne fanno parte direttamente interessate, allo stesso modo dovrebbe sforzarsi di individuare tutti coloro che potrebbero essere stati coinvolti dal fenomeno specularmente sull'altra faccia della medaglia, ovvero sul lato pubblico, vale a dire le

---

<sup>309</sup> Ed ivi operanti indifferentemente tramite le più svariate strutture giuridiche offerte dai diritti societari.

<sup>310</sup> In virtù della sostanziale abolizione dei paradisi fiscali veri e propri grazie agli sforzi internazionali degli ultimi anni.

<sup>311</sup> I principi di questo approccio innovativo sono poi stati indirettamente tipizzati ad opera di una Comunicazione della Commissione cd. "Sulla nozione di aiuto di Stato", 2016/C 262/01, nello specifico alla parte 5.4.4. "Ruling e transazioni fiscali"; link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52016XC0719%2805%29>.

varie giurisdizioni. Proprio allo stesso modo, infatti, come sottolineato dal Parlamento nella nota relazione, occorrerebbe prevedere il coinvolgimento di tutti gli Stati potenzialmente interessati in occasione della predisposizione dei *ruling* fiscali, che, strettissimamente connessi al tema, vengono conclusi come se fossero “affari” riservati relativi esclusivamente all’impresa ed al suo ospite, ma nella realtà vanno a toccare inevitabilmente rapporti ulteriori ed esterni ai confini della giurisdizione che detiene la mera, e spesso anche esclusivamente fittizia<sup>312</sup>, residenza fiscale.

Sempre riguardo il recupero poi bisogna ragionare sul fatto che gli strumenti giuridici adottati dai Paesi “civili” per sanzionare le condotte irregolari appaiono di norma sempre coerenti, agli illeciti gli ordinamenti reagiscono in modo razionale, logico, quasi tramite una legge di natura, fin dai tempi del “contrappasso”. Per citare un esempio l’art. 2043 del nostro codice civile<sup>313</sup>, su cui chissà quanti milioni di pagine di dottrina sono state spese, nella sostanza ci dice “chi rompe paga”, cosa che mi è stata insegnata dai miei genitori non appena ho posseduto la ragione sufficiente a comprendere il concetto. In questo caso invece, a causa dell’adattamento solo successivo dello strumento a scopi che originariamente non gli erano propri, non si riscontra minimamente questa linearità. Abbiamo infatti due soggetti, uno Stato ed un’impresa, gli accordi cui pervengono sono volti chiaramente<sup>314</sup> a produrre effetti benefici per entrambi: segnatamente per lo Stato maggiore occupazione (a volte), un generale sviluppo economico (a volte), ma comunque in ogni caso un gettito (seppur “mutilato” ma che senza tale “mutilazione” molto probabilmente sarebbe stato uguale a zero) e con la concreta possibilità nel futuro di percepirne molti simili. Inoltre, per quanto “mutilato”, se le basi sono enormi si parla comunque di cifre importanti. Per l’impresa invece i vantaggi sono chiaramente offerti dall’ottimizzazione dei costi legati alle imposte e dunque ad una prospettiva di crescita. Entrambi quindi perseguono scopi perfettamente naturali ma che possono avere delle ripercussioni negative su altre imprese ed altri Stati che si vanno a trovare in una situazione di svantaggio relativo, per questa ragione l’inquadramento della

---

<sup>312</sup> Andando in tal caso sostanzialmente ad incidere su rapporti completamente estranei rispetto alla parte pubblica rappresentata dall’autorità che concede il *ruling*.

<sup>313</sup> “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.” (Art. 2043 c.c.).

<sup>314</sup> Secondo il principio generale della corrispettività del contratto, cui è possibile associare analogicamente questi accordi in funzione della differente concezione “culturale” del rapporto tra contribuente e l’autorità fiscale che esiste in alcuni Paesi, dove anziché una temibile autorità sovraordinata che se possibile, la si inganna anche, come per esempio in Italia, l’agenzia fiscale è vista come un interlocutore con cui mettersi a tavolino al fine di pervenire alla migliore soluzione possibile nell’interesse generale delle parti. Ciò consente di definire il contribuente più che altro un “cliente”.

tematica nella disciplina della concorrenza è perfettamente coerente. Tuttavia, mentre l'impresa viene punita severamente tramite l'ingiunzione a restituire tutte le somme illecitamente risparmiategli (e stante l'innovatività di quello che è stato denominato "l'approccio Vestager" potevano eccome, specie nella prima fase oramai superata, porsi, come in effetti fatto presente per esempio sia da Amazon che da Apple, anche questioni di legittimo affidamento), lo Stato invece verrebbe specularmente e, nonostante tutto a quanto pare contro voglia, premiato. Eppure è quest'ultimo ad essere il maggior responsabile del comportamento illecito: sia perché rappresenta il soggetto attivo, la parte che ha ratificato l'accordo nell'esercizio dei propri poteri amministrativi<sup>315</sup>, sia perché tra i due è certamente dallo Stato che ci si dovrebbe aspettare un comportamento corretto, specie nell'ottica europea (in forza del 4 TUE), nonché imparziale nei confronti dei cittadini, che siano persone od imprese, straniere o meno.

I reali danneggiati invece non ricevono nulla e restano completamente estranei alla vicenda, a ben vedere, non vengono proprio nemmeno individuati.

Suole ormai poi cercare sempre di trovare una spiegazione, quasi in funzione giustificatoria, ai comportamenti scorretti: ebbene l'impresa cura semplicemente il proprio interesse primario, siccome le imposte sono sostanzialmente sempre le voci di costo tra le più alte di un bilancio aziendale, lo Stato invece "gioca" con un'impresa, che per quanto grande questa possa essere e per quanto la propria politica accomodante potrebbe sortire effetti macroeconomici positivi anche apprezzabili, rappresenterà sempre e comunque una minuscola frazione delle proprie competenze, responsabilità e necessità, dunque anche in tal senso tra i due risulta essere quello meno "giustificato".

Altro principio fondamentale della vicenda sanzionatoria è la deterrenza: questa semplicemente non risulta sussistere siccome l'impresa non ha nulla da perdere e lo Stato, che è l'attore nonché infatti il destinatario diretto della norma comunitaria, avrebbe addirittura eventualmente a guadagnarci. Non credo quindi siano necessari al riguardo ulteriori commenti.

Come poi rilevato anche da Margarethe Vestager, ai tempi commissario alla concorrenza, in relazione al caso McDonald's, a prescindere da tutto la censurabilità della condotta degli Stati in relazione alla propria politica fiscale è circoscritta ai casi

---

<sup>315</sup> Se non nel rispetto direttamente delle proprie norme o dei propri trattati, quando peraltro la pratica direttamente non risulta essere nemmeno censurabile.

nei quali l'aiuto risultasse scaturire da una deroga rispetto alle norme generalmente applicabili in una giurisdizione, ovvero nella sostanza precisamente il requisito della selettività<sup>316</sup>. Da ciò l'oggetto del vaglio dell'Autorità antitrust viene sostanzialmente relegato ai soli *ruling* fiscali<sup>317</sup>, i quali peraltro in risposta potrebbero essere stipulati anche oralmente secondo schemi riconducibili ai “gentlemen's agreements”, evitando così di lasciare traccia di sé. Inoltre appare palese che riguardo tali accordi persista la remora da parte di alcuni Stati alla condivisione dei relativi contenuti nonché a procedere con l'obbligatoria notificazione preventiva alla Commissione stessa, prevista dall'articolo 108 TFUE e dal Regolamento CE n. 659/1999.

Questo rappresenta un limite enorme che impedisce di sindacare norme primarie e secondarie nonché i trattati bilaterali, indispensabili per implementare le pratiche che sortiscono il noto effetto che si vuole combattere.

### 3. Un diritto europeo della concorrenza tra Stati

La circostanza che gli Stati si oppongano fermamente al ristoro offerto dalle decisioni della Commissione, nonché il fatto che sovente si riscontri una solidarietà reciproca tra questi, essendo soliti intervenire nei procedimenti in veste di “avvocati del diavolo” quando un loro “compagno di merende” viene inquisito dall'autorità antitrust, come nel caso Apple con l'intervento a supporto dell'Irlanda, non a caso, del Lussemburgo, mettono in risalto più di ogni altra circostanza la natura dell'elemento soggettivo che anima queste giurisdizioni. È un intento generale ed univoco, dunque molto distante dalla specifica selettività richiesta dalla norma, ed è chiaramente l'intenzione di instaurare una gara volta ad attrarre più capitali possibili, essere il porto d'approdo per quelle società che intendano operare in Europa essendo perfettamente consapevoli del fatto che la specificità del mercato comune renderebbe in questo modo la loro posizione molto attraente, siccome una volta stabilite in uno Stato membro le imprese avranno la possibilità di operare agevolmente in tutto il mercato unico europeo. Analogamente ovviamente il discorso si riferisce anche alle società già “europee”.

---

<sup>316</sup> In quanto il trattamento previsto per legge coincide per definizione con quello applicabile alla totalità dei cittadini e la selettività implica invece un trattamento, in relazione alle stesse identiche fattispecie, differenziato, che sia di favore o di sfavore.

<sup>317</sup> In quanto singoli accordi stipulati volta per volta in relazione ad uno specifico caso, dunque *ad personam*.

Appare un comportamento in tutto e per tutto assimilabile ad una strategia di una qualunque impresa che si voglia rendere molto competitiva nel proprio mercato applicando prezzi cd. predatori (questa pratica, ritornando e concludendo il discorso sulle sanzioni, qualora accertata, nella generalità dei diritti antitrust mondiali si definisce con una sanzione pecuniaria in carico all'attore della condotta, non con la restituzione a quest'ultimo del bene oggetto della pratica sleale).

Per porre in essere una simile strategia innanzitutto l'impresa deve possedere una notevole stabilità finanziaria: ebbene sono infatti solamente gli Stati "minori" che pongono in essere queste strategie, siccome questi vantano tendenzialmente una situazione macroeconomica migliore ed in ogni caso molto più gestibile<sup>318</sup> rispetto alle grandi economie mondiali, di cui i principali Paesi europei (come Germania, Italia e Francia) fanno (ancora) parte. Le ridotte dimensioni consentono poi agevolazioni anche sul piano strategico in relazione alla possibilità, per esempio, di impartire linee guida unitarie alle amministrazioni fiscali e controllarne il rispetto, comportano dunque generalmente una superiore snellezza burocratica. Dopodiché la strategia predatoria, per come definita della generalità dei diritti della concorrenza, è molto semplice: un'impresa, trovandosi in dette floree condizioni finanziarie, sfrutta il "margine di manovra" di cui in tal senso dispone per applicare condizioni estremamente vantaggiose per i consumatori ed irreplicabili da parte dei concorrenti. Irreplicabili perché questi ultimi "non se la passano così bene" come lui in quanto di minori dimensioni (in questo caso chiaramente al contrario rispetto al discorso delle dimensioni degli Stati), o perché indebitati, oppure perché appena entrati nel mercato sostenendo ingenti investimenti, ecc. Il margine di manovra è necessario perché il prezzo<sup>319</sup> per essere "predatorio" deve essere sostanzialmente insufficiente a coprire il costo totale sostenuto per la sua produzione e come tale risulterà chiaramente estremamente appetibile. Il lucro cessante che si viene a configurare ha tuttavia una chiara ed enorme potenzialità: è altamente probabile che l'imprenditore con questa strategia si accaparrì una fetta sempre più grande del mercato, riuscendo in alcuni casi anche ad estrometterne definitivamente i concorrenti.

Ebbene, anche qui, per tornare alla selettività, è assolutamente manifesto che seppur facendo ciò l'imprenditore "aiuta" i propri clienti proponendogli delle condizioni

---

<sup>318</sup> Specialmente considerando in tali casi un "welfare system" molto più "snello" da dover mantenere.

<sup>319</sup> Termine per indicare la generalità delle condizioni applicate al cliente.

talmente vantaggiose da poter essere garantite soltanto andando in perdita, dunque in sostanza facendogli un regalo, il suo intento non è tuttavia assolutamente quello.

Il paragone risulta pienamente calzante, forse anche aggravato nella sua anti-giuridicità nel panorama delle dinamiche tra gli Stati membri. Queste infatti più che essere riconducibili ad un rapporto concorrenziale (pure questo fino ad un certo punto sano ed infatti riscontrabile tra i principi impliciti dell'Unione, come pure degli Stati federati degli USA, per carità, ma certamente non in quest'ottica e nella misura in cui oggi si riscontra il fenomeno) dovrebbero essere ascrivibili a rapporti tra soci, ovvero alleati, membri per l'appunto.

Fintantoché non si realizza una maggiore integrazione fiscale in Europa, al fine di rendere concretamente operativo l'obbligo programmatico già posto in capo agli Stati di trattarsi con reciproca solidarietà, un nuovo strumento che si ispiri alla disciplina sui prezzi predatori dedicato però agli Stati, il "diritto della concorrenza tra Stati membri", che tenga conto dei margini di manovra che questi ultimi hanno, disomogenei a causa dei vincoli derivanti dall'adesione alla moneta unica, nonché condizionati dalle rispettive dimensioni, dalle emergenze che questi si trovassero a fronteggiare, dalla contingenza economica generale e da mille altri fattori, consentendo così di superare i limiti applicativi dell'art. 107 TFUE circa la selettività, aiuterebbe certamente a disegnare un'Europa più equa, quindi legittimata agli occhi dei propri cittadini, favorendo una vera e propria integrazione, che resta pur sempre la missione prima ed ultima del nostro partenariato. Più nello specifico, non dovrebbe essere consentito ad un dato Stato di attuare politiche estremamente espansive che un altro Stato al contempo non potrebbe permettersi nemmeno in minima parte di implementare dati i vincoli di bilancio derivanti dall'adesione alla moneta unica, perché in questo modo le differenze nelle *performance* economiche delle Nazioni non faranno altro che continuare ad aumentare in modo completamente antitetico rispetto agli obiettivi della Comunità. Il moderno "Welfare State" necessita infatti di ingentissime risorse per essere finanziato e questo è dimostrato da un progressivo aumento della pressione fiscale complessiva sostanzialmente in tutti i Paesi europei a partire dal dopoguerra fino ad oggi. A questo principio fanno eccezione soltanto gli Stati "minori" e tendenzialmente anche più ricchi, dove le basi imponibili sono vaste ed al contempo le spese pubbliche, riguardando un numero molto minore di abitanti, peraltro economicamente più agiati, sono enormemente inferiori: in questi Paesi la pressione fiscale è infatti rimasta nel tempo maggiormente

stabile. Questo circolo vizioso non può che essere arginato artificialmente tramite delle barriere normative proprio in ossequio alla cultura liberale che anima lo spirito europeo e che tradizionalmente come visto nel secondo capitolo ha per prima individuato nel diritto della concorrenza un presidio fondamentale per la salvaguardia dei meccanismi del mercato, contrariamente a come superficialmente si potrebbe pensare in relazione all'associazione tra il liberalismo di cultura anglosassone e la deregolamentazione.

A ben vedere poi, tali principi, nella dimensione “micro”, sono già presenti nello stesso diritto della concorrenza europeo, che come detto nell'Unione ha sostanzialmente competenza esclusiva ed è direttamente applicato dai giudici nazionali. Sempre nell'ottica del gioco dei prezzi applicati dalle imprese infatti, la giurisprudenza della concorrenza ha reputato in via generale ammissibile, anzi perfettamente logico, che considerando la perfetta paragonabilità dei prezzi data dall'adesione di molti dei Membri alla moneta unica, si riscontri l'applicazione di condizioni anche sensibilmente differenti tra gli Stati per le medesime prestazioni in funzione della ricchezza relativa delle rispettive giurisdizioni: per intenderci, se una casa produttrice di gelati vende il suo prodotto ad 1 euro in Portogallo e a 3,50 euro in Germania, in linea di principio, in presenza di un diritto concorrenziale applicabile unico, come nel caso appunto europeo, la condotta sarebbe scorretta<sup>320</sup>. La chiara eterogeneità del mercato unico ha invece comportato, già da tempo, la necessaria elaborazione di barriere artificiali al libero gioco dei mercati, che tengano conto del costo della vita nelle varie “regioni” dell'Europa. Si tratta semplicemente di un'applicazione concreta di principi comunque ricavabili sia dalle norme europee che italiane del diritto della concorrenza stesso, volti a favorire o comunque a non svantaggiare le aree meno sviluppate rientranti nel campo applicativo geografico delle disposizioni.

#### **4. Il superamento dell'attuale concetto di stabile organizzazione e la necessità di maggiore integrazione in Europa**

La stabile organizzazione, ovvero il “determinante” per poter riconoscere ad una giurisdizione il diritto all'imposizione sui redditi scaturenti dall'attività di un'impresa straniera (ovvero non residente) sul proprio territorio, è come abbiamo potuto

---

<sup>320</sup> Cd. “discriminazione di prezzo”.

constatare oramai diffusamente reputato uno strumento inidoneo a rappresentare il nesso economico tra un'impresa ed un territorio. Nello specifico l'OCSE in sede di redazione del progetto "BEPS" ha sottolineato la necessità di superare questo approccio in favore di criteri nuovi maggiormente funzionali alle mutate caratteristiche dell'economia mondiale.

È stata la rivoluzione digitale a mettere sopra ogni altra cosa in evidenza l'inadeguatezza del modello, nonché dei metodi di calcolo basati sull'*arm's lenght principle*, il cui impiego è consequenziale al riscontro della stabile organizzazione per ciò che attiene la quantificazione delle basi imponibili. Il fenomeno ha comportato infatti l'affermarsi di multinazionali gigantesche che superano completamente il concetto di territorialità dell'economia e basano la propria fortuna su dati immateriali che si muovono in meno di un secondo da una parte all'altra del mondo senza incontrare alcuna frontiera, possono fare a meno di avere strutture fisiche e risorse umane distribuite capillarmente sui territori, che anche quando esistono molto spesso non rappresentano il reale contributo che apportano al "totale della torta". È proprio da qui che nasce l'abuso consistente nell'attribuire formalmente i ruoli chiave a quelle succursali o società controllate che tra tutte si trovano nella giurisdizione che offre al gruppo nel suo complesso la soluzione maggiormente conveniente sotto il profilo fiscale, principalmente tramite la formale attribuzione a queste entità della titolarità ed il diritto di sfruttamento della proprietà intellettuale, l'*asset* su cui di fatto tali business moderni si basano, nonché tramite operazioni di finanziamento infragruppo a tassi non di mercato, localizzazioni in base alla tassazione dei dividendi più vantaggiosa e via dicendo. In questo modo è possibile riconoscere il merito della produzione della ricchezza a queste entità e dunque attribuirgli i conseguenti profitti relativi a tutta una macro area, come per esempio quella di tutto il mercato "EMEIA" in capo all'ASI, una delle due società controllate da Apple Inc. protagonista del noto procedimento innanzi alla Commissione.

Tuttavia, ad oggi, risulta chiaro che alcune di queste imprese sono veramente diventate le protagoniste della vita di tutti i giorni di centinaia di milioni di persone, viviamo in simbiosi con i dispositivi da loro fabbricati e tramite software da loro sviluppati installati sugli stessi scambiamo quotidianamente un'immensa mole di dati, com'è facilmente constatabile anche tramite un semplice raffronto tra il nostro personale consumo dei "dati cellulare" sugli smartphone di anche meno di dieci anni

fa rispetto ad oggi<sup>321</sup>. In questo modo cediamo moltissime informazioni personali, fondamentali soprattutto, attraverso il meccanismo della “profilazione” operante tramite gli ormai famigerati “cookies”, per il funzionamento della pubblicità, fonte di reddito estremamente importante per molte di queste imprese, specialmente per le piattaforme “gratuite”. Di conseguenza ci troviamo infatti davanti ogni giorno un’enorme quantità di annunci pubblicitari, sempre più vicini ai nostri gusti ed interessi, nonché territorialmente mirati.

La necessità “di tenere un comportamento cauto per evitare di ostacolare la rapida ascesa della digitalizzazione” per come emersa dal vertice di Ottawa nel 1998 può difficilmente considerarsi ancora attuale. Emergerebbe, ed anzi emerge effettivamente, di contro, l’esigenza di tutelare tutti gli altri settori dell’economia soprattutto a livello europeo, siccome da nessuna parte fuori dall’Europa esistono sistemi economici così grandi che si reggono in modo così determinante sulle piccole e medie imprese tradizionali, piccole produzioni ad alto valore aggiunto, artigianato, agricoltura, settore alimentare, ecc. vantando di contro una presenza così relativamente marginale della *digital economy* come quella europea (dimostrata come abbiamo visto dal fatto che nessuna delle più importanti multinazionali mondiali nel settore tecnologico, le quali rappresentano ormai la maggioranza delle imprese maggiormente influenti e presenti a livello mondiale, è effettivamente europea, bensì o americana od orientale). L’affermazione della rete è infatti ormai avvenuta, il processo non appare ragionevolmente suscettibile di ritrazioni, semmai il contrario, certo è che le nostre teste resteranno comunque chine sul *display*.

Addirittura, non guasterebbe nemmeno eccessivamente porre un freno a questo processo, prevedendo, oltre alla riforma dei principi della tassazione diretta internazionale ed eventualmente l’istituzione di accise sui flussi di dati<sup>322</sup>, anche la previsione di controlli più mirati nei confronti della rete, un ridimensionamento dei *cookies* di profilazione, maggiore attenzione ai temi di “data security” e pure ai profili concorrenziali, riferendomi in particolare alle normative “anticoncentrazioni”.

Ciò perché la rapidità evolutiva del fenomeno nonché la sua trasversalità, ovvero l’andare ad incidere direttamente od indirettamente anche su settori non

---

<sup>321</sup> Fino a tutta la prima metà del decennio scorso era normale avere un abbonamento con 1 o 2 gibabyte di internet al mese, oggi ne servono minimo 20/30 ed i piani tariffari oramai quasi sempre includono tra le offerte “base” la possibilità di consumarne sostanzialmente una quantità infinita.

<sup>322</sup> Come teorizzato fin dagli anni ’90 dal “Gruppo di esperti di alto livello” della Commissione europea con la proposta di una “bit tax” e sperimentato più recentemente con le “web tax” che in questi ultimissimi anni stanno prendendo piede in Italia, Francia, Inghilterra, Spagna, Ungheria, Austria e Repubblica Ceca, sulla base del modello della tassazione indiretta.

propriamente digitali, hanno raggiunto negli ultimi anni livelli esagerati e sono la prima causa della creazione di una società, come è oggi specialmente quella “occidentale”, iperconsumistica.

Del consumismo più “sfrenato”, peraltro, spesso si trascura il ruolo di primo ordine come causa dell’inquinamento atmosferico, argomento da sempre estremamente caro all’Unione europea; come dimostrato dal fatto che è uno dei pilastri guida del progetto d’integrazione economica comunitaria, oggetto negli ultimissimi anni di un’attenzione da parte della società di molto accresciuta ed infatti obiettivo fondamentale del nuovo progetto europeo varato dalla Commissione guidata da Ursula von der Leyen denominato “Green deal”<sup>323</sup>.

È necessario dunque trovare un modello nuovo, ed anche abbastanza in fretta, come conferma la recente vicenda delle “web tax” istituite dai governi francese ed italiano e non solo, ma che nei casi citati hanno comportato la minaccia di ritorsioni economiche da parte degli Stati Uniti di Donald Trump, che ha forse superficialmente interpretato l’iniziativa come una provocazione ed una forma di “dazio” verso i prodotti americani<sup>324</sup>. La realtà invece suggerirebbe di interpretare le isolate iniziative nostrane e dei nostri “cugini d’oltralpe”, peraltro dotate di scarsa efficacia, come il sintomo di un’exasperazione della società nei confronti di un’ingiustizia consistente nella disparità di trattamento tra imprese tradizionali e digitali, acuita dalla consapevolezza ormai universale, anche istituzionale, della situazione e dalla inerziale mancanza in risposta a ciò di iniziative concrete.

Il concetto di stabile organizzazione deve essere sostituito da un affidabile indicatore della presenza economica di una data impresa su un dato territorio. Ad oggi, il metodo migliore ed equo sembrerebbe quello di attribuire un ruolo di primo piano al numero di clienti ed in subordine di tenere in considerazione in un’ipotetica formula che si verrebbe così a creare i più tradizionali indicatori rappresentati dalla titolarità di strutture fisicamente osservabili e dipendenti, sebbene occorre ricordare che il fatto per uno Stato di vantare sul proprio territorio questi ultimi elementi apporta già di per sé vantaggi generali in termini di sviluppo economico nazionale ed occupazionali ma pure gettiti legati all’imposizione sugli immobili, sulla produzione e sul lavoro, dunque ulteriori rispetto a quelli rappresentati dalla tassazione indiretta applicata sui consumi, garantiti dalla mera presenza di una clientela nazionale.

---

<sup>323</sup> Il piano “verde” per l’Europa del futuro della Commissione europea; link: [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it).

<sup>324</sup> In quanto come sappiamo gli USA sono tra i “leaders” nel settore digitale.

Ovviamente il superamento del modello vigente dovrà essere concordato a livello internazionale, così come ai tempi lo stesso venne progettato tramite compromessi che consentirono di individuare la soluzione maggiormente condivisa.

Resta comunque però in questo caso il nodo europeo, siccome a quanto pare oggi una grossa parte del problema, come si sta evidenziando, è proprio relativa alla stessa Unione. Ai tavoli di negoziazione internazionali come quello dell'OCSE poi non siede l'Europa bensì i suoi singoli Stati membri siccome questi sono pienamente sovrani, specialmente sotto il profilo della fiscalità.

Occorre dunque focalizzarsi sulla nostra realtà e comprendere che gli scopi per cui l'Unione è stata creata sono oggi ancor più attuali che in passato: l'evoluzione degli equilibri macroeconomici mondiali suggerisce che tra non molto tempo tutte le Nazioni europee tra quelle che oggi fanno parte delle prime dieci economie a livello mondiale non saranno più presenti in questa classifica. La necessità di una forte unione, che tristemente viene ripetutamente sconfessata quanto alla sua pratica esistenza, è dunque ora più necessaria che mai, ed appare curioso che proprio a questo riguardo l'Europa, che è sempre stata pronta a fare grandi ed innovativi balzi in avanti, anche a volte troppo sbrigativamente (un po' "alla cieca"), in questo caso stia alla finestra, attendendo più di ogni altra cosa iniziative ad opera di altri, specialmente da parte dell'OCSE, sebbene abbia di contro delle competenze e dunque delle responsabilità ben maggiori di quelle che hanno organismi internazionali privi di ogni strumento vincolante. A questo riguardo, attualmente, l'Europa attende gli esiti del progetto OCSE per ciò che riguarda la riforma della tassazione internazionale dell'economia digitale nell'ambito del progetto BEPS, che come abbiamo visto è stata l'unica iniziativa capace di stimolare, dunque precedendole necessariamente, le uniche innovazioni recenti sul tema implementate a livello unitario riguardanti principalmente la *disclosure* internazionale ad opera delle direttive "DAC" ed "ATAD". Il termine dei negoziati OCSE è infatti slittato a causa del Covid-19 da fine 2020 a metà del 2021<sup>325</sup>. Specificatamente circa la *digital economy* poi, l'Unione europea attende anche certamente di capire quale sarà l'atteggiamento al riguardo della neonata amministrazione americana: quella di Joe Biden.

---

<sup>325</sup> Corriere Comunicazioni, Patrizia Licata (4 novembre 2020); link: <https://www.corrierecomunicazioni.it/digital-economy/web-tax-la-ue-concede-una-tregua-alle-big-tech-ok-allaccordo-nel-2021/>.

Se infatti da un lato è vero che il superamento del criterio della stabile organizzazione, inerendo la ripartizione dei diritti impositivi tra gli Stati, necessiterebbe di essere attuato a livello globale, è pur comunque vero che, il raggiungimento nel frattempo ed a prescindere dai progressi in sede internazionale di un sistema equo e coerente a livello europeo risulta essere doveroso ed urgente e non soltanto per ciò che riguarda la tassazione dei “giganti del web”. Ciò è dimostrato dal fatto che la tesi circa l’assoluta necessità di un’armonizzazione europea della tassazione diretta, almeno parziale e nei suoi principi fondamentali, è stata affermata come visto nel primo capitolo univocamente da moltissimi degli esperti che sono stati interpellati dalle istituzioni comunitarie fin dai primi anni sessanta, quando i problemi legati alla concorrenza fiscale erano certamente molto marginali rispetto ad oggi, non esisteva la digitalizzazione, vi erano solo sei Stati membri e la pressione fiscale, direttamente legata alla necessità di liquidità pubblica, era nettamente inferiore. Veniva infatti ritenuta meramente una necessità in quanto conseguenza logica del processo di integrazione e creazione del mercato unico, peraltro allora molto parziale, in una fase embrionale, mentre oggi sostanzialmente completato con in più la creazione da ormai di fatto trent’anni dell’unione monetaria.

Negli USA, così come in Canada, il criterio impositivo degli utili societari tra gli Stati federati che lo compongono è retto dal principio della “unitary entity theory”: da ciò ne discende innanzitutto che un’impresa, anche e soprattutto in forma di gruppo, viene considerata come unica entità a fini fiscali a livello federale: la base imponibile delle società e dei gruppi è dunque consolidata e comune tra i 50 Stati.

Per ciò che riguarda il riconoscimento del diritto all’imposizione alle varie giurisdizioni che compongono il mercato interno è la “taxable presence” a garantire il titolo alla giurisdizione che la vanta di sottoporre l’impresa al prelievo impositivo. Questa coincide con la mera operatività dell’impresa in un territorio e ciò è dimostrato dal fatto che il criterio principale adottato per la conseguente ripartizione degli utili o delle perdite totali sono le vendite realizzate. Un indicatore oggettivo a tal riguardo potrebbe essere l’assolvimento dell’imposta sul valore aggiunto, che segue in Europa il criterio armonizzato della destinazione finale, dunque del luogo della fruizione del prodotto finito; nel settore più strettamente digitale inoltre, un’indicazione importante in tal senso viene fornita per esempio dai contratti legati agli annunci pubblicitari, nonché comunque dalla possibilità di poter quantificare

esattamente ogni genere di flusso della rete senza porre problemi di privacy<sup>326</sup> (alla quale del resto non sembrerebbe che la società sia poi oramai più di tanto interessata, avendovi già, consapevolmente o meno, per gran parte rinunciato).

Una volta individuate tra il totale le giurisdizioni che in relazione ad una data impresa dimostrino essa svolga nel proprio territorio attività economiche, entrano in gioco le “apportionment formulas” (le “formule di ripartizione”). Queste servono appunto a ripartire il totale degli utili o delle perdite realizzate a livello federale tra le giurisdizioni. Ve ne sono di vari tipi, ciò perché i fattori da impiegare nella formula riconosciuti come potenzialmente rilevanti sono tre: “sales” ovvero le vendite; “assets” ovvero i beni, materiali ed immateriali, risultanti dalla contabilità; “payrolls” ovvero il totale del personale di cui l’impresa dispone e, per esempio negli Stati Uniti, i singoli Stati sono liberi di optare per l’impiego dei criteri che ritengono più idonei ed in ogni caso di creare il proprio specifico criterio tramite una ponderazione *ad hoc* dei tre fattori. Come accennato, la maggior parte degli Stati americani attribuisce importanza primaria, ed in molti casi esclusiva, alle vendite registrate presso la propria giurisdizione<sup>327</sup>.

Questo sistema rappresenta una vera e propria alternativa al sistema tradizionale retto dalla stabile organizzazione e dai prezzi di trasferimento, né è più precisamente l’esatto opposto. Si parla infatti di “unitary entity theory” e di “separate entity theory”, che sono rispettivamente il sistema adottato nelle economie interne (quindi normalmente i mercati nazionali, ma in modo perfettamente paragonabile il mercato unico europeo) ed il sistema teorizzato originariamente dalla Società delle Nazioni per la tassazione internazionale delle imprese.

Questo modello comporta, come è possibile intuire, notevoli semplificazioni procedurali, equità e soprattutto la neutralizzazione delle operazioni infragruppo, nonché la pressoché totale eliminazione dei problemi relativi alla doppia imposizione, che è sempre stata la principale criticità dei modelli di tassazione internazionale.

Dunque, analogamente, a livello europeo una soluzione, che si badi bene, è altamente, anzi pressoché totalmente, correlata a quella circa la proposta, arenata, della “CCCTB”, potrebbe essere quella di considerare le società controllate, le filiali di sedi centrali ed ogni genere di entità connessa e subordinata a società

---

<sup>326</sup> Ovvero basandosi semplicemente sugli indirizzi IP.

<sup>327</sup> Tabella illustrante i criteri applicati di connessione applicati nelle formule dai singoli Stati della Federazione degli Stati Uniti d’America; link: <https://www.taxadmin.org/assets/docs/Research/Rates/apport.pdf>.

extracomunitarie, dunque tutti i membri “europei” di una multinazionale, nonché chiaramente le società comunitarie con le loro relative strutturazioni, come un’unica entità a fini fiscali. Queste, oltre a dover dimostrare, come già proposto solo per quanto riguarda le imprese già “europee”, che la localizzazione in uno specifico Stato membro abbia rispecchiato lo scopo del Trattato, dovranno essere tutte iscritte in un registro centrale indicante “l’albero genealogico” a cui sono legate e conseguentemente presentare il bilancio finale d’esercizio consolidato ad un’ipotetica agenzia fiscale centrale europea la quale curerebbe, in stretta collaborazione con le autorità fiscali nazionali (presso le quali sarebbe auspicabile l’istituzione di una sezione distaccata altamente qualificata ad’uopo competente), la ripartizione in base ad una formula, analoga a quelle statunitensi illustrate, dei diritti impositivi Paese per Paese di tutte le attività economiche svolte sul suolo comunitario da una data impresa. Evitando di creare uno sdoppiamento delle autorità preposte alla riscossione, nonché la cessione effettiva della sovranità, le singole autorità nazionali poi provvederebbero a curare il rapporto col contribuente relativo alla propria quota di profitti o perdite di competenza prima individuata, ciascuno secondo le proprie regole ed aliquote<sup>328</sup>. Questo anche se pure l’alternativa di una gestione completamente centralizzata, con un conseguente ampliamento del bilancio europeo, come pure ventilato dalla relazione del Parlamento europeo del 2015, nonché in linea con progetti anche più risalenti<sup>329</sup>, non sarebbe del tutto avventata. Ne conseguirebbe a tal riguardo finalmente pure l’eliminazione di tutti i famigerati trattati bilaterali contro le doppie imposizioni, i quali in tale ipotesi certamente non avrebbero più ragione di esistere internamente<sup>330</sup> ed esternamente invece verrebbero sostituiti da un trattato unico europeo con ciascuno dei singoli Stati extracomunitari<sup>331</sup>, come di fatto avviene con i dazi doganali in entrata. Questo comporterebbe una palese e notevole semplificazione rispetto al sistema attuale che si rivelerebbe molto utile specialmente nel primo passaggio necessario per il funzionamento di questo sistema alternativo, ovvero l’individuazione del volume d’affari europeo di una multinazionale operante anche a livello extracomunitario.

---

<sup>328</sup> Le aliquote infatti, contrariamente a come si potrebbe superficialmente intendere, risultano del tutto marginali quanto al proprio ruolo nella concorrenza fiscale, in quanto come messo molte volte in risalto, il reale problema è quello relativo alla delimitazione delle basi imponibili.

<sup>329</sup> Come quello citato da Boria (2017); nota *supra* n. 297.

<sup>330</sup> Ovvero relativamente ai rapporti tra Stati membri.

<sup>331</sup> Magari, evitando ulteriori lavori, tramite la scelta, sulla falsariga del virtuoso modello dei “reports” (sempre statunitense), del trattato bilaterale reputato maggiormente adatto tra quelli attualmente adottati dai singoli Stati per ciascuno degli Stati extra-UE.

Tramite un trattato fiscale bilaterale unico europeo infatti l'Unione assumerebbe una posizione di negoziatore molto forte (coinvolgendo poi in tale contrattazione tutti gli Stati membri) verso l'esterno nella fase più critica, ovvero quella della delimitazione del fatturato di fonte europea. Si sta infatti ipotizzando il superamento del modello vigente a livello europeo e non mondiale, dunque senza la presenza di un negoziatore forte e soprattutto unico la maggior parte dei problemi oggi presenti legati alla concorrenza fiscale aggressiva permarrebbero, specialmente se si considera il settore digitale come il maggior artefice di questa situazione: ciò perché la principale fonte di perdita di gettito, che porta a rilevare una tassazione nettamente inferiore alla media in capo a chi si serva di localizzazioni di comodo e di un abuso nell'impiego delle operazioni infragruppo<sup>332</sup>, è il fatto che gli Stati membri "compiacenti" non si premurano eccessivamente di indagare, avendone l'esclusiva competenza data la relativa fittizia localizzazione sul proprio territorio sovrano, di quantificare effettivamente il volume d'affari del proprio "cliente", che pensando in particolare al settore digitale, non è sostanzialmente mai europeo, bensì o americano o asiatico.

Sempre con particolare riguardo al tema della "digital economy" un altro problema che questo criterio alternativo potrebbe non risolvere, indicato infatti come una delle criticità del sistema dagli stessi americani, è quello della localizzazione fittizia dei beni immateriali. Tuttavia innanzitutto è un problema che certamente d'altra parte l'attuale modello cionondimeno non risolve, per cui bisogna sperare che a questo punto il progetto BEPS conduca in tal senso verso una soluzione nuova ed efficace. Ad ogni modo poi, si potrebbe neutralizzare l'effetto di questi artifici escludendo la presenza degli *assets* immateriali dalla ponderazione, sempre ricordando che in molti dei casi in cui si utilizza questo sistema, principalmente tra gli Stati USA, sono direttamente esclusi dalla ponderazione tutti i beni detenuti dalle imprese, nonché il personale impiegato, rilevando ai fini della quantificazione della "presenza economica" soltanto le vendite<sup>333</sup>. Altra soluzione, più diplomatica, sarebbe quella di attribuire un peso preferibilmente minore<sup>334</sup> rispetto alle vendite ad *assets* e

---

<sup>332</sup> Oltremodo agevole da implementare appunto nel settore digitale.

<sup>333</sup> Questo anche perché per evitare tiriterie riguardo ipotesi del tutto ipotetiche e forse anche utopistiche, si è deciso di tralasciare, riguardo il "formulary apportionment", la questione degli scarti: alcuni Paesi americani non applicano nessuna imposta sul reddito societario ed inoltre dalla ripartizione resta fisiologicamente fuori una parte del reddito totale, una sorta di resto. Questi scarti vengono dunque a loro volta poi ripartiti secondo la medesima percentuale, o alternativamente secondo un diverso criterio, tra coloro che hanno dimostrato la sussistenza della pretesa principale.

<sup>334</sup> Considerando poi che dipende molto dal tipo di business, nel caso del digitale, in Europa, certamente il peso maggiore andrebbe attribuito alle vendite, in altri casi si potrebbe optare per una formula maggiormente bilanciata. Del resto anche in seno ai recenti lavori OCSE, come pure da parte delle istituzioni europee, si è sottolineata la necessità di differenziare i metodi impositivi a seconda della tipologia di business cui sono destinati.

personale, anche per il fatto già espresso che l'effettivo possesso di questi fattori su un territorio comporta per chi li vanta già altri vantaggi in termini economici e di gettito fiscale; dopodiché di richiedere la dimostrazione, o semplicemente di verificare, che la localizzazione di detti beni immateriali è stata dettata da ragioni economiche legate alla strategia aziendale e non soltanto dalla convenienza fiscale. Non si può sottovalutare infatti che per esempio l'Irlanda, proprio nel settore digitale, si è dimostrata un grandissimo polo attrattivo, ma relativamente ad altri anche effettivo. In Irlanda si sviluppano per davvero i software (anche se soprattutto ad opera di startup o comunque di imprese minori, come pure resta fuori dall'Irlanda, nonostante le sedi fiscali, tutta la produzione delle grandi imprese, come nel caso di Apple Inc.), tantoché oltre ai profili fiscali è proprio l'ambiente fertile di imprese legate al digitale ad essere un importante fattore attrattivo. In altri casi invece, pensando specialmente al Lussemburgo, all'Olanda ed al Belgio, è dimostrato che la localizzazione in queste giurisdizioni delle sedi delle imprese è di contro usualmente quasi esclusivamente fittizia: lo dimostrano semplicemente i dati circa il numero di società *offshore* che sono localizzate in questi Paesi, è chiaro, giusto per fare un esempio, che non vi è alcuna ragione razionale o logistica eccetto quella rappresentata dal vantaggio fiscale per localizzare i diritti sull'immagine di un calciatore in un Paese come il Lussemburgo dove a mala pena ci sono gli abitanti sufficienti a comporre una squadra di calcio. Se la localizzazione nel caso specifico non rispecchiasse ragioni effettive, la rilevanza ai fini dell'individuazione del nesso col territorio degli *asset* immateriali verrebbe esclusa e dunque virtualmente ripartita secondo gli altri criteri equamente tra le giurisdizioni, in conformità col principio ripetutamente espresso e consolidatosi dalla Corte di giustizia che consente di ritenere artificiosa un'operazione economica quando è chiaro che lo scopo che la libertà di stabilimento intende garantire, ovvero quello di consentire la libera ed indiscriminata iniziativa economica in tutto il territorio unionale, non viene effettivamente realizzato, avallando in tal caso la facoltà per le autorità di escludere il soggetto che ha posto in essere le condotte elusive dalla concessione dei relativi benefici fiscali. A tal riguardo, l'ipotetica agenzia fiscale centrale, dovrebbe essere dotata di poteri d'indagine.

## 5. Conclusioni

In una realtà economica mondiale sempre più a-territoriale, mobile ed intangibile, avendo la fortuna però di trovarci in una realtà politica come quella europea, dove ugualmente i confini fisici sono stati sostanzialmente eliminati, mantenerli per ciò che riguarda la tassazione di imprese che non ineriscono peraltro specificatamente a nessuna delle giurisdizioni interessate, le quali dal canto loro si sono giurate fedeltà, solidarietà e pace reciproca, nonché alleanza ed unità economica e che si trovano davanti una dura sfida inevitabilmente comune per mantenere un'importanza economica mondiale di primo piano che ad oggi e fin dall'alba dei tempi hanno sempre posseduto ma ora minacciata, nonché al contempo il compito di impegnarsi a favorire lo sviluppo economico di taluni Stati membri maggiormente svantaggiati, non risulta solamente ingiustificato, ma folle.

Istituendo un sistema comune d'imputazione agli Stati membri dei redditi di fonte europea anche la rilevanza dell'approccio di libera concorrenza, ormai in modo sostanzialmente unanime riconosciuto come inadeguato specialmente, come visto, a causa della sua dimostrata incapacità di assurgere a base per fondare una decisione in sede giurisdizionale che accerti un fatto "al di là di ogni ragionevole dubbio", perlomeno a livello europeo verrebbe nettamente ridimensionato. Manterrebbe infatti la sua importanza soltanto nella fase di determinazione del volume d'affari europeo di un'impresa in relazione a quello mondiale, tuttavia il coinvolgimento in questa fase di tutti gli Stati membri e dunque la possibilità di disporre di numerosissime informazioni, nonché la semplificazione derivante dal dover definire soltanto il volume totale europeo renderebbero l'analisi maggiormente accurata. Inoltre, sebbene contraddistinta da intangibilità ed unicità, della proprietà intellettuale detenuta ed impiegata dalle principali multinazionali, specie del settore digitale, ogni giorno che passa è possibile scoprire sempre di più circa il potenziale economico che scaturisce dal suo sfruttamento. Ciò per merito dell'esperienza che nel tempo si sta stratificando sul tema, come dimostrano proprio le stesse stime degli esperti che hanno messo in luce la problematica. Sta dunque lentamente emergendo la possibilità di attribuire un valore, seppur certamente approssimativo (come d'altronde le linee guida internazionalmente riconosciute ritengono in ogni caso sia l'esito di questo genere di calcoli), all'economia digitale. A tal riguardo poi è necessario confidare negli imminenti esiti dei negoziati in sede OCSE, che potrebbero pervenire entro l'anno. Il tema è molto complesso e non è quello principale del presente studio, la

priorità che si vuole esprimere è infatti meramente quella di restituire equità, chiarezza ed ordine a livello europeo.

Oltre all'assoluta consapevolezza al riguardo manifestata dal Parlamento europeo nella relazione riportata al par. 3.3 del 1° capitolo, è stato poi recentissimamente messo ancor più in risalto, con riferimento alle avversioni di alcuni Paesi membri nei confronti del "Recovery Fund", che hanno comportato degli stalli inammissibili nel processo atto a concordare misure urgentissime di politica monetaria in relazione al sostentamento dell'economia europea colpita dal Coronavirus, che la regola del veto, responsabile prima ed ultima della situazione per come è oggi ed applicabile a molte materie indissolubilmente legate con altre su cui gli Stati membri hanno già ceduto definitivamente la propria sovranità, non possa avere ancora davanti a sé una lunga vita. In nessun organo associativo, né politico né privato, è infatti attribuito dalla legge in via generale un potere così ampio e limitativo della libertà altrui in capo ad un singolo soggetto, che può essere in grado di paralizzare *ad interim* una qualsiasi iniziativa per un qualsivoglia "capriccio". L'unico caso in cui si può rilevare una situazione simile è quello di una società detenuta perfettamente a metà da due soggetti e, volendo forzare un po' il concetto di "organo associativo", il caso del matrimonio: in questi due casi è certamente necessario essere molto attenti nello scegliere con chi ci si associa, nutrendo in questo cieca fiducia e accertando che vi sia piena condivisione degli interessi. In tali casi poi il meccanismo è giustificato quale scelta obbligata dalla matematica e non dall'opportunità.

La graduale apertura all'adesione di nuovi Stati, processo tutt'ora in corso, poi, rende la regola ancor più incomprensibile ed il quadro ancor più complicato. Tuttavia ora che sembrerebbe esserci tale consapevolezza da parte di Francia e Germania, considerato il fatto che nonostante tutti i veti di sorta quando effettivamente questi ultimi due tengono veramente ad una cosa questa a livello europeo magicamente si realizza sostanzialmente sempre, ci si potrebbe ragionevolmente aspettare, oltre a sperarlo, che anche questo caso non farà eccezione (e chissà se la vicenda della "brexit" è anche parzialmente collegata a tale aspettativa). D'altronde il progetto di Europa prevede un processo a fasi di integrazione crescente per arrivare sostanzialmente ad una federazione, semplicemente la fase in cui ci troviamo attualmente, forse per caso, forse a causa di errori di calcolo, rappresenta un ibrido capace di scontentare i più e diffusamente tra gli Stati membri. Questo è dimostrato dal recente successo dei partiti cd. "sovranisti" e tendenzialmente in quanto tali

“antieuropeisti”, in molti dei Paesi membri compresa la stessa Germania, che viene invece popolarmente reputata il “leader” dell’Europa, quella Nazione che tra tutte da questa storia ne trarrebbe maggior vantaggio: non credo sia, almeno per ciò che concerne la materia qui trattata, esattamente così e spero di essere riuscito col presente lavoro a dimostrarlo.

Molto del malcontento deriva, presumibilmente, dal fatto che se da un lato alcune materie sono alla base regolamentate a livello europeo, le implicazioni che automaticamente ne conseguono troppo spesso non lo sono. Oltre alla tassazione viene da pensare alla politica migratoria, a quella climatico-ambientale, alla sicurezza comune ed alla politica estera e difesa internazionale. La stessa gestione corrente a livello europeo, chiaramente scoordinata, di una questione seria come quella dell’epidemia, sia nelle misure di contenimento e gestione dei confini che anche banalmente nel riporto dei dati, delle informazioni ecc. (oltreché, come appena illustrato, nella risposta a ciò sul piano economico con la politica monetaria), conferma tale veduta. Ma di questi temi mi riserverei di occuparmi, semmai, un altro giorno.





## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Badriotti A. (2007), *L'armonizzazione dell'imposta sulle società nell'Unione Europea*, Centro studi sul federalismo, 44-43.
- Banca d'Italia (2019), *Economia Digitale*, rivista curata dal Dipartimento di Economia e Statistica, Anno 1, Numero 1, dicembre 2019 a cura di Riccardo Cristadoro, Roma, 40-42.
- Boria P. (2017), *Taxation in European Union*, seconda edizione, Giappichelli Editore, 44-51
- Bugamelli et al. (2018), *La crescita della produttività in Italia: la storia di un cambiamento al rallentatore*, Banca d'Italia, Questioni di economia e finanza, n. 422, Roma, 40.
- Business Insider, Gea Scancarello (27 luglio 2017), *Il grande bluff dell'Irlanda: il Pil è gonfiato, senza le multinazionali vale il 30% in meno*, 126-127.
- Byrne D. e Sichel D. (2017), *The productivity slowdown is even more puzzling than you think*, 40.
- Codice civile italiano, artt. 2043, 129; 2351 comma 4, 24.
- Commissione europea (1967), *Comunicazione al Consiglio Programma d'armonizzazione delle imposte dirette*, Bruxelles, 46.
- Commissione europea (20 aprile 1990), *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sulle linee guida sulle imposte sulle società*, Bruxelles, 48.
- Commissione europea (23 novembre 1992), comunicato stampa *Rilancio dell'imposizione fiscale sulle imprese: il Consiglio ha adottato le conclusioni sugli orientamenti comunitari in materia di imposizione fiscale diretta delle imprese nel quadro del perfezionamento del mercato interno*, Bruxelles, 50.
- Commissione europea (22 ottobre 1996), *Taxation in the European Union. Report on the development of tax systems*, Bruxelles, 50.
- Commissione europea (16 aprile 1997), *Comunicazione al Consiglio, al Parlamento, al Comitato Economico e Sociale, al Comitato delle Regioni Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*, Bruxelles, 43.
- Commissione europea (1° ottobre 1997), comunicato stampa *Politica fiscale: la Commissione individua un pacchetto di misure atte a limitare gli aspetti deleteri della concorrenza fiscale*, Bruxelles, 50.
- Commissione europea (5 novembre 1997), comunicato stampa *La Commissione presenta un pacchetto di misure per contrastare la concorrenza fiscale dannosa*, Bruxelles, 51.
- Commissione europea (maggio 2015), *SME taxation in Europe, an empirical study of applied corporate income taxation for SMEs compared to large enterprises*, Bruxelles, 62.

- Commissione europea (17 giugno 2015), Comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento*, Bruxelles, 54.
- Commissione europea (17 giugno 2015), *Corporate Income Taxation in the European Union*, Documento di lavoro dei servizi, Bruxelles, 64.
- Commissione europea (19 luglio 2016), *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE*, Bruxelles, 66, 128.
- Commissione europea (20 novembre 2017), Scheda tematica per il semestre europeo *Contenere la pianificazione fiscale aggressiva*, Bruxelles, 19, 21, 24.
- Commissione europea (7 marzo 2018), Reports Paese per Paese per il semestre europeo riguardanti: Irlanda; Lussemburgo; Belgio; Malta; Paesi Bassi; Ungheria; Cipro, 21, 24, 28.
- Commissione europea (8 marzo 2018), *Joint Transfer Pricing Forum*, Bruxelles, 21-22.
- Commissione europea (26 marzo 2019), *Evaluation of DAC*, Platform for good tax governance, 52.
- Confindustria (giugno 2019), *Principi fiscali internazionali e digitalizzazione dell'economia*, Nota di aggiornamento, 29-32.
- Controversia “King v. Norris”, 1758, UK, 94.
- Convegno “Workshop Finanza 2019” 30<sup>a</sup> edizione (2019), Cernobbio, 19.
- Convegno “Workshop Finanza 2020” 31<sup>a</sup> edizione (2020), Cernobbio, 8-9, 14-15.
- Corriere Comunicazioni, Patrizia Licata (4 novembre 2020), *Web tax, la Ue concede una 'tregua' alle Big Tech: ok all'accordo nel 2021*, 138.
- D.Lgs. 127/1991; art. 34; 65.
- D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 29; 53.
- D.Lgs. 14 marzo 2017, n. 32; 53.
- D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142; 57.
- Decisione 2003/531/CE del Consiglio delle Comunità europee, 103.
- Decisione 2009/809/CE della Commissione europea, 103.
- Decisione (UE) 2016/2326 della Commissione europea, 114-118.
- Decisione (UE) 2017/1283 della Commissione europea, 98-106.
- Decisione (UE) 2017/502 della Commissione europea, 118-119.
- Decisione (UE) 2018/859 della Commissione europea, 106-114.
- “Decreto Rilancio”, convertito con Legge 17 luglio 2020 n. 77, 97.

- De Luca N. (2017) *European Company law*, ristampa 2018, Cambridge University Press, 23, 49, 52, 75-82.
- Direttiva 68/151/CEE, 81.
- Direttiva 77/91/CEE, 68.
- Direttiva 77/799/CEE, 47.
- Direttiva 78/660/CEE, 81.
- Direttiva 89/666/CEE, 81.
- Direttiva 90/434/CEE, 48-49.
- Direttiva 90/435/CEE, 48-49.
- Direttiva 90/436/CEE, 49.
- Direttiva 2003/49/CE, 52.
- Direttiva (UE) 2011/16, 49, 52.
- Direttiva (UE) 2014/107, 53.
- Direttiva (UE) 2015/2376, 53.
- Direttiva (UE) 2016/1164, 53, 56.
- Direttiva (UE) 2016/881, 58.
- Direttiva (UE) 2017/952, 58.
- Direttiva (UE) 2018/822, 54.
- Dodd Frank Act, USA, 70.
- Eggert and Winner (2010) *Saving taxes through foreign plant ownership*, 62.
- EPSU (February 2015), inquiry *Unhappy Meal: 1 Billion Euros in Tax Avoidance on the Menu at McDonald's*, 27.
- EU (1996), *Building the European information society for us all. First reflections of the High Level group of experts. Interim report*", 43.
- EU (1997), *Building the European information society for us all. Final policy report of the High Level Group of Experts*, 43.
- Gallo F. (2015), *La necessità di un'armonizzazione fiscale in Europa*, Unione Bancaria, Special issue, 44-46.
- Gordon R.J. (2016), *The Rise and Fall of American Growth: The US Standard of Living Since the Civil War*, Princeton University Press, 36.

- Governmental Accounting Standards Board, USA, 70.
- IAS 24, 10, 99.
- IFRS 13, 61.
- Il Corriere della Sera, Domenico Affinito e Milena Gabanelli (30 giugno 2020) *Tasse, ecco come sei Paesi europei sottraggono all'Italia 6,5 miliardi di euro*, 10, 16.
- Il Sole 24 Ore (30 dicembre 2015), *Apple dovrà pagare 318 milioni di euro al fisco italiano*, 100, 127.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi, Dossier *Le inchieste di Fiume di denaro*, 19.
- Il Sole 24 Ore, Angelo Mincuzzi (14 gennaio 2016), *Ecco come e perché il Belgio è diventato il paradiso (fiscale) delle multinazionali*, 26.
- Il Sole 24 Ore, Angelo Mincuzzi (15 marzo 2018), *Sempre più tax ruling. Così gli Stati Ue si fanno concorrenza fiscale*, 22.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (30 settembre 2018), *I 'Magnifici 7' che guadagnano sulla babele di imposte nella Ue*, 21, 22, 24, 28.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (1 ottobre 2018), *McDonald's, Amazon e Ronaldo: in Lussemburgo 'pace fiscale' per tutti*, 27.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (20 novembre 2018), *Depardieu, Arnault e Monsieur Auchan: il Belgio è l'Eldorado fiscale dei vip*, 26.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (14 dicembre 2018), *Amsterdam regno delle multinazionali: 'Made in Olanda' perfino gli spaghetti alla bolognese*, 22.
- Il Sole 24 Ore, Angelo Mincuzzi (22 dicembre 2018), *Ginevra, dieci anni fa. Così è morto il segreto bancario svizzero*, 8, 14.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (5 marzo 2019), *La flat tax di Orban attira in Ungheria una nuova impresa italiana al giorno*, 25-26.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (8 giugno 2019), *Da Mediaset a Fiat-Chrysler: perché l'Olanda è il paradiso delle holding*, 24.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (16 settembre 2019), *Squilibri fiscali: il Lussemburgo attrae più multinazionali degli Usa*, 20.
- Il Sole 24 Ore, Roberto Galullo e Angelo Mincuzzi (17 ottobre 2019), *Irlanda, così i cervelli italiani seducono web company e servizi segreti*, 24-25.
- Il Sole 24 Ore, Angelo Mincuzzi (4 maggio 2020), *La follia dei paradisi fiscali. In Lussemburgo ogni dipendente fa utili per 8 milioni di euro, in Italia e Germania per 42mila euro*, 10, 16.

- Il Sole 24 Ore, Davide Colombo (21 novembre 2020), *L'Italia perde ogni anno 6,4 miliardi a vantaggio dei paradisi fiscali*, 11, 17.
- Income and Corporations Taxes Act (1988), UK, artt. 747-756 ed allegati 24, 25 e 26; 86-90.
- La Repubblica, Ettore Livini (15 settembre 2020), *Dai giganti del web solo 42 milioni di tasse al fisco italiano*, 29.
- League of Nations (1923), *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee — Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation — Document E.F.S.73. F.19* (April 5th 1923), Geneve, 30.
- Legge 287/1990, 94-95.
- Legge di stabilità italiana 2016, L. 28 dicembre 2015 n. 208, 58.
- Loi concernant l'Impot sur le Revenue, Lussemburgo, 108-109, 115-118.
- Mosco G.D. (2018) *Le società quotate*, Bari, Cacucci Editore, 23.
- Parlamento Europeo, *Storia dell'Unione economica e monetaria*, note tematiche sull'Unione europea, sito ufficiale Ue, 47-48.
- Parlamento europeo (5 novembre 2015), *Relazione Sulle decisioni anticipate in materia fiscale (tax ruling) e altre misure analoghe per natura o effetto*, Bruxelles, 59-70.
- OECD (1979), *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Paris, 32-33.
- OECD (October 7<sup>th</sup> to 9<sup>th</sup> 1998) Ottawa Conference, 43-44.
- OECD (2015), *Measuring and Monitoring BEPS, Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris (artt. 5, 7, 9), 34-38, 56.
- OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris (artt. 5, 7, 9), 31.
- Olivieri e Ghezzi (2019), *Diritto Antitrust*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, 93-96.
- Procedimento 81/1987, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 75-77.
- Procedimento C-212/97, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 77-78.
- Procedimento C-208/00, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 79-80.
- Procedimento C-167/01, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 80-85.
- Procedimento C-196/04, Corte di Giustizia delle Comunità europee, 86-90.
- Procedimento C-106/16, Corte di Giustizia dell'Unione europea, 90-93.

- Proposta di direttiva del Consiglio concernente l'armonizzazione dei sistemi d'imposta sulle società e dei regimi di ritenuta alla fonte sui dividendi (presentata dalla Commissione al Consiglio il 1° agosto 1975) (novembre 1975), 47.
- Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (22 marzo 2011); nonché le COM(2016) 682, 683, 685, 686, 687, versioni definitive, (25 ottobre 2016), Strasburgo, 54-56.
- Regolamento (CEE) 4064/89, 95.
- Regolamento (CE) 659/1999, 131.
- Regolamento (CE) 1/2003, 95.
- Schemi di Basilea II, 117.
- Senato della Repubblica Italiana (13 ottobre 2015), *nota breve n. 13*, Roma, 34-38.
- Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee (30 novembre 1995), *Reinhard Gebhard contro il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, 77-78.
- Sentenza della Corte (Grande Sezione) sulle cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P (15 novembre 2011), 66.
- Sentenza del Tribunale dell'Unione europea (24 settembre 2019), Paesi Bassi e a./Commissione, 119.
- Sentenza del Tribunale dell'Unione europea, Settima Sezione ampliata (15 luglio 2020), Irlanda e a./Commissione, 119, 122-125.
- Sherman Act, USA, 1890, 94.
- Sito web di "IDA Ireland", 20-21
- Sito web di "Intertrust", 23.
- Statute of Monopolies (1623), GB, 94.
- Tax Consolidation Act (1997), sezione 23 A; parte 35 A; Irlanda, 93-102.
- Tax Justice Network (2019), *Corporate Tax Haven Index*, 10, 16.
- Testo unico sulle imposte sui redditi (D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917), art. 110, 33.
- The Economist (May 6<sup>th</sup> 2017), *The World's most valuable resource is no longer oil, but data*, 40.
- Trattato di Roma, CEE, artt. 52; 58; 99; 100 comma 1; 101.
- Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, artt. 26; 49-55; 107; 108; 115; 116; 220; 267.
- Trattato sull'Unione europea, art. 4 par. 3.

- United Nations (2017), Model Double Taxation Convention, New York, 31.
- US Tax Administration (2020), tabelle illustranti i criteri di ripartizione per la tassazione delle imprese impiegati dai singoli Stati componenti la Federazione degli Stati Uniti d'America, 139-140.
- Wall Street Journal (May 4<sup>th</sup> 2017), *The Great Productivity Slowdown*, 40
- Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen, Olanda, 80-85.