

Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto Tributario dell'Impresa

LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO E IL SINDACATO SUI TAX RULING

Relatore Candidata

Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

Dimitra Michalopoulos Matricola: 153773

Correlatore

Chiar.mo Prof. Giuseppe Melis

Anno Accademico

2021-2022

Introduzione	8
CAPITOLO I	
IL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA	
E LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO	
1.1 Premessa sul principio di libera concorrenza	12
1.2 La politica della concorrenza	18
1.2.1 Normativa unionale	19
1.2.2 La concorrenza nell'ordinamento italiano	28
1.2.2.1 Le norme a sostegno del corretto funzionamento del mercato: il codi-	
consumo	
1.3 La disciplina degli "aiuti di Stato" nel Trattato sul Funzionamento dell'U Europea	
1.3.1 Casi di incompatibilità degli "aiuti di Stato" con il mercato interno	per la
tutela concorrenziale ex art. 107 TFUE	42
1.3.2 Il ruolo della Commissione Europea ex artt. 108 e 109 TFUE	44
1.4 Gli interventi dell'OCSE per ostacolare la concorrenza fiscale dannosa	44
1.4.1 II "Code of Conduct"	45
1.4.2 Il Rapporto "Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue"	48
1.4.3 Il progetto Base Erosion and Profit Shifting	50
1.4.4 Le misure "anti-avoidance"	53
CAPITOLO II	
L'EVOLUZIONE DEL TAX RULING NELL'ORDINAMENTO ITALI ED EUROPEO	ANO
2.1 Approccio dell'ordinamento italiano sui ruling fiscali	58
2.1.1 Evoluzione storica e inquadramento normativo tra Fisco e contribuente	60

2.1.2 Il diritto di interpello alla luce della legge n. 413/91 e dello Statuto dei diritti
del contribuente (legge n. 212/2000)
2.1.3 Il ruling di standard internazionale ai sensi dell'art. 8 d.l. 269/2003 e
successive evoluzioni
2.1.4 Il decreto "Internazionalizzazione" (D. Lgs. 147/2015)
2.1.5 L'introduzione del nuovo ruling internazionale ex art. 31-ter DPR n.600 82
2.2 Rilevanza dei tax ruling nella normativa unionale
2.2.1 Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della
proprietà intellettuale (c.d. "patent box")
2.3.1 Harmful tax competition e politiche fiscali adottate nei confronti di gruppi
multinazionali
2.4 Il transfer pricing e gli accordi tra le Amministrazioni Finanziarie e i gruppi
multinazionali
2.4.1 L'applicazione del principio di libera concorrenza e la determinazione
dell'"arm's length price"
CAPITOLO III
CASI DI TAX RULING E LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE
EUROPEA
3.1 Inchieste giornalistiche LuxLeaks e Panama Papers
3.2 Il caso Starbucks
3.2.1 Il Caso Fiat Finance and Trade Ltd (FFT)
3.2.2 Il caso Mc Donald
3.2.3 Il caso Engie
3.2.3 Il caso Engie 141 3.2.4 Il caso Nike e Converse 142
3.2.4 Il caso Nike e Converse
3.2.4 Il caso Nike e Converse

3.4 Il Primo intervento della Corte di Giustizia in merito ai rulings	151
Conclusioni	155
Rihliografia	159

Introduzione

Il presente elaborato analizza il tema del *tax ruling*, l'accordo tra Amministrazione finanziaria e contribuente, avente ad oggetto la gestione del rapporto fiscale relativo a specifiche operazioni caratterizzate da transnazionalità. Se, da un lato, tale accordo consente di evitare successivi problemi con il Fisco, dall'altro esso espone al rischio di privilegiare, selettivamente, alcune imprese rispetto ad altre, contravvenendo alla regola unionale che stabilisce la necessità di preservare i principi di *libera concorrenza*.

In tale ottica, la Commissione europea è intervenuta, a più riprese, con alcuni comunicati, tesi a chiarire le dimensioni applicative dell'istituto.

L'Italia si è adeguata alle varie direttive che ne hanno prefigurato la corretta applicazione e, ad oggi, ha anche sottoscritto il progetto della *Global minimum tax*, un'imposta fissa da applicarsi, dal 2023, sugli utili delle multinazionali, semplificando, così, anche l'impiego del *tax ruling*.

L'elaborato affronta l'argomento in tre capitoli.

Il primo capitolo è dedicato ai principi della *libera concorrenza* e del divieto degli *aiuti di Stato* che l'UE ha introdotto nei Paesi Membri allo scopo di impedire tensioni competitive. Il capitolo descrive, inoltre, gli interventi dell'OCSE volti ad impedire la concorrenza fiscale tra i Paesi.

Il secondo capitolo analizza l'istituto del *tax ruling* approfondendo, anche, il ruolo dell'interpello, nonché le misure normative adottate in Italia per recepire le indicazioni unionali.

Il lavoro si conclude con un terzo capitolo che descrive le comunicazioni della Commissione tese a chiarire alcuni aspetti del *ruling*, e le principali decisioni assunte in merito ad alcuni accordi concessi dalle Amministrazioni fiscali. In particolare, il capitolo descrive le decisioni sui casi Starbucks, Fiat Finance and Trade, Mc Donald, Engie, Nike e Converse, Apple e Amazon Europe.

Un'analisi conclusiva ripercorre i principali temi trattati nell'elaborato evidenziandone gli aspetti salienti.

IL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA E LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LIBERA CONCORRENZA E LA DISCIPLINA DEGLI AIUTI DI STATO

SOMMARIO: 1.1 Premessa sul principio di libera concorrenza. — 1.2 La politica della concorrenza. — 1.2.1. Normativa unionale. — 1.2.2 La concorrenza nell'ordinamento italiano. — 1.2.2.1 Le norme a sostegno del corretto funzionamento del mercato: il codice del consumo. — 1.3 La disciplina degli "aiuti di Stato" nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. — 1.3.1 Casi di incompatibilità degli "aiuti di Stato" con il mercato interno per la tutela concorrenziale ex art. 107 TFUE. — 1.3.2 Il ruolo della Commissione Europea ex artt. 108 e 109 TFUE. — 1.4 Gli interventi dell'OCSE per ostacolare la concorrenza fiscale dannosa. — 1.4.1 Il "Code of Conduct". — 1.4.2 Il Rapporto "Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue". — 1.4.3 Il progetto *Base Erosion and Profit Shifting.* — 1.4.4 Le misure "anti-avoidance".

1.1 Premessa sul principio di libera concorrenza

La teoria del "liberismo", inteso come inopportunità di intervento pubblico in funzione di supporto al mercato, si diffuse in Francia sul finire del XVIII secolo, per essere ripresa, in concomitanza, dai primi economisti classici inglesi.

Adam Smith approfondì, per primo, la teoria, fornendole rigore scientifico e postulando l'esistenza di una regolazione spontanea sia dello scambio che delle attività produttive, che si esprimeva tramite una sorta di "mano invisibile", una forza in grado di regolare gli squilibri eventuali. Ad esempio, se non si fosse riuscito a vendere la merce prodotta, la "mano invisibile" avrebbe agito automaticamente, indicendo una riduzione dei prezzi che avrebbero risolto lo squilibrio.

Si tratta di una teoria che implica che interventi esterni finalizzati a regolare i mercati devono essere ritenuti inutili e, a volte, dannosi¹, andando ad interferire

¹ Dalla teoria di Adam Smith, tramite Bernard de Mandeville, si giunse alla Scuola economica austriaca con Carl Menger, ritenuto il fondatore dell'individualismo psicologico fino a

con la spontaneità del mercato. Il meccanismo della "mano invisibile" si spiega invocando la natura umana che è egoista, concentrata sul proprio interesse che, in un'ottica economica, ha un'accezione positiva, trasformandosi in un volàno per l'intera società. Il secolo XIX accolse la teoria dell'"equilibrio naturale" procedendo nella concettualizzazione negativa dell' intervento esterno.

Ciò implicava che, da un punto di vista giuridico, la consuetudine fungesse da elemento su cui fare affidamento, essendo essa una forza spontanea che, tra l'altro, giustificava il principio del laissez-faire, ovvero il presupposto di lasciare andare le pratiche mercatali assecondando la loro naturale manifestazione. Il "giusnaturalismo", inoltre, rinveniva nel liberismo la fonte esplicativa della natura dei fatti del diritto commerciale. Quest'ultimo fondava le sue norme partendo dalla "forza contrattuale" che faceva sì che i soggetti economicamente più forti, avrebbero fatto soccombere i cd "contraenti deboli", ovvero tutti coloro che non disponevano di sufficiente potere contrattuale per poter instaurare un dialogo "alla pari". Le norme di diritto commerciale non si preoccupavano di difendere la parte debole, limitandosi a disciplinare le modalità di regolazione delle negoziazioni. Il tramonto definitivo del liberismo economico sarebbe giunto con la crisi del 1929 che costituì il presupposto per la diffusione di una nuova teoria che formulò ipotesi diametralmente opposte a quella classiche. L'economista inglese John Maynard Keynes offrì una lettura della crisi in atto mettendo sotto accusa il principio del "laissez-faire" che, in quegli anni, sembrava essere fallito. La capacità del mercato lasciato a se stesso di esprimere una domanda sempre pari all'offerta, venne messa in discussione, e, con essa, il liberismo economico.

Opponendosi al "laissez-faire", la teoria keynesiana auspicò l'intervento dello Stato in funzione di stimolo della domanda aggregata² (che l'evidenza

Friedrich August von Hayek e Ludwig von Mises. Sul tema, si veda Infantino L., *Metodo e mercato*, Soveria Mandelli, 1998, p.9 ss.

² Il concetto rimanda alla totalità della domanda di un Paese, accogliendovi la spesa pubblica, la domanda privata, e le esportazioni.

storica aveva qualificato come poco reattiva alla variazione dei prezzi³ ritenuta, fino ad allora sufficiente a regolare gli squilibri).

Il naufragio della convinzione che vi fosse un'autodisciplina del mercato, aprì le porte all'emanazione di norme nell'ambito della "legislazione speciale", nonché nel "diritto corporativo" e di "categoria".

Infatti, se nel periodo dell'affermazione liberale, la normativa in funzione regolatrice risultava del tutto occasionale, con il cambio di rotta vennero avviati interventi mossi dalle urgenze dettate dalla crisi contingente che stavano orientando l'economia verso una vera e propria programmazione di lungo periodo.

In Italia, attraverso la "legislazione speciale", diffusasi con l'avvento del regime fascista, si osservò la perdita di centralità dei codici di diritto privato.

Inoltre, l'intervento statuale iniziò ad essere posto a tutela del superiore interesse dell'economia nazionale⁵ (in pratica, ragioni di natura politica ed economica fecero avvertire l'esigenza di una disciplina pubblicistica dell'economia)⁶.

³ Croce B., Einaudi L., *Liberismo e liberalismo*, in P. Solari (a cura di), Milano-Napoli, 1988, pp. 154-175.

⁴ Cosciani, C. *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità Economica Europea*, Quaderni dell'Associazione fra le società italiane per azioni XXXVII, 1982, p.56

⁵ Si consideri l'abrogato art. 2088 c.c., il quale stabiliva che "l'imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi, in conformità della legge e delle norme corporative". Ad avviso di Ghiron M., La concorrenza e i consorzi, in Trattato di diritto civile, diretto da F. Vassalli, Torino, 1948, p. 8, anche la norma dell'art. 2595 c.c., una volta abrogato l'ordinamento corporativo, deve considerarsi inapplicabile, con la conseguenza che viene a ridursi notevolmente il profilo funzionale dell'impresa.

⁶ Perlingieri P. Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1991, p.449, secondo il quale "più marcata deve essere, anche nell'interprete, la consapevolezza che la crescita economica ed il conseguente benessere quando non preservano la qualità della vita, ovvero la "libertà" e la "dignità umana", non sono progresso e sviluppo socialmente apprezzabili, ma si traducono prima o dopo in un malessere per tutti".

La sostituzione dell'attività privata, laddove questa fosse stata mancante o insufficiente, nonché la correzione della sproporzione di forze, il combattere e precludere posizioni di monopolio, furono tra gli interventi inseriti nella dichiarazione IX della Carta del Lavoro, emanata il 21 aprile 1927⁷, quando già si iniziava ad avvertire la crisi.

In questi anni, tra l'altro, si diede avvio al processo di unificazione del diritto civile e del diritto commerciale, che sarebbe sfociato, più in là, nella emanazione del vigente Codice Civile del 1942.

Con l'introduzione della Carta costituzionale, avvenuta nel 1948, il nuovo ordinamento stabilì l'intervento nel mercato che venne fondato sulle scelte di politica economica enunciate nell'art.41⁸.

La nascita della Comunità Economica Europea, nel 1957, impresse un indirizzo innovativo, i cui principi che andavano fondando l'ordinamento economico vennero delineati nelle linee-guida fornite dai Trattati europei, che furono impostati sul proposito di raggiungere l'obiettivo della creazione di uno "spazio europeo senza frontiere interne". Tutto ciò richiese il rafforzamento del principio della libera concorrenza, accompagnato dalla tutela del consumatore. Come è noto, il Trattato, sottoscritto a Roma il 25 marzo 1957, trae origine dalla necessità in cui versavano i Paesi europei di ricostruire l'economia depressa dal secondo conflitto mondiale, nonché dalla necessità di creare mercati nuovi per le

⁷ Secondo la Carta "l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in gioco interessi politici dello Stato: tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento o della gestione diretta".

⁸ La scelta dell'art. 41 è stata definita 'dualistica', e 'totalitaria', Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, 2004, p.18; nel senso che, si attribuisce pari libertà alle imprese, pubbliche e private, al primo comma mentre, il terzo affida allo Stato, detentore del potere legislativo, il compito di "indirizzare" l'economia, coordinandola a fini sociali. Emerge, il conflitto tra due realtà: quella comunitaria, proiettata verso l'economia di mercato e quella interna, ancorata alla scelta interventista.

esportazioni statunitensi (previsto dal "piano Marshall"), attraverso la liberalizzazione degli scambi commerciali internazionali.

Il Trattato istitutivo della Comunità europea ha certamente segnato l'inizio di una nuova epoca nella storia del diritto commerciale, imponendo nuove riflessioni sulle necessità di tutela delle parti deboli.

Una volta effettuata la scelta di ispirarsi al principio della libera iniziativa di mercato si imponeva la necessità di garantire l'effettivo svolgimento della concorrenza tra le imprese; a tal fine, il Trattato ha assunto quale riferimento l'esperienza statunitense, Paese in cui era già presente, da anni, una consolidata legislazione antimonopolistica diretta a tutelare il mercato concorrenziale⁹. Si giunse, così, a prevedere il divieto di accordi "che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune (...)"¹⁰.

Al divieto di "intese", nei termini suddetti, ha fatto, altresì, riscontro il "divieto, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, dello sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o di una parte sostanziale di questo (...)"¹¹. Un primo passo nella realizzazione del programma di politica economica comunitaria è stato svolto dall'introduzione del c.d. principio del mutuo riconoscimento, volto alla facilitazione degli scambi e della circolazione di merci, capitali, persone e servizi all'interno della Comunità europea, per consentire l'apertura dei mercati nazionali al di là delle frontiere dei singoli Stati Membri¹².

Il principio in oggetto ha operato tramite un lento processo di restrizione degli interventi di regolamentazione degli scambi di mercato ed ha svolto un ruolo fondamentale nell'abbattimento delle barriere commerciali, nell'ambito del

⁹ Cassese S., La nuova costituzione economica, 5^{ed.} Bologna, 2012 (I ed. 1995), p.67

¹⁰ Art. 85 del Trattato CE (ora art. 81, dopo le modifiche ad opera dei successivi Trattati).

¹¹ Art. 86 del Trattato CE (ora 82).

¹² Libertini M., Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Milano, 2014, p.25 ss.

disegno di *deregulation* previsto dall'Atto Unico Europeo, mentre la seconda fase, attualmente in corso, è stata quella dell' 'armonizzazione positiva' degli ordinamenti, realizzata con interventi legislativi volti ad omogeneizzare la disciplina settoriale¹³.

Le due linee direttrici seguite dal programma furono, da un lato, l'eliminazione delle barriere poste alla libera circolazione all'interno della Comunità, realizzata tramite l'assottigliamento della relativa normativa e la fissazione di principi generali; dall'altro, l'emanazione di regole volte a fissare il quadro generale entro il quale avrebbe avuto luogo la competizione tra le imprese.

Nel Trattato di Maastricht si legge che l'obiettivo è di "promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica (...)"¹⁴.

Europea L'azione della Comunità è stata, dunque, sorretta dal principio dell'autonomia privata, che consente di evitare quelle distorsioni, che facilmente potrebbero verificarsi qualora la creazione di un ordine del mercato fosse lasciata al "naturale" e "spontaneo" comporsi delle forze e degli interessi in gioco. In tale progetto emerse l'esigenza di tutelare le "masse di consumatori" nei confronti della grande impresa. In quei tempi, autorevole dottrina aveva rilevato come "i problemi odierni del diritto commerciale si collegano a loro volta ai problemi sollevati dal pieno trionfo del capitalismo e dall'ulteriore sua evoluzione dalla fine del sec. XIX, onde appunto i problemi che fanno capo alla necessità di tutelare la massa dei consumatori di fronte alle grandi imprese organizzate, alla necessità di evitare abusi decorrenti da una concentrazione nel controllo della

¹³Falzea A., *Effettività del diritto europeo*, in Lipari N. (a cura di), *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p.16 ss.

¹⁴ Art. 2 Trattato UE

ricchezza, a sua volta resa giuridicamente possibile dal tecnicismo degli istituti di diritto commerciale, e via dicendo, con il conseguente accentuarsi di tendenze pubblicistiche che limitano alla fine la discrezionalità contrattuale"¹⁵.

Da allora, le politiche comunitarie hanno puntato alla realizzazione fattuale di quanto congetturato, dando avvio all'attuale configurazione. La politica della concorrenza ha costituito il nucleo principale dell'intervento normativo di mercato.

1.2 La politica della concorrenza

Nella prospettiva dell'intima connessione tra rafforzamento del principio della libertà di mercato e tutela dei consumatori, si nota come le leggi di matrice unionale, emanate nell'ambito della legislazione "c.d. consumeristica", abbiano avuto un'incidenza determinante sul funzionamento stesso del meccanismo concorrenziale, nonché sul processo di acquisizione di consapevolezza da parte dei consumatori¹⁶. La politica della concorrenza, nel perseguire la liberalizzazione del mercato, ha anche rivolta la sua attenzione alla tutela del consumatore.

Di seguito, l'illustrazione della normativa unionale e di quella nazionale aventi ad oggetto la politica della concorrenza.

¹⁶ Si pensi all'inserimento nel Codice del Consumo dell'art. 4 ("Educazione del consumatore"), che stabilisce che "L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali", denotando l'importanza dell'attribuzione al consumatore del ruolo di arbitro, nella strutturazione giuridica del mercato.

¹⁵ Ascarelli T., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1955, p. 273

1.2.1 Normativa unionale

Più che nel Trattato di Roma, il regime della concorrenza è stato fattivamente disegnato dal Trattato del Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in particolare agli artt. 101-102¹⁷ e 106-109.

Negli articoli citati, il Trattato stabilisce i principi su cui basare l'unificazione dei mercati, prevedendo la rimozione di tutte le misure nazionali

- c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento;
- d) applicare, nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza;
- e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.
- 2. Gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto.
- 3. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 possono essere dichiarate inapplicabili:
- a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese,
- a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, e C 115/88 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 9.5.2008— a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi;
- b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi."

¹⁷ Articolo 101 (ex articolo 81 del TCE):

[&]quot;1. Sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare quelli consistenti nel:

a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione;

b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;

tese ad impedirne la formazione¹⁸. In forza dell'art. 101, infatti, sono vietate tutte le azioni finalizzate ad ostacolare lo sviluppo armonioso e concorrenziale delle attività economiche e, nel perseguimento degli obiettivi descritti, l'azione dell'Unione europea, volta a tutelare la concorrenza, si è sviluppata in più direzioni:

1. una prima, mirante alla regolazione dei *comportamenti delle imprese*, che trova la massima espressione nella disciplina delle *intese restrittive* e *dell'abuso di posizione dominante* (artt. 101 e 102 TFUE), nonché il *controllo delle concentrazioni* (reg. n. 139/2004);

2. una seconda, volta a regolare i *comportamenti degli Stati membri*. Tale nucleo normativo è consistito in un insieme di norme rivolte alle imprese pubbliche o titolari di diritti esclusivi o speciali (art. 106 TFUE), in cui viene sollecitata l'adozione di misure nazionali aventi effetti anticoncorrenziali che vietano gli "aiuti di Stato" (artt. 107-109 TFUE)¹⁹. Gli unici casi di "aiuti di Stato"

¹⁸Articolo 106 (ex articolo 86 del TCE).

^{1.} Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui *riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.*

C 115/90 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 9.5.20082. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione.

Articolo 109 (ex articolo 89 del TCE) Il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e fissare in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura.

^{3.} La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.

¹⁹ Queste fonti di primo grado sono state completate da un buon numero di fonti derivate: l'art.103 TFUE attribuisce al Consiglio competenza ad adottare i necessari atti d'applicazione.

consentiti sono quelli compatibili con politiche sociali o particolari emergenze (si pensi ai casi di calamità o all'attuale crisi pandemica).

Il campo di applicazione delle norme sulla concorrenza ha coinvolto *tutte* le attività economicamente rilevanti che non risultano espressamente sottratte. Vi rientrano le attività di produzione di merci, il settore dei trasporti ma, anche, quello relativo alle prestazioni di servizi²⁰. Per la loro natura sono state, invece, sottratte all'applicazione delle regole di concorrenza le attività di produzione e commercio di prodotti agricoli (art. 42 TFUE).

Rispetto a queste ultime, il Consiglio ha, infatti, dichiarato inapplicabile l'art.101 TFUE agli accordi o pratiche che siano necessari al perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 39 (*obiettivi della politica agricola comune*) o che costituiscano parte integrante di un'organizzazione nazionale di mercato²¹.

Esclusi i casi citati, tutte le altre attività restano oggetto delle norme del Trattato. Queste ultime sono specificatamente indirizzate alle imprese economiche e si riscontrano negli artt. 101 e 102 TFUE. Si tratta delle misure citate e concernenti, rispettivamente, i divieti di *intese* e di abuso di posizione dominante. Queste ultime sono norme provviste di effetto diretto e, per questo, azionabili dinanzi al giudice nazionale, il che implica una tutela "forte" della concorrenza, tanto più se si pensa che tali norme sono state accompagnate da altre tese a renderle facilmente attuabili.

Tra le norme introdotte dal Consiglio, in virtù dell'art. 103 TFUE, occorre citare, in particolare, il Reg. n. 1/2003, che contiene l'insieme delle disposizioni più rilevanti ai fini dell'attuazione dei principi di cui agli artt. 101 e 102 TFUE.

La tutela della concorrenza assicurata è deliberatamente di tipo esteso, basti pensare che, nelle accezioni di "impresa", adottata dal Trattato, rientrano anche i

_

²⁰Comprese le attività del settore bancario e assicurativo, il settore carbosiderurgico.

²¹ Reg. n.1184/06

liberi professionisti mentre, non costituiscono attività economiche, quelle che assolvono una funzione di carattere esclusivamente sociale²².

Ciò premesso, in base all'art. 101 TFUE sono vietati, perché non compatibili con il mercato comune, "tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni d'imprese e le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune".

Gli accordi in oggetto costituiscono una specificazione delle "intese".

Con il termine di "intesa rilevante", ai fini della disciplina europea, si fa riferimento a tutte le forme impattanti sui rapporti concorrenziali tra imprese, sia che queste si trovino allo stesso stadio del processo economico, industriale o commerciale (rapporti orizzontali), sia che interagiscano a stadi diversi (rapporti verticali).

La condizione necessaria per la qualificazione di una fattispecie come un'*intesa* (risultando, pertanto, perseguibile) è costituita dalla *concertazione* nell'attività di due o più soggetti, indipendenti sul mercato.

Ai sensi dell'art. 101 TFUE, le situazioni che presuppongono l'esistenza di un'"intesa" sono quelle dell'*accordo*, della *pratica concordata* e della *decisione di associazione* di imprese.

Perché l'accordo sia perseguibile, è sufficiente che sia stata manifestata l'intenzione da parte di due o più imprese indipendenti a comportarsi sul mercato in un modo che, per i suoi effetti, risulta lesivo della concorrenza.

Il perseguimento riguarda la fattualità e non la forma, pertanto, non è necessario che ci sia stato un atto redatto in forma scritta, né che l'accordo sia vincolante sul piano giuridico e valido ai sensi del diritto nazionale applicabile e,

²² La natura di impresa, invece, è stata riconosciuta ad un ente gestore di un sistema integrativo di assicurazione per la vecchiaia, che operava secondo il *criterio della capitalizzazione*, nonostante le finalità sociali e gli elementi di solidarietà che lo caratterizzavano.

neppure, che la sua accettazione risulti per iscritto, essendo sufficiente anche un comportamento tacito della parte.

Per "pratica concordata" si intende qualsiasi comportamento coordinato tra imprese che, senza tradursi in un vero e proprio accordo formale, si configuri come una cooperazione consapevole tra le stesse che si realizza a danno della concorrenza²³.

La "pratica concordata" differisce dall' "accordo" perché si basa su un agire coordinato o collaborativo e non su un "accordo" specifico. Le "decisioni di associazioni di imprese" sono, invece, scelte adottate da sindacati professionali o da raggruppamenti di imprese, nei riguardi degli associati, ed aventi l'effetto di alterare le condizioni necessarie allo sviluppo della concorrenza. Tra esse rientrano anche le "raccomandazioni", la cui accettazione da parte delle imprese associate, ha il potere di influenzare la concorrenza in modo rilevante.

Per chiarire la portata della politica anticoncorrenziale in oggetto, basti pensare che già prima di tali misure, le pronunce dei giudici europei, declinavano verso un generico impedimento di forme anticoncorrenziali.

Con la *sentenza Suiker Unie*, ad esempio, si rese pienamente evidente l'intenzione, da parte della Corte di Giustizia Europea, di evitare che, tra le imprese interessate, potessero determinarsi accordi aventi lo scopo di "eliminare in anticipo ogni incertezza relativa al futuro comportamento dei loro concorrenti"²⁴. Il presupposto della sentenza si era basato sulla considerazione che, quando si riscontra che le imprese operanti sul mercato agiscono in maniera identica o simile (parallelismo di comportamento), non vi è alcuna necessità di risalire alla prova che tale fenomeno non sia frutto dell'autonoma scelta di ciascuna impresa, quanto il risultato di una concertazione.

²³ Sent. Materie Coloranti, in cui un gruppo di imprese aveva proceduto ad uno stesso, simultaneo e ripetuto, aumento di prezzi. (Sentenza ICI Ltd/Commissione (Materie coloranti) del 14 luglio 1972).

²⁴ La sentenza fu emessa il 9 marzo 1977 dalla Corte di Giustizia Europea.

Onde evitare che vi sia un pregiudizio eccessivo, perché la fattispecie osservata possa rientrare nella sfera di applicazione del divieto, gli elementi che vengono ritenuti rilevanti sono²⁵:

- 1. l'esistenza di un *pregiudizio al commercio* tra Stati membri;
- 2. l'alterazione delle condizioni di concorrenza nel mercato comune.

Appare, pertanto, di fondamentale rilevanza la circostanza che vede l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE trovare riscontro solo a fronte di comportamenti anticoncorrenziali, che rappresentano il risultato di un'iniziativa autonoma delle imprese; se, invece, il comportamento in oggetto risulta in risposta di un'*imposizione* di una normativa nazionale, gli articoli sopraccitati non trovano più applicazione.

Il *pregiudizio al commercio*, inoltre, deve sussistere con riferimento agli scambi fra gli Stati membri (tale aspetto costituisce uno dei presupposti per l'applicabilità dell'art.101 TFUE).

Nella *sent. Grundig*, la C.G.U.E. ha ritenuto suscettibile di pregiudicare gli scambi fra gli Stati membri, l'accordo, che è ragionevole ritenere possa esercitare un'influenza diretta o *indiretta*, *attuale* o *potenziale*, sulle correnti di scambio tra Stati membri e, nello specifico, in una misura in grado di nuocere alla realizzazione degli obiettivi di un mercato unico²⁶.

Ciò che rileva, dunque, è che il pregiudizio abbia una certa consistenza, ma non che si sia già verificato, essendo sufficiente che esso sia *potenziale* (ciò lo si ritrae dalle parole impiegate dal giudice: "*possano pregiudicare*").

L'applicazione della disciplina europea della concorrenza è, dunque, limitata alle sole "intese" i cui effetti si realizzino tra i paesi dell'Unione, non rilevando quelli confinati all'interno di un solo Stato membro.

Da un punto di vista geografico, perché una fattispecie possa essere considerata frutto di un'intesa di "abuso di posizione dominante" ovvero di

_

²⁵ Art.101 TFUE.

²⁶ Sentenza del 13 luglio 1966, Consten e Grundig/Commissione, 56/64 e 58/64.

"concentrazione", il mercato rilevante cui viene arrecato pregiudizio deve essere costituito da una "parte sostanziale del mercato comune".

A partire dalla riforma introdotta dal citato Regolamento comunitario n.1/2003, il criterio del *pregiudizio agli scambi*, quale presupposto da cui sorgerebbe la necessità di intervento regolatore, ha assunto un ruolo centrale. Inoltre, l'art. 3 impone ai giudici nazionali e alle autorità di concorrenza, l'obbligo di applicare le norme europee sul libero mercato a tutte le "intese" e "pratiche abusive" che possano incidere sugli scambi tra Stati membri²⁷.

In una delle sue Comunicazioni, la Commissione ha fornito indicazioni ed elementi di valutazione della nozione di *pregiudizio agli scambi* (Gazzetta ufficiale C. 101 del 27.4.2004).

In particolare, la Comunicazione citata espone una regola tecnica generale: il *pregiudizio agli scambi* è escluso laddove la quota di mercato aggregata delle parti su qualsiasi mercato rilevante non superi il 5% ed inoltre:

- 1. nel caso di *intese orizzontali*, il fatturato unionale aggregato annuo delle imprese interessate non risulti superiore a 40 milioni di euro;
- 2. nel caso di *intese verticali*, il fatturato unionale aggregato annuo del fornitore non sia superiore a 40 milioni di euro.

Laddove, infatti, almeno una delle richiamate condizioni non sia soddisfatta, per risalire all'esistenza di un'ipotesi di pregiudizio, occorrerà procedere per caso specifico.

L'intesa vietata è anche definita come quella che ha "per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune"²⁸. Le statuizioni tecniche relative alla concorrenza non sono, dunque, univoche e fanno sì che, per stabilire se la singola fattispecie osservata rientri o meno nel disposto dell'art.101 del TFUE, occorrerà agire in due fasi:

_

²⁷ Per quanto attiene alle intese tra imprese, preclude in questi casi l'applicabilità di norme nazionali di concorrenza più severe di quelle unionali.

²⁸ Art.85 Trattato CE, n.1

- in una prima fase, occorrerà verificare se l' "intesa" comporti, per il suo *oggetto*, una restrizione della concorrenza. Nell'ipotesi affermativa l'"intesa" deve ritenersi senz'altro vietata, senza che sia necessario considerarne gli effetti.
- in una seconda fase, si prenderanno in considerazione gli *effetti* che l' "intesa" è in grado di produrre sulla concorrenza. A seguito di tale analisi, verrà considerata vietata l' "intesa" suscettibile di restringere la concorrenza in *modo sensibile*.

Un valido criterio per valutare se un'"intesa" abbia per oggetto o per effetto il *restringimento della concorrenza*, è quello che consiste nel verificare *come* la concorrenza avrebbe operato nell'ambito del mercato di cui trattasi, in assenza dell' "intesa" ²⁹. Un esempio di "intesa" vietata è senz'altro rappresentata da un "cartello" che attui una segmentazione dei mercati³⁰, che contingenti la produzione ³¹ o che predefinisca i prezzi di vendita al pubblico.

Al contrario, non si riterranno avere natura anticoncorrenziale le clausole che risultino necessarie a far sì che un contratto, di per sé non dannoso per la concorrenza, possa assolvere alla funzione giuridico-economica che lo caratterizza, si pensi alla clausola di *approvvigionamento esclusivo*, inserito in un contratto di *Franchising*, oppure al *patto di non concorrenza*, inserito in un contratto di cessione d'azienda. Per risalire alla esistenza di contenuti anticoncorrenziali occorre, dunque, procedere, analizzando sia l'*oggetto* che l'*effetto* del patto osservato.

²⁹ Cassese S., *Chi ha paura delle autorità indipendenti?* In Mercato, concorrenza, regole, n.3, 1999, p.111

³⁰ Tramite la "segmentazione di un mercato lo si spacca in singole unità (target) che vengono poi riagglomerate in base a variabili in gruppi sociali ed economici più o meno ampi (ad esempio, lusso, economico ecc.).

³¹ Il contingentamento, ovvero la riduzione della produzione, costituisce un grave episodio nel mercato, in quanto penalizza la compagine dei consumatori.

L'aspetto relativo all'analisi dell'*oggetto* serve a valutare la funzione obiettiva di una pattuizione, considerando il contesto contrattuale in cui si inserisce.

L'analisi dell'*effetto*, invece, mira a stabilire se, in concreto, un'intesa che non ha oggetto anti-competitivo sia comunque idonea, per la specifica situazione di mercato in cui andrà ad operare, a restringere *in modo sensibile* la concorrenza nel mercato comune³².

Merita un'attenzione particolare l'introduzione della *Regola de minimis*, che esclude dal divieto le "intese" aventi effetti minimi sul mercato.

Tali effetti vengono ritenuti minimi, in base alle *soglie di sensibilità* relative alle *quote di mercato* detenute dalle imprese partecipanti a seguito di *accordi* tra imprese (non rilevando se esse sono o meno concorrenti).

La Commissione ha stabilito che tali soglie devono intendersi superate se:

- 1. gli accordi tra imprese concorrenti, effettive o potenziali, siano idonee a determinare una distribuzione della quota di mercato del 10%;
- 2. gli accordi tra imprese non concorrenti portino alla distribuzione di una quota del $15\%^{33}$.

Indipendentemente dal superamento delle suddette soglie, non ricadono, in linea generale, nel divieto di cui all'art. 101 TFUE, le intese concluse tra piccole e medie imprese.³⁴

L'art. 5 del Reg. 1/2003, stabilisce che le autorità nazionali "sono competenti ad applicare gli artt. 101 e 102 TFUE in casi individuali".

³² Cassese S., Chi ha paura delle autorità indipendenti?, op. cit., p.112

³³ Qualora sia difficile determinare se l'accordo sia concluso tra concorrenti o tra non concorrenti è prevista la soglia del 10 %.

³⁴ L'art. 101 TFUE resta applicabile, invece, anche qualora le imprese partecipanti detengano quote inferiori al 15%, a determinate tipologie di accordi suscettibili di provocare effetti distorsivi della concorrenza particolarmente *gravi*, quali i cartelli di prezzo o di ripartizione dei mercati, nonché le intese volte alla limitazione della produzione o delle vendite.

Ciò implica che, in merito alla concorrenza, le autorità nazionali dispongano di poteri decisionali analoghi a quelli della Commissione, tuttavia, esse sono sottoposte al suo potere di coordinamento e sono tenute a rispettare alcuni obblighi:

- 1. Obbligo di informazione: le autorità nazionali devono informare la Commissione di tutti i casi che intendono istruire e delle decisioni che intendono adottare in proposito;
- 2. Effetto preclusivo: l'avvio di un procedimento, da parte della Commissione, priva le autorità nazionali del potere di procedere in merito alla stessa fattispecie³⁵;
- 3. Obbligo di applicazione uniforme: quando le autorità nazionali "si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi degli artt.101 e 102 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con quella adottata".

1.2.2 La concorrenza nell'ordinamento italiano

Nel settembre del 1990 anche l'Italia, come avevano già fatto altri Paesi europei, si è dotata di una legge *antitrust*.

La necessità di una legge che disciplinasse i comportamenti anticoncorrenziali, in realtà, era all'attenzione del Parlamento fin dal 1950, in quegli anni espressioni di ideologie e scuole di pensiero che hanno proposto una normativa *antitrust* si sono succedute con regolarità (da Togliatti a Malagodi,

_

³⁵ L'effetto preclusivo vale sia nel caso che l'autorità non abbia ancora agito, sia in quello in cui abbia già aperto una procedura di indagine: in casi del genere si può parlare di un vero e proprio *potere di avocazione*.

³⁶ Art. 5 del reg. 1/2003

passando per Paietta, Napolitano e Colombo). Il primo progetto in tal senso, presentato da Togni nel 1950, prevedeva un "controllo dei consorzi di imprese".

L'obiettivo era di limitare, o inibire, attività anticoncorrenziali di questi ultimi. Da allora, venne avviato un dibattito molto accentuato sulla tutela della concorrenza, in particolare, le discussioni politiche iniziarono a riflettere la necessità di definire quale dovesse essere l'*organo* preposto all'applicazione delle norme anticoncorrenziali e le modalità di attuazione dei controlli. Questi ultimi, tra l'altro, si riteneva dovessero essere anche preventivi, oltre che successivi.

La proposta Malagodi-Bozzi, intitolata "Norme per la tutela della libertà di concorrenza e di mercato" venne presentata alla Camera nel 1955 e poi, nuovamente, nel 1959, con una riproposizione in una versione riveduta e corretta.

In entrambi i casi, però, non si assistette al successo sperato.

Nello stesso periodo fu predisposto un nuovo disegno di legge, a cura di Tullio Ascarelli, accompagnato da un progetto sulle *intese industriali e commerciali* predisposto dai deputati Lombardi e La Malfa.

Successivamente, venne presentata, nel 1960, da Giorgio Amendola la proposta di legge sul "Controllo dei Monopoli".

Le iniziative di quegli anni si ispiravano a ideologie, anche contrapposte, che ponevano attenzione alla preservazione dell'equilibrio nei rapporti potere pubblico e mercato. Alcune posizioni mostravano, dichiaratamente, interesse ad imporre controlli sul mercato, mentre altre si proponevano di tutelare la libertà di iniziativa economica, respingendo le politiche restrittive³⁷.

Nel ricercare di arginare i monopoli largamente diffusi in quegli anni, in ambito politico si iniziò a giustificare l'entrata delle "partecipazioni statali" in alcuni settori, quali quello dei fertilizzanti e quello dei cementi.

Di fatto, ciò creò maggiori complicazioni allo sviluppo della concorrenza. Oltre alla preponderante presenza dello Stato, si evidenziava una sostanziale debolezza del sistema industriale e produttivo italiano in cui, l'introduzione di una

³⁷ Carullo A., Lezioni di diritto pubblico dell'economia, Padova, 1997, p.89.

disciplina della concorrenza non poteva che essere vista come un attacco alla crescita economica nazionale. Con un ridimensionamento della presenza pubblica nell'economia sarebbe, infatti, venuto meno l'unico vero soggetto in grado di garantire stabilità e progresso economico-sociale.

Solo nel 1983, la Commissione Ferri³⁸ riuscì ad introdurre una legge sullo "*Statuto dell'impresa*", in cui vennero inserite norme per la tutela della concorrenza ispirate alla disciplina comunitaria.

Negli anni successivi, a seguito dello sviluppo della Comunità Europea, si fece sempre più pressante l'esigenza di un adeguamento alla crescente integrazione.

Lo stimolo che diede nuovo vigore all'iter legislativo volto al rafforzamento della concorrenza venne, infatti, proprio dalla Comunità Europea che, in vista dell'adozione e della successiva entrata in vigore dell'Atto Unico (che avvenne nel 1986), presentò, nel 1985, il Libro Bianco della Commissione CEE sul completamento del Mercato Interno, che avrebbe dato un forte impulso alle politiche volte a favorire il funzionamento dei mercati in maniera coerente con quanto stabilito dalle norme comunitarie.

Fu così che, nel clima descritto, nel 1988, venne introdotto un disegno di legge, intitolato "Norme per la tutela del mercato", presentato dal senatore Guido Rossi, cui fece seguito un secondo disegno, rubricato "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", proposto dall'allora Ministro dell'Industria, Adolfo Battaglia.

Il disegno di legge Battaglia previde, fra l'altro, sul modello del Regolamento del *controllo delle operazioni di concentrazione*, una *comunicazione preventiva* delle concentrazioni e la possibilità che certe operazioni fossero vietate qualora configurassero un'ipotesi di costituzione o di rafforzamento di "posizione dominante", idonea ad eliminare o a ridurre, in modo sostanziale e durevole, la concorrenza. Dalla fusione delle due proposte citate si

-

³⁸ Voluta dall'allora Ministro di Grazia e Giustizia, U. Merlino.

prevenne alla Legge n. 287, approvata il 27 settembre del 1990 e che, attualmente, è la norma italiana che disciplina la concorrenza, in rapporto alla normativa europea.

La disciplina in materia di concorrenza (prevista dalla L. 287/90) rimanda all'istituzione di *un'Autorità indipendente*, il cui scopo consiste nel monitorare l'applicazione della legge *antitrust*. Il soggetto investito di tale fine è l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

La legge fornisce, inoltre, i criteri di ripartizione delle competenze fra l'Autorità e la Commissione, introducendo il presupposto ermeneutico secondo il quale l'interpretazione delle norme a garanzia e tutela della concorrenza debba essere effettuata sulla base dei principi dettati dall'ordinamento comunitario in materia di *antitrust*³⁹.

La legge sulla concorrenza ha individuato tre macro-aree costituenti gli ambiti da regolare: le "intese", gli "abusi di posizione dominante" e le "operazioni di concentrazione". Le "intese" ed i "cartelli" e, quindi, i "*trusts*", sono considerati il principale deterrente al regolare sviluppo della concorrenza.

Con il termine "intese" la legge rimanda a qualsiasi accordo e/o pratica concordata, anche qualora venga adottato ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, da associazioni di imprese, consorzi o altri organismi similari.

Sono vietate le "intese" che hanno, per oggetto o l'effetto, di impedire, restringere, falsare, in maniera consistente, il gioco della concorrenza all'interno del mercato o, comunque, in una sua parte rilevante. Tali tipi di accordi sono considerati nulli ad ogni effetto.

In particolare, si intendono "intese restrittive della concorrenza" (e, quindi, pratiche vietate) tutte le misure con cui due, o più imprenditori, si accordano (ad

³⁹ Bonazzi C., *L'evoluzione della concorrenza e la globalizzazione dei mercati*, in Dir. Ec., 1990, p.103.

es. fissando dei prezzi comuni)⁴⁰ per impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

Le "intese" che presentano caratteristiche limitative della concorrenza sono sempre illegittime e, quindi, illegali, tuttavia la Commissione Europea, valutando caso per caso, può stabilire l'esenzione *ad personam,* ovvero riferibile al singolo caso che le viene sottoposto. La Commissione può, altresì, procedere a delle esenzioni per categorie di accordi, qualora questi abbiano caratteristiche diffuse e comuni in tutto il territorio comunitario, come avviene ad esempio per gli accordi di vendita di auto e motoveicoli. La deroga è subordinata al verificarsi di alcune condizioni realizzate dalle intese:

- 1. l'ottenimento di un miglioramento della produzione o della distribuzione dei prodotti o promozione del progresso tecnico o economico;
- 2. necessità di riservare agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva;
- 3. che non si impongano alle imprese coinvolte, restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere gli obiettivi;
- 4. che le intese non realizzino l'eliminazione della concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi.

Quanto all' "abuso di posizione dominante", va sottolineato che l'acquisto di una posizione di dominio sul mercato non è di per sé una situazione vietata. Ciò che è contrario alla legge *antitrust* è l'abuso di tale posizione, che si realizza tutte le volte in cui, venendosi a delineare le stesse condizioni già vietate per le intese, si possa danneggiare il funzionamento del mercato concorrenziale. Il concetto di "posizione dominante" è direttamente correlato al grado di indipendenza raggiunto dall'impresa sul mercato. Tale indipendenza è ritenuta idonea a

⁴⁰ Le "intese" vietate ai sensi dell'art 2 della 287/90 sono 5: 1) accordi sui prezzi; 2) impedire o limitare la produzione o il progresso; 3) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; 4) applicare con i diversi imprenditori condizioni diverse per prestazioni equivalenti; 5) subordinare i contratti a prestazioni complementari che non abbiano alcun rapporto con l'oggetto del contratto stesso (cd prestazioni gemelle).

generare una "posizione dominante" quando consente all'impresa di assumere taluni comportamenti (come, ad esempio, una riduzione ingiustificata della quantità di beni offerti o prezzi eccessivi rispetto alla qualità del bene) indipendentemente da quelle che potrebbero essere le reazioni sia dei concorrenti che dei consumatori⁴¹. Si parla, invece, di "concentrazioni rilevanti" tutte le volte in cui la concorrenza viene falsata attraverso il ricorso ad alcuni particolari meccanismi quali⁴²:

- 1. la fusione di più società;
- 2. l'acquisto di un pacchetto di controllo in altra società tale da attribuire alla prima un'influenza dominante sulla seconda;
 - 3. la creazione di una grande impresa societaria comune.

Si tratta di situazioni che, per la loro stessa natura, portano alla determinazione di una posizione dominante nel mercato e, pertanto, richiedono un attento monitoraggio delle condizioni con cui si realizzano.

Quando tali meccanismi determinano delle "concentrazioni rilevanti", le pratiche avviate devono essere considerate nulle⁴³. Per determinarlo intervengono gli organi deputati a tal fine.

Come anticipato, esistono due organi preposti alla tutela della disciplina antitrust:

- 1. sul piano *unionale*, la Commissione Europea;
- 2. sul piano *nazionale*, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (istituita proprio dalla legge 287/90).

In realtà, la competenza di quest'ultima ha carattere residuale, poiché l'Autorità potrà essere adita solo nei casi in cui la lite non investe interessi unionali.

⁴¹Capunzo R., Argomenti di diritto pubblico dell'economia, Milano, 2005, p.98

⁴² Bonazzi C., L'evoluzione della concorrenza e la globalizzazione dei mercati, op. cit., p.88

⁴³ In tema di controllo delle concentrazioni, benché non espressamente previsto da alcuna norma, si rende necessaria la precisa individuazione del mercato rilevante.

Inoltre, alla Commissione Europea è assegnato il compito di interpretare la disciplina e, quindi, ad essa ci si dovrà rivolgere tutte le volte in cui dovesse sorgere una questione pregiudiziale.

Qualora si dovesse intravedere il pericolo del verificarsi di una situazione lesiva (eventualmente denunciato da organi amministrativi e non, quali, ad es., l' "associazione dei consumatori"), l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato avrà *poteri istruttori*, volti a verificare l'esistenza dei fatti denunciati e presunti (tali poteri potranno consistere, ad esempio, in ispezioni o in raccolta di informazioni). Se l'infrazione viene accertata, l'Autorità dichiara la nullità della pratica lesiva, commina una sanzione pecuniaria ed eventualmente procede con la sospensione dell'attività d'impresa⁴⁴.

Gli eventuali ricorsi sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (devono essere proposti dinanzi al TAR Lazio).

Da un punto di vista protocollare, le operazioni di *concentrazione*⁴⁵ devono essere, preventivamente, comunicate all'Autorità Garante e, qualora il fatturato totale realizzato da tutte le imprese interessate sia superiore ad Euro 250.000,00,

⁴⁴ Le decisioni sono pubblicate su un apposito bollettino a cura del Consiglio dei Ministri.

⁴⁵ Art. 5 L.287/1990: "Si realizza un'operazione di concentrazione quando due o più imprese procedono a fusione;

b) quando uno o più soggetti in posizione di controllo di almeno un'impresa ovvero una o più imprese acquisiscono direttamente od indirettamente, sia mediante acquisto di azioni o di elementi del patrimonio, sia mediante contratto o qualsiasi altro mezzo, il controllo dell'insieme o di parti di una o più imprese;

c) quando due o più imprese procedono, attraverso la costituzione di una nuova società, alla costituzione di un'impresa comune.

^{2.} L'assunzione del controllo di un'impresa non si verifica nel caso in cui una banca o un istituto finanziario acquisti, all'atto della costituzione di un'impresa o dell'aumento del suo capitale, partecipazioni in tale impresa al fine di rivenderle sul mercato, a condizione che durante il periodo di possesso di dette partecipazioni, comunque non superiore a ventiquattro mesi, non eserciti i diritti di voto inerenti alle partecipazioni stesse.

^{3.} Le operazioni aventi quale oggetto o effetto principale il coordinamento del comportamento di imprese indipendenti non danno luogo ad una concentrazione".

l'Autorità dovrà provvedere ad informare il Consiglio dei Ministri e il Ministro dell'Industria.

Entro 30 giorni, l'Autorità potrà decidere:

- di non consentirne la prosecuzione delle operazioni di *concentrazione* (ed in tal caso dovrà informare il Ministero dell'industria);
- di avviare apposita istruttoria, eventualmente sospendendo l'efficacia della concentrazione a titolo precauzionale.

Se l'Autorità accerta che la concentrazione rientra, a tutti gli effetti, fra le pratiche incriminate, può vietarne l'esecuzione o, semplicemente, dettare dei correttivi che mantengano inalterata la libera concorrenza.

Anche in questo caso è possibile comminare sanzioni pecuniarie.

L'istituzione dell'Autorità *antitrust* è stata pensata per assolvere alla funzione di controllo e vigilanza, ed è stata necessaria per dare attuazione a quanto previsto dalla legge 287/90.

In tal senso, essa si colloca in un impianto normativo che ne esalta la funzione di *tutela di interessi pubblici*⁴⁶.

La Corte Costituzionale ha, infatti, ribadito che la concorrenza non è solo un bene da tutelare, ma anche da promuovere (C. Cost., sent. 14/2004 e sent. 272/2004)⁴⁷.

⁴⁶ Capunzo R., Argomenti di diritto pubblico dell'economia, op. cit., p.105

⁴⁷ In queste sentenze emerge che la tutela della concorrenza non deve venire intesa solo come garanzia di interventi volti alla regolazione ma anche in un'accezione più dinamica, nota in ambito comunitario, che vuole le misure pubbliche destinate a favorire le condizioni per uno sviluppo del mercato e per l'instaurazione di assetti concorrenziali. "I principî comunitari del mercato e della concorrenza, quindi, non sono svincolati da un'idea di sviluppo economicosociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato. Se è vero che sono incompatibili con il mercato comune gli aiuti pubblici, sotto qualsiasi forma concessi, che falsino o minaccino di falsare la concorrenza, è altrettanto vero che le deroghe ai divieti di aiuti, regolate in principio dall'art. 87, paragrafi 2 e 3, del Trattato CE, sono a loro volta funzionali alla promozione di un mercato competitivo", C. Cost., sent. 14/2004.

Il Giudice Costituzionale, nello specifico, ha valutato gli strumenti di cui dispone lo Stato per la regolazione del mercato e, a fronte di numerose disposizioni, si è domandato "Se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, disponga ancora di strumenti di intervento diretto sul mercato o se, al contrario, le sue funzioni in materia si esauriscano nel promuovere ed assecondare l'attività delle autonomie. Vera questa seconda ipotesi, lo Stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o disporre interventi speciali in favore di Regioni, Province, città metropolitane e Comuni, i quali sarebbero, pertanto, da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica" (Sent. 14/2004). Se, infatti, il ruolo dello Stato, in un'accezione macroeconomica, fosse disegnato dall'art. 119, comma 5, Cost., sarebbe escluso un potere generale di intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia, restandogli consentiti, al più, trasferimenti finanziari a favore delle autonomie, secondo il modello tenuto presente anche dalla prevista istituzione del fondo perequativo, di cui al comma 3 dello stesso art.119.

Tuttavia, si tratta di una lettura insufficiente dell'art. 119, in quanto restrittiva.

L'intervento diretto dello Stato per la promozione dello sviluppo economico non rileva, dunque, dal tenore dell'art.119. Nella sent. 14/2004, la Corte ha, infatti, ritenuto di aver trovato il fondamento di un intervento diretto dello Stato a sostegno dell'economia nel disposto di cui alla lett. e) del secondo comma dell'art. 117 in cui la tutela della concorrenza risulta essere demandata alla legislazione esclusiva dello Stato.

E' stato facile obiettare che gli *aiuti di Stato* non rientrano nella tutela della Concorrenza (semmai ne costituiscono una deroga) e che viceversa l'intervento pubblico nell'economia, volto a porre rimedio a situazioni di squilibrio economico e sociale è qualificato, a livello comunitario, non nella politica della concorrenza, ma nelle politiche regionali e sociali (artt. 136 e ss. e 158 e ss. del Trattato CE)⁴⁸.

⁴⁸ Cassese S., Chi ha paura delle autorità indipendenti, op. cit., p.12

La tutela della concorrenza, in realtà, è una competenza statale esclusiva che non ha un'estensione rigorosamente circoscritta e determinata ma, per così dire, "trasversale", poiché si intreccia, inestricabilmente, con una pluralità di altri interessi. Tra questi ultimi, alcuni rientrano nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni e sono connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese. In tal senso, è necessario invocare il criterio di proporzionalità-adeguatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi, o meno, determinati interventi dello Stato.

Con la sentenza n. 272 del 27 luglio 2004, la Corte Costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 14, co. 1 e 2, del DL 269/03 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), in quanto tali norme determinavano un'illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale in materia di servizi pubblici locali.

Nell'ordinamento italiano, pertanto, garantire la concorrenza significa, innanzitutto, assicurare le condizioni per esercitare il diritto di iniziativa economica e, quindi, una libertà di impresa, con la conseguenza che è *l'accesso al mercato*, piuttosto che l'*efficienza* dello stesso, a costituire la prima finalità della disciplina introdotta dalla legge 287.

A supporto di questa interpretazione, basta osservare che il richiamo alla libertà di iniziativa economica ha portato i primi esponenti dell'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* a richiedere l'ampliamento dei compiti ad essi attribuiti dalla disciplina *antitrust*.

Tra gli obiettivi perseguiti merita menzione anche la concreta applicazione dell'articolo 3 della Costituzione che sancisce il principio di "eguaglianza". Ciò si traduce nella garanzia di un *trattamento paritario* di tutte le imprese e nella contestuale proibizione dei tentativi di assumere posizioni privilegiate rispetto alle altre.

La IV sez. del Consiglio di Stato ha stabilito, in merito alla vigilanza sul mercato, che l'obiettivo economico e sociale da realizzare non debba essere la sanzione in quanto "occorre più correggere il mercato che reprimerne una condotta"⁴⁹. Con tale sentenza si è voluto fare intendere che, più che correggere l'attività dei singoli, occorra, a monte, stabilire quale debba essere la modalità di funzionamento del mercato.

Quanto evidenziato mostra che, l'argomento in esame, chiama in causa sia la tutela di *interessi legittimi* che di *diritti soggettivi* degli agenti economici e dei cittadini.

1.2.2.1 Le norme a sostegno del corretto funzionamento del mercato: il codice del consumo

La normativa denominata in senso ampio 'tutela del consumatore', confluita nel Codice del consumo (d. lgs 6 settembre 2005, n. 206), lungi dal costituire semplicemente lo statuto di un nuovo oggetto che si contrappone ed afferma i propri diritti nei confronti della categoria degli imprenditori e a svantaggio di questi, ha il merito di avere contribuito alla configurazione di una nuova concezione del mercato.

Il Codice raccoglie varie norme, disciplinanti il rapporto consumeristico, la pubblicità, la corretta informazione, il contratto, la sicurezza dei prodotti, fino all'accesso alla giustizia e alle associazioni rappresentative di consumatori. Tramite il Codice del consumo si è giunti ad una riorganizzazione della normativa tesa a disciplinare le varie fasi del rapporto tra consumatore e imprenditore, ciò al fine di garantire il buon funzionamento del mercato concorrenziale. Oggetto della tutela è stato considerato l'interesse collettivo dei consumatori, azionabile da parte

⁴⁹ Sent. 2 Agosto 2004 n. 2368.

delle associazioni a ciò legittimate. La legge ha previsto, infatti, una tutela di tipo "inibitorio" ed eventualmente "restitutoria" dello stato di fatto *quo ante*.

L'eventuale lesione dei diritti attribuiti ai consumatori (tra i quali rilevano quello all'informazione, alla correttezza del messaggio pubblicitario, alla trasparenza dei rapporti contrattuali), incide direttamente sulla loro libertà di scelta, ma è destinata a gravare, al contempo, sul regime dello scambio, dal momento che alcuni diritti 'fondamentali' si manifestano esclusivamente in occasione dello svolgimento del rapporto contrattuale⁵⁰: legittimo è, allora, chiedersi se la normativa di "tutela del consumatore" attenga al "diritto dei contratti" o al "diritto delle persone"⁵¹. In effetti, osservando l'evoluzione di tale tutela, da una forma "paternalistica" si è proceduto con la progressiva responsabilizzazione del consumatore, mirando a consentirgli di assumere coscienza del suo ruolo di arbitro del mercato, passando attraverso le diverse fasi della legislazione consumeristica.

Nell'ambito degli interventi legislativi, che si è soliti riferire alla tutela di stampo paternalistico, risaltano i provvedimenti legislativi vòlti a determinare restrizioni della libertà di svolgimento dell'attività economica⁵², nonché ogni intervento la cui finalità sia individuata nell'esigenza di governare la sostanziale correttezza giuridica del contratto. Accanto ad una legislazione consumeristica 'soccorritrice' del consumatore, inconsapevole del suo ruolo fondamentale nel mercato, si pone un intervento inteso al riequilibro del potere contrattuale tra le

⁵⁰ De Nova G., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in I contratti, 1998, p.545

⁵¹ Ibidem, p.550

⁵² Si pensi anche all'attribuzione di diritti, i quali comportino per converso limitazioni dell'attività d'impresa, in conformità del limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41 Cost., il quale risulta ormai privo di effettività, tacitamente abrogato dai principi improntati alla 'libertà di impresa', contenuti nei Trattati europei, tenuto conto che uno degli obiettivi principali delle politiche comunitarie è quello di costruire un mercato interno secondo criteri di stampo marcatamente liberistico.

parti⁵³, sulla via del rafforzamento della posizione contrattuale del consumatore: strumento principe di tale processo si è rivelato quello dell'informazione, finalizzata alla trasparenza nei rapporti economici. In tal senso si può ritenere che si sia mirato a costruire un diritto del mercato improntato alla libertà di scelta, all'autodeterminazione del consumatore e, quindi, all'autoresponsabilità⁵⁴.

Nella prospettiva della corretta e "adeguata informazione del consumatore", la *tutela inibitoria* azionabile per far cessare comportamenti lesivi del diritto alla trasparenza del mercato è apparsa costituire il miglior supporto all'eliminazione della disparità tra le parti sul piano cognitivo⁵⁵.

⁵³In questa direzione, si vedano, tra le altre, la disciplina sul credito al consumo (l. 19.2.92 n. 142), quella relativa al settore bancario e assicurativo (d.lgs. 1.9.93 n. 385), ai marchi registrati (d. lgs. 4.12.92 n. 480 - dir. 89/104), alla pubblicità ingannevole (d.lgs. 25.1.92 n. 74 - dir. 84/450), alle vendite porta a porta (d.lgs. 15.1.92 n. 50 - dir. 85/577), ai viaggi, vacanze e circuiti "tutto compreso" (d.lgs. 17.3.95 n. 111 - dir. 90/314), alle "norme per l'informazione del consumatore" (l. 10.4.91 n. 126), all'indicazione dei prezzi dei prodotti non alimentari (d.lgs. 27.1. 92 n. 78 - dir. 88/314).

⁵⁴ Per la costruzione del diritto del mercato come diritto dell'autoresponsabilità, v. Irti N., L'ordine giuridico del mercato, cit., 75, secondo il quale "i soggetti, che stipulano negozi di scambio, scelgono l'una o l'altra merce, l'uno o l'altro prezzo: che sceglie, decide, chi decide, assume il rischio della propria preferenza".

⁵⁵ Nel tentativo di individuare i principi fondanti la struttura del mercato, si osserva come molte delle disposizioni raccolte nel Codice del consumo paiono funzionali alla predisposizione di un'ulteriore condizione, indispensabile per il corretto funzionamento mercato concorrenziale, ovvero la pluralità dell'offerta, nel senso della necessaria presenza di una molteplicità di contratti che si diversifichino tra loro (oltre che per le caratteristiche intrinseche dei beni offerti) per il trattamento giuridico riservato al consumatore, ciò che costituisce un imprescindibile presupposto affinché i destinatari possano manifestare la propria preferenza, cioè esercitare il potere di scelta, Alpa G., Breve glossa, in Il recepimento della direttiva, Appendice a C.M. Bianca - G. Alpa, (a cura di), Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, Padova, 1996, p. 711

1.3 La disciplina degli "aiuti di Stato" nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

Il perseguimento di un libero mercato presuppone un generico divieto di "aiuti di Stato" finalizzati a favorire organizzazioni che operano sul mercato. Gli aiuti in oggetto possono consistere in sussidi, defiscalizzazioni, finanziamenti e in ogni altro beneficio idoneo ad interferire alterando le forze contrattuali di mercato.

Fin dalle origini, la Corte di Giustizia Europea ha riconosciuto l'applicabilità del controllo degli "aiuti di Stato" anche alle misure fiscali suscettibili di produrre benefici in grado di alterare le dinamiche di mercato⁵⁶.

In tal senso, il perimetro della nozione di "aiuto" deve essere inteso come oltrepassante quella del "sussidio" andando a coinvolgere qualunque misura che, utilizzando risorse riconducibili al settore pubblico, sia in grado di indebolire il vincolo di bilancio di un'impresa, sollevandola in tutto, o in parte, da oneri che altrimenti avrebbe dovuto sostenere. In merito alle misure fiscali il cattivo impiego di risorse pubbliche si sostanzia nella rinuncia da parte dello Stato ad un gettito al quale avrebbe diversamente diritto. L'aiuto di natura fiscale viene, quindi, a configurarsi in analogia ad una spesa diretta, come *tax expenditure*⁵⁷.

Una parte considerevole degli "aiuti" concessi dagli Stati membri avviene proprio sotto forma di agevolazione fiscale. Il Trattato riconosce l'autonomia degli Stati in materia di tassazione diretta, il cui esercizio trova, peraltro, alcuni limiti, tra i quali quello del divieto di "aiuti di Stato".

⁵⁶ La prima pronuncia in merito è del 1961: sentenza del 23 febbraio 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. High Authority of the European Coal and Steel Community, 30/59.

⁵⁷ Con tale espressione si fa riferimento all'insieme di agevolazioni fiscali previste in un Paese.

1.3.1 Casi di incompatibilità degli "aiuti di Stato" con il mercato interno per la tutela concorrenziale ex art. 107 TFUE

L'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato di Funzionamento dell'UE (TFUE) precisa i presupposti affinché l'intervento possa essere considerato un "aiuto di Stato". Le quattro condizioni richieste, per tale classificazione degli "aiuti" in tale ottica, sono le seguenti:

- capacità di un impatto sulla concorrenza;
- origine statale dell'aiuto (aiuto concesso dallo Stato ovvero mediante risorse statali);
 - esistenza di un vantaggio a favore di talune imprese o produzioni;
 - idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

Gli interventi che presentano queste quattro caratteristiche sono qualificabili "aiuti di Stato", a prescindere dalla loro forma, che può consistere in una sovvenzione, un prestito a tasso agevolato, la locazione di immobili o acquisizione di servizi a condizioni preferenziali per le imprese, nel riconoscimento di benefici fiscali, nella partecipazione al capitale di imprese a condizioni non eque.

La configurazione di una concessione come "aiuto di Stato" deve essere valutata caso per caso, tuttavia, in virtù dell'integrazione raggiunta dal mercato comunitario sono rari i casi in cui un'azione che procura un vantaggio ad una o più imprese non abbia anche un impatto sulla concorrenza e sugli scambi tra gli Stati membri.

Il par. 1 dell'art.107 TFUE contiene il principio dell'incompatibilità degli "aiuti di Stato" con il mercato interno. Ciò premesso, esistono, però, alcune deroghe contenute nei paragrafi 2 e 3, e negli articoli 93 e 106, par. 2 del TFUE. Per la necessità di far fronte alla crisi economica creata dalla pandemia COVID-19, la normativa sugli "aiuti di Stato" è stata rivista allo scopo di consentire ai governi di intervenire a sostegno delle attività in crisi.

Per comprendere la problematicità, sotto il profilo concorrenziale, collegata all'ampio programma di ricapitalizzazione pubblica è bene ricordare che, il "Decreto Rilancio", convertito con modificazioni dalla l. 19/7/2020, n. 77, al secondo Emendamento ha riconosciuto la possibilità di adottare misure di intervento pubblico⁵⁸. Un tale prudente approccio si ispira, peraltro, al *modus operandi* già adottato dalla Commissione durante la crisi degli intermediari bancari e finanziari del 2008.

Nel caso di specie, l'intervento di ricapitalizzazione adottato secondo logiche "di mercato" va a favorire iniziative che potrebbero essere non neutre, sfuggendo alle prescrizioni del *Temporary Framework* o a quelle, più rigorose, dell'art. 107 TFUE.

Di fatto, nelle incertezze dell'attuale stato dell'economia, di fronte alla crescente paura di nuove ondate di contagio e alla possibilità di rinnovamento delle misure di contenimento, una prova "rigorosa" di mancanza di reali effetti distorsivi potrebbe essere, obiettivamente, quasi impossibile da fornire, nei termini usualmente richiesti.

Tali condizioni hanno richiesto un atteggiamento nuovo, in cui gli interventi del decisore politico nazionale devono essere ponderati con grande attenzione, valutando non solo i risultati ottenibili nell'immediato, ma anche gli effetti che potranno conseguirne nel medio-lungo periodo e, soprattutto, quelli di tipo "strutturale". Quanto delineato postula che gli "aiuti di Stato" devono subire un ripensamento in termini di contenuto, andando ad indagarne l'intenzionalità che, laddove non finalizzata al sostegno dovuto alla crisi pandemica, postula la necessità di una verifica.

⁵⁸ Anche se nel quadro derogatorio *post* pandemico è consentita solo come *extrema ratio* e in presenza di specifici e rigorosi requisiti

1.3.2 Il ruolo della Commissione Europea ex artt. 108 e 109 TFUE

In base alla normativa, e prescindendo dalle forme di intervento post Covid, gli "aiuti di Stato" devono essere sottoposti al controllo della Commissione, che li autorizza soltanto dopo avere appurato che rientrano in una delle deroghe previste dal Trattato. La Commissione gode di un ampio poter discrezionale, ma è tenuta a motivare le decisioni che assume. L'articolo 108 del TFUE prevede, inoltre, che anche il Consiglio possa esprimersi in merito alla compatibilità di un "aiuto" con le restrizioni previste e autorizzarlo, ma questo deve avvenire su richiesta di uno Stato membro, a seguito di una deliberazione all'unanimità e solamente quando circostanze eccezionali lo giustifichino⁵⁹. In merito agli *aiuti d'importanza minore*, in quanto di importo talmente ridotto da non essere considerate neppure "aiuti di Stato" (non essendo in grado di alterare la libera concorrenza), la disciplina cui riferirsi è costituita dal Reg. (UE) n. 1407/2013 e dal Reg. (UE) n. 360/2012.

1.4 Gli interventi dell'OCSE per ostacolare la concorrenza fiscale dannosa

L'insieme delle regole fiscali cui le imprese vengono sottoposte, costituisce un fattore che ha incidenza sui suoi risultati economici e, quindi, sulla sua competitività. Ciò vale tanto di più, per le imprese che operano nei mercati internazionali.

Il Fisco è, infatti, un potente mezzo a disposizione degli governi per aumentare la competitività delle imprese nazionali e per attrarre ed incentivare

⁵⁹ Si tratta di casi rari, pertanto, solo nei vasi previsti in deroga gli "aiuti" possono essere autorizzati.

investimenti provenienti dall'estero⁶⁰. L'UE, in base al "principio di sussidiarietà", non interferisce con le discipline nazionali in materia di imposte sul reddito, riservandone la competenza esclusiva agli Stati membri, che devono servirsene nel rispetto dei principi e libertà fondamentali, come, ad esempio, i principi di "non discriminazione" e di "proporzionalità", rispettando le libertà fondamentali di stabilimento e di libera circolazione e, soprattutto, salvaguardando la libertà di mercato, ovvero la concorrenza. Le altre imposte, quelle doganali, l'IVA e le accise sono state, invece, oggetto di armonizzazione, nel perseguimento della creazione di un'area di libero scambio che ha necessitato dell'eliminazione degli ostacoli fiscali frapposti alle transazioni commerciali interne. Ciò non ha impedito di intervenire nella tassazione di flussi transnazionali di reddito, ad esempio, tramite la Direttiva 90/435/CEE sulla tassazione dei dividendi c.d. Direttiva "madre-figlia". Il tema della concorrenza fiscale travalica l'ambito unionale e si manifesta anche con riferimento a Paesi terzi, non legati da un comune sostrato normativo e istituzionale. Tra gli organismi che sono intervenuti sul tema, l'OCSE che ha condotto studi sulle sue dimensioni e dettato raccomandazioni ai Paesi aderenti. Tra le iniziative in tal senso, l'Harmful Tax Competition.

1.4.1 Il "Code of Conduct"

_

^{60 &}quot;La dimensione complessiva del prelievo, nell'ottica del singolo Stato, dipende da una molteplicità di fattori, ed in primis dal livello di spesa pubblica che si vuole (o che si è costretti a) sostenere e dalle politiche redistributive della ricchezza, che travalicano l'ambito prettamente economico e toccano nodali aspetti politici e sociali". Salvini L., I regimi fiscali e la concorrenza tra le imprese, in. Giur. Commerciale, fasc. II, 2016, p.130

A restringere le possibilità delle Regioni di adottare politiche fiscali agevolative concorrono anche gli ulteriori limiti imposti da i principi comunitari di *non discriminazione fiscale* (artt. 18 e 110 TFUE, ex artt. 12 e 90 TCE), della *libertà di stabilimento* (artt. 49 ss. TFUE, ex artt. 43 ss. TCE) e delle *libertà di circolazione delle merci* (artt. 28 ss. TFUE, ex artt. 23 ss. TCE) e *delle persone, dei servizi e dei capitali* (artt. 45 ss. TFUE, ex artt. 39 ss.) nella misura in cui risultino coinvolti gli scambi intracomunitari⁶¹ e del *divieto di introdurre dazi doganali* (artt. 28 e 30 TFUE, ex artt. 23 e 25 TCE)⁶².

Inoltre, occorre aggiungere le disposizioni senza valore giuridico vincolante, ma di grande importanza politica, del *Code de conduit* sulla *concorrenza fiscale* dannosa, volto, tra l'altro, a prevenire l'*erosione delle basi imponibili* di taluni Stati membri a vantaggio di altri Paesi membri, adottato dal Consiglio europeo il 1° dicembre 1997. Anche se vi è un'evidente connessione tra le misure fiscali riconducibili alla *concorrenza fiscale* dannosa e quelle riconducibili agli "aiuti di Stato" (la stessa Commissione ha chiarito nella Comunicazione 98/C 384/03, par. 30, che nell'esame della loro compatibilità si

⁶¹ L'orientamento tradizionale della Corte di Giustizia circoscrive la libertà di circolazione di matrice comunitaria ai soli scambi tra Stati membri (si veda, ex multis, la sentenza della Corte di Giustizia del 5 dicembre 2000, causa C-448/98, Guimont, punti 17 e 21) ma non è un orientamento univoco e, ad esempio, con riguardo al divieto di istituire dazi e tasse ad effetto equivalente, la Corte in qualche occasione ha esteso la portata del divieto anche all'attraversamento di confini interni ad un Paese membro (si veda la sentenza della Corte del 16 luglio 1992, causa C-163/90, Administration des douanes et droits indirects c. Léopold Legros e altri, punto 16, ove segnala che un'imposta riscossa ad una frontiera regionale per il fatto dell'introduzione di beni in una regione di uno Stato membro costituisce un ostacolo alla libera circolazione delle merci di gravità almeno pari a quella di un'imposta riscossa alla frontiera nazionale a causa dell'introduzione dei prodotti nel territorio di uno Stato membro). Carinci A., Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea, RASSEGNA TRIBUTARIA», 2004, 4, pp.1232-1233.

⁶² Si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 21 giugno 2007, C-173/05, Commissione c. Repubblica italiana, Raccolta 2007, I-04917, punti 27 ss. per cui la Corte ha considerato illegittimo il tributo ambientale sui gasdotti introdotto dalla Regione Sicilia con la Legge reg. 26 marzo 2002, n. 2.

deve tenere conto, tra l'altro, dei loro effetti, così come emersi dall'esperienza dell'applicazione del *Codice di Condotta* sulla concorrenza fiscale dannosa) il fatto che una misura fiscale porti ad una situazione di *concorrenza fiscale* dannosa non implica che detta misura sia costitutiva di "aiuto di Stato" ai sensi dell'articolo 107 TFUE⁶³.

In conformità con il Codice di Condotta vanno considerate, in linea di massima, potenzialmente dannose, tutte le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato. Tuttavia, nel valutare il carattere pregiudizievole di tali misure, si deve tener conto, tra l'altro, anche di altre caratteristiche dell'intervento⁶⁴: 1) se le agevolazioni sono riservate, esclusivamente, ai non residenti o per transazioni effettuate con non residenti; 2) se le agevolazioni sono completamente isolate dall'economia nazionale, in modo da non incidere sulla base imponibile nazionale; 3) se le agevolazioni sono accordate anche in mancanza di qualsiasi attività economica effettiva e di una presenza economica sostanziale all'interno dello Stato membro che offre queste agevolazioni fiscali; 4) se le norme di determinazione dei profitti derivanti dalle attività interne svolte da un gruppo multinazionale si discostano dai principi generalmente riconosciuti a livello internazionale, in particolare dalle norme concordate in sede Ocse; 5) se le misure fiscali difettano di trasparenza, compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigorosa e in modo non trasparente a livello amministrativo.

⁶³ Sulla relazione tra le misure fiscali dannose e gli aiuti di Stato si veda Dos Santos A.C., L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale, Broché ed. 2009, p.545 ss.

⁶⁴ Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997 concerning taxation policy - Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council of 1 December 1997 on a code of conduct for business taxation - Taxation of saving

1.4.2 Il Rapporto "Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue"

Nel 1998, l'OCSE ha presentato un Rapporto sulla concorrenza fiscale, evidenziandone la dannosità: l'*Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*.

Il Report ha delineato le implicazioni che discendono dall'applicazione delle norme fiscali, evidenziando come esse possano mascherare forme di aiuti alle imprese nazionali. Il rapporto ha illustrato le finalità della *concorrenza fiscale* chiarendo che non può dirsi sussistere laddove un Paese dovesse applicare una pressione tributaria generalmente bassa, mentre è manifesta se esistono dei corridoi preferenziali che finiscono per beneficiare alcune categorie, quali le imprese. Di un tale meccanismo ve ne è traccia anche quando la pressione fiscale si presta ad attirare gli investitori esteri, in particolare quelli diretti ai mercati finanziari. Oltre ad indicare quanto descritto, il Rapporto ha fornito alcune raccomandazioni che i Paesi aderenti si sono impegnati a rispettare manifestando l'impegno a non fornire supporto alle imprese tramite la manipolazione fiscale⁶⁵. Successivamente, l'OCSE è intervenuta con ulteriori contributi ed iniziative volte a formulare soluzioni per limitare i danni derivanti dalla concorrenza fiscale.

Anche le Regioni, in qualità di soggetti tributari attivi, sono state chiamate a non attuare politiche impositive dannose e discriminatorie, (in particolare, quelle finalizzate ad attrarre i contribuenti residenti nelle regioni limitrofe). Va precisato che, il rapporto OCSE, *Harmful Tax Competition*, collega la dannosità di una misura fiscale non unicamente ad una riduzione del livello d'imposizione, dovendo risultare da una valutazione circa il "contesto" in cui essa viene adottata.

⁶⁵I 47 regimi preferenziali identificati come potenzialmente dannosi hanno, infatti, smesso di essere tali. A seguito della pubblicazione del Rapporto, alcuni regimi sono stati aboliti ed altri modificati in modo da rimuovere le potenziali componenti distorsive; alcuni si sono rivelati non dannosi in seguito ad un'analisi del loro effettivo impatto".

Occorre cioè considerare una serie di fattori⁶⁶, quali: il fatto che la misura non sia generalizzata e miri ad agevolare particolari settori, che ne beneficino certi soggetti (in particolare i "non residenti") o determinate attività; che sia finalizzata, unicamente, ad erodere la base imponibile di altri Paesi; che sia "priva di trasparenza" (anche in sede di applicazione a livello amministrativo); che sia inadeguata alla struttura dell'economia del Paese considerato, ecc.

In base a tale classificazione, non è quindi corretto qualificare in via generale come situazioni di concorrenza fiscale dannosa, ad esempio, le misure regionali consistenti in riduzioni delle aliquote fiscali nell'intero territorio di competenza. Al di là delle deroghe, in generale, ogni intervento volto ad utilizzare la leva fiscale con finalità di fare beneficiare la propria economia deve esser considerata lesiva degli impegni assunti in funzione di sostegno alla libertà del mercato.

Il cammino descritto ha condotto, come si vedrà, alla predisposizione di uno strumento che ha ben definito i perimetri entro cui è possibile presumere il rispetto della concorrenza, il BES.

Per arrivare al BES, il Comitato degli affari fiscali dell'OCSE ha dapprima regolato alcuni ambiti, come il rapporto sui beni e servizi immateriali, adottato il 23 gennaio 1996 e di cui il Consiglio ha preso nota l'11 aprile 1996.

Successivamente, il Comitato ha formulato il rapporto sugli accordi di ripartizione dei costi adottato dal Comitato per gli affari fiscali il 25 luglio 1997.

Nello stesso anno, il Comitato ha presentato un rapporto sui principi direttivi per le procedure di monitoraggio in materia di Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento e sulla partecipazione del mondo aziendale.

⁶⁶Per una lista esaustiva di fattori di cui tenere conto nella valutazione del carattere pregiudizievole delle misure fiscali si rimanda alla lett. B del *Codice di Condotta*, riportata nella precedente nota e alle pagine 26 a 34 (*Features of harmful preferential tax regimes*, - *Key factors*) del Report Ocse *on Harmful Tax Competition*.

Nel 1999 è stato presentato un rapporto sulle Linee Guida per la conclusione di accordi preventivi sui prezzi nell'ambito delle procedure amichevoli, e nel 2010 il rapporto sugli aspetti relativi ai prezzi di trasferimento delle riorganizzazioni aziendali.

Nel 2010 sono stati introdotti aggiornamenti vari in termini di definizioni fornite nei precedenti comunicati. Ma la novità avente maggiori implicazioni è intervenuta nel 2013 con il *Base Erosion and Profit Shifting*.

1.4.3 II progetto Base Erosion and Profit Shifting

Come anticipato, la *concorrenza fiscale* tra i Paesi si realizza in modalità poliforme, facendo sì che le imprese si organizzino al fine di creare le condizioni per beneficiare dei vantaggi tributari realizzabili in alcuni Stati.

L'OCSE, sotto il mandato del G20, ha contribuito in modo deciso per far fronte a tali pratiche proponendo un piano di 15 misure atto ad armonizzare le norme dei Paesi aderenti in vista della corretta applicazione della pressione tributaria.

Il Piano d'azione *Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS è stato presentato nel mese di settembre 2014 e nell'ottobre 2015 e risulta essere costituito da una serie di azioni, ciascuna finalizzata all'ottenimento di un risultato specifico.

L'Azione 1 riguarda la regolamentazione delle attività operative nell'ambito digitale, *e-commerce, app store*, pubblicità *online*, servizi *cloud*, servizi di pagamento *online*. Il progetto non prevede regole speciali per gli ambiti descritti, ritenendoli confusi nell'economia generalizzata.

L'Azione 2 mira alla riqualificazione degli strumenti finanziari, al fine di garantire che essi non vengano sottratti ad imposizione ricorrendo ad una terminologia che li renda esenti (apparendo troppo ibridi ovvero poco definiti).

L'Azione rivede i requisiti previsti per tali fattispecie nei vari Paesi, superando il limite terminologico.

L'Azione 3 mira al rafforzamento delle regole di tassazione addizionale (regole CFC⁶⁷) che autorizzano uno Stato a tassare le filiali non residenti di gruppi nazionali (residenti) quando questi ultimi sono poco tassati o non tassati del tutto all'estero.

L'Azione 4 punta alla limitazione delle deduzioni di interessi. L'indeducibilità non è stata ammessa in quanto le spese per interessi diventerebbero imponibili presso l'entità di pagamento o l'entità di destinazione.

L' Azione 5 regola la lotta contro le pratiche fiscali dannose.

Tra le iniziative in tal senso, la *patent box*, che segue lo schema dell'approccio detto *nexus* secondo il quale i redditi derivanti da brevetti possono beneficiare di un'imposizione privilegiata nella misura in cui risultino proporzionati alle spese sostenute per R&S⁶⁸.

L'Azione 6 mira ad impedire il ricorso abusivo delle convenzioni fiscali.

L'Azione 7 impedisce le misure per evitare lo statuto di stabilimento d'impresa.

In tale ottica, le attività che sfociano in contratti con clienti sono state considerate come una forma di "stabilimento" (in modalità stabile) che rende l'impresa assoggettata fiscalmente al Paese.

Le Azioni 8, 9 e 10 fissano alcune regole per i *transfers prices*, ovvero i "prezzi di trasferimento" praticati all'interno del gruppo dei beni immateriali.

Inoltre, tali Azioni regolano i rischi associati a tali operazioni. In merito ai "prezzi di trasferimento" praticati, è stato stabilito che questi devono essere fissati come se le imprese fossero di terzi⁶⁹.

⁶⁷ CFC, indica le norme poste al fine di realizzare il Controlled Foreign Companies

⁶⁸Per una migliore trasparenza, le informazioni su ogni ruling fiscale preliminare concernente dei regimi preferenziali potranno essere scambiate a livello internazionale

⁶⁹ Tale principio raggiunge i suoi limiti in presenza di beni difficili da valutare (in generale dei beni immateriali come dei brevetti).

L'Azione 11 commenta i dati empirici osservati aventi ad oggetto il trasferimento di utili.

L'Azione 12 prevede l'obbligo, in capo ai contribuenti, di divulgare alcune strategie di pianificazione fiscale.

Oltre allo scambio di *rulings* e alla dichiarazione *Country-by-Country* (prevista dall'azione 13), le autorità devono ricevere informazioni complementari che consentono la valutazione dei rischi di evasione fiscale.

Il *ruling* consiste in un'approvazione preventiva di proposte pervenute dal contribuente e riguarda alcuni specifici ambiti: I regimi fiscali preferenziali; Un aggiustamento verso il basso degli utili imponibili nelle situazioni transfrontaliere; Gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento (*Advance Pricing Arrangements*, APAs) pattuiti tra contribuente e autorità fiscale (cd "APAs unilaterali); Gli stabilimenti d'impresa; Le società veicolo (*conduit company*).

I tax ruling sono, dunque, un istituto che consente alle multinazionali di concordare con le autorità fiscali di un Paese il trattamento fiscale che avrà effetto per un intervallo temporale determinato. Attraverso il ricorso ad un ruling una impresa multinazionale può ottenere, per esempio, l'avallo di un'autorità fiscale circa il modo in cui stabilisce i prezzi infra-gruppo (i cosiddetti transfer prices) per le transazioni in beni e servizi scambiati tra le sue diverse società, come nel caso degli Apa.

Altre casistiche che in assenza di uno scambio spontaneo di informazioni potrebbero dar luogo ad una pratica fiscale dannosa.

L'Azione 13 regola le modalità con cui occorre fornire la documentazione dei *transfer prices* e una dichiarazione *Country-by-Country-reporting*. Tramite specifici documenti, *Master file e Local file*, le multinazionali devono mettere a disposizione delle autorità fiscali informazioni dettagliate relative alle loro attività sia mondiali che locali, nonché i "prezzi di trasferimento" interni.

I gruppi che vantano un fatturato annuo superiore ai 750 milioni di euro sono tenuti al resoconto della ripartizione mondiale delle attività detenute nei vari Paesi⁷⁰.

Nell'ottobre 2021, in sede OCSE, è stata raggiunta un'intesa volta ad introdurre una tassa minima globale per le multinazionali (con un fatturato minimo di 750 milioni di euro). Tale importante iniziativa ha coinvolto 136 paesi e giurisdizioni, che rappresentano oltre il 90% del PIL mondiale, che hanno trovato l'accordo che vede l'assoggettamento delle multinazionali ad un'aliquota minima del 15% a partire dal 2023. L'entrata prevista è pari a 150 miliardi di dollari, ed i diritti di tassazione sugli utili verranno spostati nei Paesi dove le grandi multinazionali realizzano i loro profitti.

L'Azione 14 regola le controversie.

Infine, l'Azione 15 prevede uno strumento multilaterale adottabile dagli Stati interessati e postula l'adozione misure BEPS negli accordi che lo hanno preceduto.

Per assicurare la corretta adozione delle misure, l'OCSE ha previsto un *Monitoring* avente ad oggetto la loro applicazione da parte degli Stati.

1.4.4 Le misure "anti-avoidance"

La lotta contro l'evasione fiscale e le pratiche di trasferimento degli utili delle multinazionali avviata dall'OCSE tramite il Progetto *Base Erosion Profit Shifting* (BEPS) ha rappresentato l'occasione per avviare una reazione a catena all'interno dell'Unione. Nell'ambito delle azioni antielusive (*anti-avoidance*) sono state avviate, negli ultimi anni, diverse iniziative:

Ni tratta di informazioni vincolanti che devono essere scambiate spontaneamente fra le autorità fiscali dei paesi interessati.

- (i) la direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, modificando la direttiva 2011/16/UE ha introdotto la disciplina sullo scambio automatico obbligatorio di informazioni (la cd "Direttiva sullo scambio obbligatorio di decisioni");
- (ii) la direttiva (UE) 2016/881/UE del Consiglio, del 25 maggio 2015, anch'essa modificando la direttiva 2011/16/UE, ha introdotto lo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia fiscale (*Country by Country reporting*);
- (ii) la direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, ha recato norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (la "direttiva antielusione o Atad").

Tale direttiva è stata modificata, successivamente, tramite la Direttiva del 29 maggio 2017 sui disallineamenti da ibridi ("Atad 2");

- (iii) la proposta di modifica della direttiva 2013/34/UE [COM(2017)198], per quanto riguarda la comunicazione di informazioni sull'imposta sul reddito da parte di talune imprese e succursali (*public Country by Country reporting*);
- (iv) nel 2016, il rilancio della "Base imponibile consolidata comune" per le società ["C(C)CTB"] realizzabile tramite un processo in due fasi: proposta di base imponibile comune e proposta di consolidamento;
- (v)la Direttiva del Consiglio 2017/1852 del 10 ottobre 2017 avente ad oggetto i meccanismi di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione ("Direttiva DRM");
- (vi) la direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, che modifica la direttiva 2011/16/UE in merito allo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia fiscale avente ad oggetto gli accordi transfrontalieri oggetto di comunicazione ("DAC 6");
- (vii) la determinazione dell'elenco UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali.

Le misure descritte hanno perseguito il fine di creare meccanismi informativi attivi tra i Paesi membri e non solo, idonei ad impedire pratiche operative o contabili volti di aggirare la normativa fiscale in modalità elusiva, ovvero facendo apparire le operazioni diversamente dal vero, in maniera tale da beneficiare di sconti fiscali.

CONCORRENZA FISCALE DANNOSA: L'ISTITUTO DEL TAX RULING NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E SECONDO LA PROSPETTIVA EUROPEA

CAPITOLO II

L'EVOLUZIONE DEL TAX RULING

NELL'ORDINAMENTO ITALIANO ED EUROPEO

SOMMARIO: 2.1 Approccio dell'ordinamento italiano sui ruling fiscali. — 2.1.1 Evoluzione storica e inquadramento normativo tra Fisco e contribuente. — 2.1.2 Il diritto di interpello alla luce della legge n. 413/91 e dello Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212/2000). — 2.1.3 Il ruling di standard internazionale ai sensi dell'art. 8 d.l. 269/2003 e successive evoluzioni. — 2.1.4 Il decreto "Internazionalizzazione" (D. Lgs. 147/2015). — 2.1.5 L'introduzione del nuovo ruling internazionale ex art. 31-ter DPR n.600. — 2.2 Rilevanza dei tax ruling nella normativa unionale. — 2.2.1 Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale (c.d. "patent box"). — 2.3.1 Harmful tax competition e politiche fiscali adottate nei confronti di gruppi multinazionali. — 2.4 Il transfer pricing e gli accordi tra le Amministrazioni Finanziarie e i gruppi multinazionali. — 2.4.1 L'applicazione del principio di libera concorrenza e la determinazione dell" "arm's length price".

Premessa

Il capitolo che segue descrive i contenuti e le implicazioni del *ruling* nell'ambito nazionale e in quello europeo.

In tale ottica verrà, dapprima, descritta la disciplina introdotta dal legislatore italiano volta ad efficientare i rapporti tra Amministrazione finanziaria e contribuente, per poi passare all'analisi della normativa europea sul *ruling*. Infine, verranno analizzati gli interventi del legislatore nazionale tesi all'adeguamento della normativa interna agli indirizzi ricevuti.

2.1 Approccio dell'ordinamento italiano sui ruling fiscali

I principi introdotti nell'ordinamento tributario dallo Statuto del contribuente si collocano nell'ambito di una generale evoluzione dei rapporti

tra pubblico e privato, tendente, tra l'altro, ad accrescere la partecipazione di quest'ultimo nell'esercizio della funzione amministrativa⁷¹.

L'evento normativo che ha segnato l'avvio di questa tendenza è da ravvisare nell'emanazione della legge 7 agosto 1990 n. 241⁷², che ha definito in un quadro organico meccanismi di partecipazione dei cittadini all'azione amministrativa⁷³e di accesso dei medesimi agli atti dei pubblici poteri. Tale legge ha dato impulso all'estensione anche al settore fiscale dei principi generali connessi al diritto all'informazione⁷⁴, alla trasparenza, nonché alla tutela dell'affidamento e della buona fede, da tempo auspicati quali fattori abilitanti il risanamento della crisi della fiscalità italiana.

⁷¹ Sull'attività amministrativa partecipata, cfr. Russo P., Manuale di diritto tributario, Parte Generale, Milano, 2002, p. 211 s., il quale afferma che "l'atto di partecipazione in alcune ipotesi si raccorda ad un esercizio della funzione nel quale emergono profili di attuazione concordata della pretesa e di disponibilità dell'obbligazione in una ottica non oppositiva ma collaborativa, con esaltazione dei principi di economicità, correttezza, e trasparenza dell'attività amministrativa; in altre, l'atto è, evidentemente, inteso, a garantire al partecipante anche uno strumento di tutela in via non contenziosa ma per l'appunto in via amministrativa e presuntiva, ossia in un momento anteriore all'eventuale emanazione di un atto impugnabile".

⁷² Sulla legge 7 agosto 1990, n. 241 v. *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo* e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, Commentario a cura di Travi A., in *Le* nuove leggi civili commentate, Padova, 1995, n. 1, p.1 s.

Ta partecipazione al procedimento amministrativo garantisce il conseguimento delle seguenti finalità: a) attuazione del principio di democratizzazione dell'attività amministrativa; b) consente alla pubblica amministrazione di tenere presenti, nell'adozione del provvedimento, elementi che non avrebbe considerato; c) limitazione del contenzioso giurisdizionale, mediante l'attività propositiva e di collaborazione dei partecipanti; d) realizzazione del principio della trasparenza amministrativa; e) attribuzione al cittadino della possibilità di fare valere le proprie ragioni a tutela e a garanzia preventiva di interessi legittimi e diritti soggettivi: in tal senso Galli R., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1994, p.420.

⁷⁴ Il diritto all'informazione del contribuente contenuto nell'art. 5 dello Statuto è essenziale per la tutela della buona fede del contribuente stesso: si cfr. Serranò M.V., *Il diritto all'informazione e la tutela della buona fede nell'ordinamento tributario italiano*, Rivista Il Fisco, 2001, I, p.321 s.

Lo Statuto del contribuente, tra l'altro, postula l'ingresso di tali principi in campo tributario, realizzando un nuovo schema di equilibrio tra le posizioni dell'ente impositore e del soggetto passivo, inteso a collocare il rapporto obbligatorio di imposta sul terreno del pieno dominio di entrambe le parti di esso, ciò in particolare mediante una più ampia regolamentazione dell'istituto del *ruling* con la previsione dell'interpello ordinario.

Il *ruling fiscale* consiste in un'approvazione anticipata da parte dell'autorità di un trattamento in ordine ai tributi dovuti collegati ad un'attività specifica che dovrà concretizzarsi nel futuro.

L'approccio del Fisco italiano ai *ruling* fiscali si è evoluto, nel tempo, anche alla luce degli interventi internazionali, in tal senso. Proprio nell'ottica di individuare l'evoluzione in oggetto, nel prosieguo verrà analizzato il *trend* che, storicamente, l'ha caratterizzata, evidenziandone il progressivo arricchimento.

2.1.1 Evoluzione storica e inquadramento normativo tra Fisco e contribuente

A partire dal 1990, si è assistito ad un progressivo intensificarsi, nell'ordinamento tributario, di momenti di contraddittorio nel procedimento impositivo, realizzato attraverso vari istituti, quali *l'interpello antielusivo* (ex 1. 413 del 30 dicembre 1991)⁷⁵, *l'autotutela, la conciliazione giudiziale, l'accertamento con adesione, il ravvedimento operoso, il tax ruling negativo* e, da

⁷⁵ L'istituto si distingue in interpello ordinario, disciplinato dall'art. 11 co. 1 lettera a) L. 212/2000 ed è impiegato dal contribuente per ottenere dall'amministrazione finanziaria dei chiarimenti sulla corretta interpretazione delle norme tributarie e *interpello speciale*, istituito dall'art. 21 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, che può avere per oggetto soltanto determinate operazioni, quali trasformazioni, fusioni, ecc., che ha, più del primo, una funzione antielusiva.

ultimo, *l'interpello ordinario* e quello caratterizzante la disciplina delle *Controlled Foreign Companies*.

Si tratta di istituti che hanno modificato il precedente rapporto tra contribuente e Fisco trasformandolo da autoritativo in collaborativo.

L'interpello antielusivo consente al contribuente di proporre un'istanza all'A.F. avente ad oggetto una prevalutazione di un'operazione economica in fieri. L'interpello antielusivo può avere ad oggetto operazioni straordinarie (fusioni, trasformazioni ecc.).

L'autotutela è lo strumento giuridico tramite il quale il contribuente avvia, in maniera autonoma, una procedura di difesa, volta all'annullamento di atti che l'A.F. o altro ente gli ha indirizzato.

Tramite la *conciliazione giudiziale* il contribuente può definire un contenzioso con il Fisco. Essa trova applicazione in tutte le controversie giudiziali, in primo ed in secondo grado, anche se instaurate successivamente al rigetto dell'istanza di reclamo ovvero di mancata conclusione dell'accordo di mediazione.

Essa può essere proposta sia dalla Commissione tributaria che dalle parti⁷⁶.

Tale tentativo non vincola il proponente che può continuare, laddove non dovesse trovarsi l'accordo, il contenzioso ordinario.

Il decreto lgs. 218 del 1997 ha introdotto l'accertamento con adesione, la conciliazione giudiziale e l'acquiescenza.

L'accertamento con adesione consente al contribuente di beneficiare di sanzioni ridotte ad 1/3 del minimo accettando, in contraddittorio, la proposta dell'ufficio.

Si tratta di un istituto avente un fine deflattivo del contenzioso. Non è ammessa l'adesione parziale.

La conciliazione giudiziale è uno strumento volto a definire un contenzioso in corso e si applica alle controversie in primo e secondo grado anche se instaurate

⁷⁶ Contribuente, Agenzia delle entrate, Ente locale, agente della riscossione.

successivamente ad un rigetto di un'istanza di reclamo ovvero di mancata conclusione dell'accordo di mediazione.

L'acquiescenza rappresenta l'accettazione di un provvedimento tributario e comporta la rinuncia di avvalersi dei mezzi di impugnazione consentiti⁷⁷.

Il ravvedimento operoso è stato introdotto con il d. lgs n. 472 del 1997, il cui art. 13 prevede la possibilità per il contribuente di regolarizzare la propria posizione a seguito di omesso o insufficiente versamento di imposte e tributi.

Il D.L. 193 del 2016 ha introdotto condizioni ancora più vantaggiose per il contribuente che sceglie il ravvedimento, che si sostanziano in riduzioni delle sanzioni.

Un istituto particolarmente vantaggioso per il contribuente consiste nell'interpello che consente un dialogo argomentativo con l'A.F. Una volta introdotta, la normativa sull'interpello è stata più volte emendata ed arricchita, di seguito il percorso seguito dal legislatore.

2.1.2 Il diritto di interpello alla luce della legge n. 413/91 e dello Statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212/2000)

L'istituto dell'interpello è stato oggetto di vari emendamenti nel tempo che ne hanno configurato l'assetto attuale, che appare particolarmente articolato ed idoneo a consolidare il rapporto tra fisco e contribuente in un'ottica partecipativa.

Oggi, esistono cinque tipologie di interpello: ordinario, probatorio, antiabuso, disapplicativo e sui nuovi investimenti.

L' interpello ordinario consente al contribuente di avanzare richiesta di parere in merito all'applicazione di disposizioni tributarie che appaiono farraginose e di incerta interpretazione. È inoltre possibile, tramite tale

⁷⁷ Istanza di reclamo, mediazione, e ricorso tributario.

interpello, chiedere chiarimenti sulla qualificazione delle fattispecie. Deve, comunque, trattarsi di un caso personale e non generico.

L'interpello probatorio consente di avanzare richiesta di chiarimenti in ordine alla sussistenza delle condizioni o alla idoneità degli elementi di prova chiesti dalla legge per l'accesso a regimi fiscali specifici nei casi previsti, quali l'interpello inerente alle partecipazioni acquisite per il recupero di crediti bancari (113 TUIR), le istanze presentate dalle società "non operative" (articolo 30 della legge 724 del 1994) e le istanze previste ai fini della spettanza del beneficio ACE (articolo 1, comma 8, DL 201 del 2011).

Tramite *l'interpello anti-abuso* il contribuente può richiedere parere sulla natura abusiva di un'operazione specifica non solo ai fini della corretta applicazione delle imposte sui redditi ma, altresì, per ogni altra imposta.

L'interpello disapplicativo (unica tipologia di i. obbligatorio) ha lo scopo di consentire la non applicazione di specifiche norme che pongono limitazioni alle detrazioni, deduzioni, crediti di imposta. In tal caso è richiesta al contribuente la dimostrazione della mancanza di elusione insita nell'operazione.

Infine, l'interpello può essere avanzato in caso di *nuovi investimenti* e consente al contribuente di richiedere informazioni in merito al trattamento fiscale di specifiche operazioni effettuate nel territorio dello stato (di valore non inferiore a trenta milioni di euro e con rilevanti e durature ricadute occupazionali)⁷⁸.

L'interpello *ordinario* è quello più utilizzato e superando quello *antielusivo* (che era stato introdotto con l. n.413 del 1991), consente al contribuente, come si è detto, di sottoporre questioni afferenti ogni attività economica programmata, richiedendo un parere dell'Agenzia delle entrate avente ad oggetto la qualificazione dell'operazione e il suo, conseguente trattamento fiscale.

⁷⁸ Per le istanze presentate dal 1 ° gennaio 2019 il valore degli investimenti scende a venti milioni di euro (legge 17 dicembre 2018, n. 136).

L'introduzione dell'*interpello ordinario* è stata a lungo attesa in Italia nell'ottica dell'adeguamento a quanto già avvenuto in altri Stati europei⁷⁹, recando, come anticipato, un meccanismo di partecipazione del contribuente, consentendo l'intervento di quest'ultimo in via prodromica rispetto allo svolgimento dell'attività di controllo e di accertamento, con il fine di tutelare il legittimo affidamento dei soggetti passivi e di ridurre i ricorsi innanzi gli organi di giustizia tributaria.

L'impatto sulla certezza giuridica dell'imposizione connesso all'eccessiva frammentazione della legislazione tributaria è stato, definitivamente, mitigato dall'introduzione di principi generali⁸⁰ nell'ordinamento di settore attraverso la legge del 27 luglio 2000, n. 212. In tale prospettiva, l'istituto *dell'interpello ordinario* costituisce ideale dispositivo di salvaguardia di tale certezza, permettendo al contribuente di conoscere preventivamente la posizione dell'amministrazione⁸¹, senza però ammettere al fine di evitare un utilizzo distorto dello strumento in esame che la presentazione dell'istanza da parte del medesimo produca effetti sulle scadenze previste dalle norme tributarie.

-

⁷⁹ Ci si limita ad evidenziare come negli altri Stati strumenti simili al diritto di interpello già esistevano da tempo: v. il "ruling" in Inghilterra, il "revenue rulling" e il "letter rulling" negli Stati Uniti, nonché in Francia il "Comité consultatif pour la répression des abus de droit" e lo strumento del "rescrit fiscal" unitamente alla "garantie contre le changement de doctrine administrative" contenuta negli artt. 80A e 80B Livres des procédures fiscales. Sul punto Palmerini P., *Il diritto di interpello negli ordinamenti stranieri, in Il Diritto di interpello,* Roma, 2001, p. 241 s. ed in particolare per l'ordinamento francese, Cfr. Panizzolo A., *La protezione dei contribuenti contro i mutamenti della dottrina amministrativa nell'ordinamento tributario francese*, Rivistafiscaleweb.it, 1999, I, p.1087 s. e Trotabas-Cotteret, Droit fiscal, Paris, 1997.

⁸⁰ Si auspicava da tempo una codificazione in materia tributaria: sul punto Uricchio A., *Verso la codificazione tributaria*, in Atti del Convegno "*I centogiorni e oltre: verso una rifondazione del rapporto Fisco-Economia?*", Allegato n. 11 al Fisco n. 18/2002, p.336 ss.

⁸¹ Sulla "ratio" dell'istituto dell'interpello Cfr. Circolare 31 maggio 2001 n. 50/E, in Fisco, 2001, n. 23, p.8165 ss.

Il legislatore nazionale, nel disciplinare l'interpello ordinario, ha preferito non ricorrere alle locuzioni amministrativistiche di 'parere' e di 'silenzio-assenso', utilizzando invece il termine di "risposta", "scritta e motivata", dell'amministrazione finanziaria e privilegiando l'esplicita descrizione della situazione per il caso di mancata risposta da parte dell'amministrazione stessa.

Solo in linea di principio è possibile ritenere che la mancata "risposta" dell'amministrazione finanziaria assuma il significato di "accordo" sulla soluzione prospettata dal contribuente nell'istanza di interpello. Infatti, il successivo regolamento di attuazione, all'art. 5, comma 2, ha introdotto la precisazione, di non poco rilievo, secondo cui il silenzio-assenso si perfeziona entro centoventi giorni solo in presenza di "istanze ammissibili e recanti l'indicazione della soluzione interpretativa (...)". È evidente, pertanto, che tale precisazione ha determinato la configurabilità di "istanze inammissibili" sollevando il problema, di non facile soluzione, della loro corretta individuazione.

⁸²I casi di inammissibilità si evincono dall'art. 3, comma 1 del DM n. 209/2001 e si configurano nell'ipotesi di omessa indicazione dei "dati identificativi del contribuente ed eventualmente del suo legale rappresentante", di mancata "circostanziata e specifica descrizione del caso concreto e personale da trattare ai fini tributari sul quale sussistono concrete condizioni di incertezza", di mancata "indicazione del domicilio del contribuente o dell'eventuale domiciliatario presso il quale devono essere effettuate le comunicazioni dell'amministrazione finanziaria" nonché di omessa "sottoscrizione del contribuente o del suo legale rappresentante", omissione quest'ultima sanabile entro trenta giorni dalla richiesta di regolarizzazione avanzata dall'ufficio. Pare utile sottolineare come la previsione di cui all'art.3.3 del suddetto regolamento, ossia che "l'istanza deve, altresì, contenere l'esposizione, in modo chiaro ed univoco, del comportamento e della soluzione interpretativa sul piano giuridico che si intendono adottare", sebbene non prevista a pena di inammissibilità dell'istanza medesima, non può non costituire un presupposto indispensabile, al fine di potere configurare, per l'ipotesi di mancata risposta dell'amministrazione che quest'ultima, così facendo, concordi con l'interpretazione fornita dal contribuente. Peraltro, secondo Lovecchio L., La trappola dell'inammissibilità mette alla prova i contribuenti, in Il Sole-24 Ore, 10 agosto 2001, 14, una ipotesi implicita di inammissibilità si verifica quando il contribuente interroga l'amministrazione finanziaria dopo avere posto in essere il comportamento oggetto dell'istanza, laddove la Circolare n. 50/2001, all'art. 2.2., ha peraltro evidenziato come il mancato rispetto del carattere preventivo dell'interpello "non preclude in via di principio la

Appare, infatti, insufficiente la previsione contenuta nell'art. 3, comma 5, del suddetto regolamento, di un obbligo per l'amministrazione finanziaria di comunicare l'eventuale inammissibilità dell'istanza nella sola ipotesi in cui l'ufficio ha già "compiutamente fornito la soluzione interpretativa di fattispecie corrispondenti a quella prospettata dal contribuente, mediante circolare, risoluzione (..)", non ricorrendo più quella "obiettiva condizione di incertezza" richiesta per l'ammissibilità dell'istanza di interpello⁸³.

Basti, infatti, osservare che la possibile inammissibilità dell'istanza di interpello per motivi diversi da quelli indicati nel regolamento, potrebbe facilmente indurre in errore il contribuente di fronte al legittimo silenzio dell'amministrazione non obbligata ad alcuna comunicazione.

Tale lacuna non può considerarsi colmata per il solo effetto della circolare del 31 maggio 2001 n. 50/E par. 3.3 della Agenzia delle Entrate secondo cui "appare, peraltro, opportuno, ai fini della trasparenza nei rapporti con il contribuente, che a tutte le istanze inammissibili si fornisca riscontro nei termini, specificando i motivi che ne hanno determinato l'inammissibilità". Ha una particolare rilevanza la possibilità riconosciuta al contribuente di richiedere la disapplicazione di particolari norme antielusive⁸⁴attraverso la apposita dimostrazione che la specifica operazione dallo stesso posta in essere non produce

possibilità di acquisire comunque il parere dell'Agenzia, ma impedisce che la richiesta presentata possa essere trattata come "interpello del contribuente" sul piano degli effetti".

⁸³ Peraltro, per tale comunicazione dell'inammissibilità si rinvia alle forme di cui al successivo art. 4, comma 1, del citato regolamento di attuazione, laddove è lecito dubitare che il mero richiamo alle forme, contenuto come visto nell'art. 3, comma 5 del DM n. 209/2001, ricomprenda anche il termine di centoventi giorni attributo all'amministrazione finanziaria per fornire la risposta.

⁸⁴ Si tratta di norme antielusive analitiche, quali a titolo esemplificativo: l'art. 14, commi 6-bis e 7-bis Tuir che mirano al contrasto dei cd. "dividend washing" e "dividend stripping"; l'art. 53, comma 2 del Tuir, per l'esatta quantificazione del valore dei beni merce autoconsumati o destinati a finalità extra-aziendali; l'art. 74, comma 2 Tuir che prevede la forfettaria indeducibilità, in misura di 2/3 delle spese di rappresentanza: cfr. Stellacci P., *L'inversione del diritto di interpello, l'art. 37-bis, comma 8*, del DPR n. 600/1973, in Il Fisco, 2000, p.9587 s.

quegli effetti elusivi che la norma in oggetto vuole evitare. Si è affermato, così, un ulteriore momento di contraddittorio tra le parti del rapporto giuridico d'imposta.

Già l'art. 37-bis, comma 8, del DPR n. 600/1973 (abrogato dall'art. 1, comma 2 decreto legislativo 5 agosto 2015 n. 128) consentiva, infatti, al contribuente, attraverso la presentazione di una istanza di interpello, di dimostrare che la particolare operazione non produce quegli effetti elusivi temuti dal legislatore, ottenendo la disapplicazione delle "norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario"85.

Il dettato normativo prevede, dunque, l'obbligo di presentare l'istanza di interpello per il contribuente che vuole ottenere la *disapplicazione* della norma in esame.

Si può ritenere, pertanto, che il citato art. 37-bis, comma 8, abbia introdotto una equiparazione antielusiva, lasciando al soggetto passivo, esclusivamente attraverso una circostanziata istanza di interpello, la possibilità di dimostrare che nel caso concreto, non sia stato posto in essere alcun comportamento elusivo.

Il ricorso all'interpello costituisce, pertanto, nel caso in esame, un "onere" per il contribuente, essendo l'unico modo attraverso il quale quest'ultimo può fornire la prova contraria necessaria per superare la equiparazione antielusiva ex art. 37-bis, comma 8, DPR n. 600/1973 e limitare così il rischio che tale equiparazione comporti situazioni concrete in contrasto con gli artt. 3 e 53 Cost. (va, comunque, chiarito, che era previsto, in capo al contribuente, il diritto di fornire prova antielusiva in sede di giudizio) analogamente a quanto avviene, come vedremo, nell'interpello richiamato dalla

⁸⁵ Così art. 37-bis, comma 8, DPR n. 600/1973. Sull'argomento vedi, tra gli altri, Carbone C.-Screpanti S. (a cura di), *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, ETI, Roma-Milano, 2000, pp.172-176.

disciplina delle 'Controlled Foreign Companies' (CFC) che si rivolge ai soggetti fiscalmente residenti detentori di partecipazioni in enti esteri che sono tenuti ad attendere all' articolo 167 del TUIR. La normativa sulla tassazione CFC mira ad assicurare la trasparenza del reddito societario in capo al soggetto controllante italiano ed è considerato lo strumento utilizzato dagli ordinamenti fiscali UE per evitare possibili fattispecie di elusione fiscale. Tale disciplina fiscale è nata al fine di contrastare la localizzazione fittizia di redditi significativi in società partecipate estere residenti in Paesi a fiscalità privilegiata, ovvero quelli che rientrano nelle condizioni di cui all'art. 167 c. 4 del TUIR che stabilisce che "sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia" e oltre un terzo dei proventi sono realizzati attraverso i cd. Passive Income, nei quali, oltre ai classici Interessi; Dividendi e Royalties, sono ricomprese anche le cessioni di beni e le prestazioni di servizio a basso valore aggiunto effettuate nei confronti di soggetti controllati, controllanti o controllati dalla stessa controllante.

La disciplina in oggetto si riferisce, nello specifico, a società che non procedono alla distribuzione sistematica dei dividendi.

Secondo la disciplina, nel caso in cui la società estera è operativa in un Paese a fiscalità privilegiata e se consegue oltre 1/3 di "income" originato dalla detenzione o dall'investimento di azioni titoli o crediti, sono previste delle conseguenze specifiche. Ad esempio, per il principio di *trasparenza*, il controllante è tenuto a tassare in Italia il reddito della società controllata estera a lui imputabile, ciò a prescindere dalla distribuzione dei dividendi.

Ritornando all'interpello, quello disapplicativo, definito dalla dottrina come "negativo", (secondo l'abrogato art. 37-bis, comma 8, DPR n. 600/1973) si differenzia da quello antecedente, previsto dalla legge n. 413/1991 non solo in quanto costituente onere per il contribuente e non facoltà, ma altresì per una serie

⁸⁶ Per l'individuazione del tax rate virtuale domestico occorre fare riferimento alla sola IRES escludendo quindi l'IRAP

di aspetti tecnici: un più ampio ambito di applicazione; tempi di risposta più brevi e per fare riferimento all'emissione di "determinazioni" e non di un "parere" da parte dell'amministrazione. Inoltre, oggi, le determinazioni vengono comunicate al contribuente "con provvedimento che è da ritenersi definitivo", non essendovi nella specie la possibilità di ricorrere al Comitato Consultivo in caso di risposta negativa o di omessa risposta, né, tantomeno, la possibilità di equiparare il silenzio dell'amministrazione ad assenso della stessa, rispetto alla prospettazione fornita dal contribuente⁸⁷.

L'assoluta mancanza di previsione degli effetti conseguenti all'inattività dell'amministrazione finanziaria non consente di ricorrere al "silenzio-assenso" previsto, invece, nell'*interpello speciale*, ovvero *antielusivo*, essendo questa una figura di carattere eccezionale, con l'evidente risultato di avvicinare, in parte, il rapporto tra Fisco e privato a quello che si creava in seguito alla proposizione di meri quesiti alla amministrazione.

Ne consegue che, nel *tax ruling negativo*, diversamente da quanto avviene nell'interpello la richiesta presentata dal contribuente era volta ad ottenere il rilascio di una specie di autorizzazione⁸⁸ e l'eventuale inerzia dell'Amministrazione poteva essere colmata solo attraverso la presentazione di ulteriori istanze da parte del soggetto passivo interessato, con l'inevitabile protrarsi dei tempi di risposta. Una particolare forma di *interpello* introdotta in passato è quella nota come *ruling* di *standard* internazionale che è il caso di approfondire nell'ottica di comprendere il cammino svolto nell'ottica di una esaustiva collaborazione tra contribuente e Amministrazione finanziaria.

⁸⁷ Lupi R. e Covino S., *Istanze di interpello e corto circuito con controlli tributari in corso*, Dialoghi Tributario 3/2015, p.103

⁸⁸ Sul punto Caputi G., *Il Diritto di interpello*, Wolters Kluwer, 2016, p.89, ritiene che si tratti di un "*vero e proprio provvedimento a contenuto autorizzatorio*". In tal senso deve fare propendere anche il semplice dettato normativo che, nel caso di specie, non ricorre più alla richiesta ed emissione di "parere", ma semplicemente di "determinazioni".

2.1.3 Il ruling di standard internazionale ai sensi dell'art. 8 d.l. 269/2003 e successive evoluzioni

Nell'analisi del rafforzamento della collaborazione tra amministrazione fiscale e contribuente è necessario citare l'introduzione del cd *ruling internazionale*, previsto dall'art.8 del DL 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge n.326/2003⁸⁹che ha attribuito, alle imprese che svolgevano un'attività internazionale, la facoltà di accedere ad una particolare procedura di interpello. La disciplina dell'art.8 del DL n. 269/2003, si è ispirata agli *advance pricing agreements* (unilaterali) contemplati nel Capitolo IV delle raccomandazioni (Guidelines) del 1995⁹⁰ avente, principalmente, ad oggetto, il regime dei prezzi di trasferimento.

L'APA (*Advance Price Agreement*), o *transfer pricing*, è largamente diffuso presso i Paesi aderenti all'OCSE e consiste in un accordo tra il contribuente e l'A.F. del Paese di residenza, che consente, in modalità preventiva e per un determinato periodo di tempo, di scegliere il metodo di calcolo del prezzo di libera concorrenza riferito alle operazioni oggetto dell'accordo.

Nella prassi sono osservabili APA a carattere "unilaterale", "bilaterale" o "multilaterale". Il *ruling di standard internazionale*, introdotto dall'art. 8 del decreto legge 30 settembre 2003 n. 269 è stato assimilato ad un APA di tipo unilaterale in quanto, con principale riferimento al comma 7 dell'articolo 110 del T.U.I.R. rappresenta, in sintesi, un accordo che vincola solo il contribuente e l'A. F. italiana.

⁸⁹ Il principio dell'affidamento viene elevato a principio cardine dell'ordinamento per valutare sulla legittimità o meno dell'art. 28 legge n. 449/1997

⁹⁰ Romano C., *Il ruling internazionale*, in AA.VV. (a cura di F. Tesauro), *Imposta sul reddito delle società* (Ires), Bologna, 2007,p.990 ss.

Tale strumento si caratterizza per l'ambito di applicazione generale, come emerge dalla lettura del comma 1 dell'art. 8 DL n. 269/2003 che definisce il *ruling internazionale* uno strumento da applicarsi "*con principale riferimento al regime dei prezzi di trasferimento, degli interessi,* (...)". In ciò, si differenzia dall'l'interpello speciale che, tra l'altro, non fa rimando, unicamente, alle attività a valenza internazionale.

Inoltre, esso mostra un carattere preventivo che si evince dal dettato del comma 2 dell'art.8 D.L. n. 269/2003 che così dispone: "la procedura si conclude con la stipulazione di un accordo, (...), e vincola per il periodo d'imposta nel corso del quale l'accordo è stipulato e per i due periodi d'imposta successivi, (...)".

Infine, il *ruling internazionale* si configura come strumento avente *efficacia vincolante* della risposta fornita, che conduce alla stipula di un vero e proprio accordo tra il competente ufficio dell'Agenzia delle Entrate e il contribuente. In particolare, il carattere vincolante del menzionato accordo, unitamente alla limitata possibilità di procedere ad una modifica dello stesso, evidenzia come l'istituto rientri tra quegli strumenti che presuppongono e favoriscono un ruolo di *partecipazione attiva* del contribuente nel rapporto obbligatorio d'imposta, contribuendo, altresì, alla sviluppo della certezza giuridica dell'imposizione⁹¹.

Il comma 2 dell'art. 8 del D.L. n. 269/2003, in commento, dispone, altresì, che il sottoscritto accordo vincola "salvo che intervengano mutamenti nelle circostanze di fatto o di diritto rilevanti al fine delle predette metodologie e risultanti dall'accordo sottoscritto dai contribuenti".

La prevista impossibilità, per l'A.F., di esercitare, per i periodi d'imposta coperti dall'accordo, concluso in sede di *ruling internazionale*, dei poteri di indagine (ex art. 32 e seguenti del DPR n. 600/1973), indica che l'istituto contempli una tutela del *legittimo affidamento* del contribuente.

⁹¹ Romano C., *Il ruling internazionale*, in AA.VV. (a cura di F. Tesauro), *Imposta sul reddito delle società* (Ires), op. cit., p.889

Infine, occorre ribadire, che la disciplina del 2003 non ha previsto né una scansione temporale del procedimento né, tantomeno, effetti in materia penale.

La disciplina del *ruling*, va detto, è, oggi, il risultato di vari interventi che ne hanno arricchito la portata.

A partire dalla Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 (c.d. "DAC 1", Directive Administrative Cooperation, che ha sostituito la direttiva 77/799/CEE relativa alla reciproca assistenza: MAD)⁹², è stato ampliato sia l'ambito delle imposte interessate dallo scambio automatico, sia il bacino delle informazioni di "prevedibile rilevanza", riproponendosi il dettato dell'art. 26 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, nonché quello delle diverse fattispecie di soggetto passivo cui le informazioni scambiate si riferiscono⁹³.

A seguire, con la Direttiva 2014/107/UE del Consiglio del 9 dicembre 2014 (c.d. "DAC 2"), è stato completamente innovato il sistema di scambio automatico obbligatorio di informazioni in ambito fiscale, estendendolo anche ai conti finanziari, adeguandolo al nuovo "standard globale unico", sul modello del Common Reporting Standard (CRS), che trova ispirazione nella normativa statunitense del Foreign Account Tax Compliance Act (FACTA), introdotta per contrastare l'evasione fiscale di coloro che effettuano investimenti per il tramite di intermediari finanziari esteri. La Direttiva 2015/2376/UE del Consiglio dell'8 dicembre 2015 (c.d. "DAC 3") ha poi introdotto lo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia di Advance crossborder Ruling e Advance Pricing Arrangement, mentre la Direttiva 2016/881/UE del Consiglio, del 25 maggio 2016 (c.d. "DAC 4") ne ha esteso la disciplina in materia di "Country by Country Reporting (CbCR)", imponendo lo scambio

⁹² Sul tema, Persano F., *La cooperazione internazionale nello scambio di informazioni*, Torino, 2006, p.45

⁹³ Mastellone P., L'Unione europea non riconosce la participation rights al contribuente sottoposto a procedure di mutua assistenza amministrativa tra autorità fiscali, in Riv. dir. trib., 2013, pp. 349 ss.

automatico obbligatorio di informazioni a carico della capogruppo di un gruppo di imprese multinazionale. Successivamente, il quadro legislativo europeo si è arricchito con la direttiva 2016/2258/UE del Consiglio del 6 dicembre 2016 (c.d. "DAC 5"), sull'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio ed, in ultimo, con la direttiva 2018/822/UE del Consiglio del 25 maggio 2018 (c.d. "DAC 6"), riguardante lo scambio automatico obbligatorio di informazioni finalizzato a rafforzare i mezzi a disposizione delle autorità fiscali per reagire alla pianificazione fiscale aggressiva⁹⁴.

Da ultimo, la Commissione europea ha adottato, il 15 luglio 2020, una proposta di Direttiva (c.d. "DAC 7") che estende le procedure di scambio automatico anche ai dati in possesso dei gestori di piattaforme digitali.

Anche a livello internazionale, in ambito OCSE, si è accresciuto in questi anni l'interesse per le iniziative riguardanti lo scambio automatico di informazioni, sulla scorta di accordi che consentono di inviare e ricevere elevate quantità di dati e informazioni a scadenza prefissate⁹⁵ il quale si rafforza rispetto ai tradizionali mezzi di cooperazione, quali lo scambio su richiesta e quello spontaneo⁹⁶.

La deliberazione della Corte dei Conti (Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato) n. 6/2019/G del 1° aprile 2019, dal titolo "Lo scambio automatico di informazioni nel settore fiscale tra l'Italia e i Paesi dell'Unione europea", che si sofferma sui metodi, sugli strumenti, sull'attività ed i risultati applicativi conseguiti in questi anni

⁹⁴ Pistone P., La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale, in F. Amatucci, R. Cordeiro Guerra, L'elusione e l'evasione fiscale in ambito nazionale ed internazionale, Roma, 2016, p.89

⁹⁵ Gli Stati membri, durante il Consiglio informale ECOFIN del 22 aprile 2016, hanno invitato la Commissione a prendere in considerazione iniziative relative alle norme sulla comunicazione obbligatoria di informazioni, che siano ispirate alle azioni BEPS contro l'erosione della base imponibile ed il trasferimento di utili.

⁹⁶ Buccisano A., Assistenza amministrativa internazionale dall'accertamento alla riscossione dei tributi, Bari, 2013, pp.89 ss.

dall'Amministrazione finanziaria italiana rispetto agli impegni assunti a livello sovranazionale, unitamente alla relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 18 dicembre 2017, sull'applicazione della direttiva 2011/16/UE, consentono di svolgere una più ampia riflessione teorica sullo stato dell'arte dell'intera disciplina giuridica regolante la suddetta procedura, ponendo in evidenza le lacune emerse sul piano applicativo a livello sia nazionale sia europeo.

Le criticità comunemente riscontrate non sembrano essere riconducibili alle modalità o alle quantità delle informazioni fiscali scambiate, bensì alla loro qualità, alla loro validazione ed effettiva utilizzabilità nell'ordinamento giuridico di destinazione, nonché alla mancanza di una preventiva valutazione e selezione del rischio di evasione fiscale, alla carenza di adeguate garanzie per la tutela dei contribuenti e, per finire, all'insufficienza ed inadeguatezza delle risorse nazionali dedicate alla gestione di un enorme flusso di informazioni tributarie potenzialmente idonee a contrastare l'evasione e l'elusione fiscale transfrontaliera, ma che spesso risultano inutilizzate.

Tale scenario sembra preludere ad un intervento sempre più ampio e decisivo delle autorità sovranazionali per la risoluzione dei diversi problemi prospettati: ciò appare particolarmente interessante sul piano teorico, in quanto, unitamente al consolidamento dell'armonizzazione delle procedure di scambio di informazioni fiscali ed ai cambiamenti intervenuti, a partire dal Trattato di Lisbona, sulla base giuridica della cooperazione amministrativa⁹⁷, anche in ambito tributario verrebbero a legittimarsi sempre più nuovi interventi dell'Unione ex art. 197, par. 1 e 2, TFUE, ossia con la promozione di nuove azioni di sostegno, di coordinamento, finanche di completamento, ex art. 6 TFUE, riguardanti la questione amministrativa, la quale diviene "comune", qualora l'azione esecutiva

⁹⁷ Saponaro F., *L'attuazione amministrativa del tributo nel diritto dell'integrazione europea*, cit., pp. 173 ss.

di uno Stato membro non appaia "effettiva", nei limiti dei principi di sussidiarietà e proporzionalità⁹⁸.

In tale direzione si rafforza nell'Unione europea, per esempio, il progetto di favorire la creazione dei c.d. "Sistemi d'informazione europei", previsti nei programmi "Fiscalis 2020" e "Dogana 2020"99, al fine di costruire su un'architettura telematica sempre più condivisa, la c.d. "componente unionale"100, il futuro di una più efficace connessione tra le diverse Amministrazioni finanziarie, in direzione di un'embrionale struttura amministrativa, che va ad affiancarsi a quella doganale, direttamente gestita dalla Commissione, strumentale allo svolgimento di funzioni di carattere fiscale. Su altri fronti, invece, vengono istituite delle vere e proprie banche dati europee liberamente accessibili e consultabili dalle autorità competenti degli Stati membri, come il "registro centrale sicuro per gli Stati membri relativo alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale" introdotto dalla direttiva DAC 3 e gestito dalla Commissione, con il quale si passa dall'attività di "scambio" a quella di "condivisione" sovranazionale delle informazioni detenute dalle singole Amministrazioni finanziarie, così favorendo il superamento, almeno sul piano formale, delle

⁹⁸ Chiti E., Le amministrazioni nazionali nel Trattato di Lisbona: la nuova competenza in materia di cooperazione amministrativa, in Funzione pubblica, 2010, pp. 55 ss.

⁹⁹ Si vedano il 9° e il 6° Considerando, rispettivamente, del Regolamento (UE) n. 1286/2013 dell'11 dicembre 2013 ("Fiscalis 2020") e del Regolamento (UE) n. 1294/2013 dell'11 dicembre 2013 ("Dogana 2020").

¹⁰⁰ Le "componenti unionali" sono identificabili con alcune risorse informatiche: hardware, software, connessione in rete dei sistemi (compresa l'infrastruttura di dati correlata), i servizi informatici necessari a sostenere lo sviluppo, la manutenzione, il miglioramento e il funzionamento dei sistemi, nonché ogni altro elemento che, per motivi di efficienza, sicurezza e razionalizzazione, sia individuato dalla Commissione come comune ai Paesi partecipanti. Ad esse si contrappongono (rectius, si affiancano) le c.d. "componenti non unionali", che sono tutte quelle componenti diverse da quelle unionali, le quali vengono sviluppate, installate e gestite dagli Stati membri e, pertanto, sono soggetti ai finanziamenti e alla responsabilità degli Stati.

¹⁰¹ Si veda il nuovo par. 5, dell'art. 21, della direttiva 2011/16/UE.

asimmetrie riscontrabili nelle differenti istruttorie finalizzate alla raccolta dei dati, ed agevolando, altresì, la circolabilità ed utilizzabilità di questi ultimi. Inoltre, al fine di procedere all'individuazione di uno *standard* minimo che possa agevolare le Amministrazioni finanziarie coinvolte nella ricerca delle aree a rischio di elusione e nell'adozione delle relative misure di contrasto, la direttiva DAC 4 amplia l'ambito di applicazione dello scambio automatico di informazioni alle imprese multinazionali, dando attuazione all'Azione n. 13 del progetto BEPS in materia di *transfer pricing*.

In questa stessa direzione sembrano muoversi anche le modifiche apportate alla Direttiva 2011/16/UE del Consiglio, che hanno ampliato la platea dei soggetti coinvolti, a vario titolo, nello scambio di informazioni automatico. Se questo, in origine, interessava solo le Amministrazioni finanziarie degli Stati membri, anche nella fase della ricerca o reperimento del dato o dell'informazione da scambiare, adesso l'esigenza di assicurare un sempre più efficace contrasto alle condotte evasive ha visto accrescere gli obblighi di collaborazione previsti a carico di soggetti terzi in possesso di dati ed informazioni rilevanti (istituti di credito, intermediari finanziari, professionisti ecc.)¹⁰².

Si tratta di capire se il *trend* che si è gradualmente affermato a favore dello scambio automatico, rispetto alle altre tipologie di scambio di informazioni fiscali, possa favorire l'affermazione, soprattutto alla luce delle criticità riscontrate nell'attuazione dei provvedimenti sovranazionali fino ad oggi adottati, di forme dirette di amministrazione finanziaria a livello europeo, a partire dall'introduzione di un apposito strumentario sovranazionale in grado di assicurare un migliore coordinamento tra le diverse Amministrazioni finanziarie coinvolte e, *de iure condendo*, a dare vita con gradualità ad un autonomo sistema amministrativo-fiscale con caratteri funzionali sempre più marcatamente accentrati a livello sovranazionale, in grado di assicurare l'attuazione effettiva del diritto europeo, che dal Trattato di Lisbona assurge a questione di interesse comune e tale da non

¹⁰² Tinelli G., Istituzioni di diritto tributario. I principi generali, Padova, 2020, pp. 271 ss.

frustrare l'efficacia dello scambio d'informazioni, soprattutto a causa di limiti riscontrabili all'interno dell'ordinamento di ciascuno Stato membro¹⁰³.

In questa prospettiva, anche la Corte dei Conti europea, quale revisore esterno delle finanze dell'UE, ha avviato recentemente un *audit* al fine di valutare l'efficacia dello scambio di informazioni fiscali all'interno dell'Unione europea¹⁰⁴, sia con riferimento alle modalità con le quali, in questi anni, gli Stati membri hanno proceduto allo scambio ed utilizzato effettivamente i dati ottenuti, sia per valutare in concreto l'efficacia delle misure di sostegno offerte dalla Commissione ai fini dell'attuazione e del monitoraggio della *performance*¹⁰⁵ delle Amministrazioni finanziarie interessate¹⁰⁶. Un aspetto che accompagna la disciplina relativa al *ruling* è quello che riguarda la contestuale armonizzazione normativa fiscale finalizzata a rendere i Paesi europei equiparabili. In Italia, il decreto "internazionalizzazione" è stato volto a tale scopo.

¹⁰³ Aa.Vv., Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), Bologna, 2012, p.89.

¹⁰⁴ Corte dei conti europea, comunicato stampa, Lussemburgo, 1° ottobre 2019.

¹⁰⁵ Significativa in tal senso è stata la dichiarazione del membro della Corte dei Conti europea responsabile dell'audit, l'ungherese Ildikó Gáll-Pelcz, il quale ha affermato: "La trasparenza fiscale è fondamentale per il mercato unico. Fornisce maggior certezza ai contribuenti e favorisce una concorrenza leale. Per questo motivo lo scambio di informazioni a fini fiscali suscita grande attenzione. Le iniziative intraprese negli ultimi anni hanno consentito alle amministrazioni un accesso senza precedenti a questo tipo di informazioni. L'audit della Corte verificherà in particolare se l'attuale sistema sia efficace nell'assicurare che le imposte siano versate allo Stato membro cui spettano e nel giusto importo".

¹⁰⁶ La Corte dei Conti europea ha già esaminato in un recente audit (relazione speciale n. 26/2018 dal titolo "Una serie di ritardi nei sistemi informatici doganali: cosa non ha funzionato?"), riguardante specificamente il settore delle dogane, se il programma "Dogana 2020" e la relativa normativa in materia doganale consentano di fornire i sistemi informatici necessari per migliorare le operazioni doganali nell'UE. Nell'occasione, la Corte ha osservato che la realizzazione di tali sistemi ha registrato una serie di ritardi; pertanto, alcuni di essi non saranno disponibili per il 2020, termine stabilito dal codice doganale dell'Unione. I ritardi sono dovuti a diversi fattori, in particolare alle modifiche dell'ambito dei progetti, alle risorse insufficienti assegnate dall'UE e dagli Stati membri e al processo decisionale lungo a causa della struttura di governance a più livelli.

2.1.4 Il decreto "Internazionalizzazione" (D. Lgs. 147/2015)

Le politiche industriali dei Paesi, volte ad attrarre investimenti dall'estero, anche sotto forma di insediamenti produttivi, vengono, spesso, basate sulla concessione di condizioni fiscali vantaggiose. Il legislatore europeo si è raccomandato, in merito, di non impiegare la leva fiscale nell'ottica di favorire aiuti in grado di deteriorare la libera concorrenza. Prima di affrontare il tema degli aiuti, può essere utile approfondire le criticità, in tal senso, del decreto internazionalizzazione, introdotto nel 2015 in Italia.

L'art. 7 del D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (c.d. "Decreto internazionalizzazione") ha integralmente riscritto gli artt. 151, 152 e 153 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 ("T.U.I.R.") e abrogato l'art. 154. Più precisamente, coerentemente con l'obiettivo generale di "rendere il nostro Paese maggiormente attrattivo e competitivo per le imprese, italiane o straniere, che intendono operare in Italia", l'intervento normativo si propone di "razionalizzare" la disciplina di determinazione del reddito di società ed enti non residenti "in linea con le indicazioni e gli orientamenti espressi in ambito OCSE" Come si evince da queste sintetiche note, la "razionalizzazione" perseguita dal legislatore italiano non rivela un intento di coordinamento con i principi che informano l'imposizione del reddito, bensì la promozione di finalità extra-tributarie ed extra-sistematiche, volte, rispettivamente, a incrementare l'"attrattività" del sistema delle imposte sui redditi nei confronti dei soggetti non

¹⁰⁷ Schema di Decreto Legislativo recante misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, in attuazione dell'art. 12 della Legge 11 marzo 2014, n.23. Relazione illustrativa, rispettivamente, p. 1 e p. 7.

residenti e a realizzare una più intensa armonizzazione del medesimo sistema con le direttive dell'OCSE¹⁰⁸.

Il Decreto internazionalizzazione ha operato in due direzioni.

In primo luogo, ha strutturato la disciplina applicabile alle società e agli enti commerciali non residenti in termini di regola generale (art. 151 del T.U.I.R.) e regola speciale applicabile esclusivamente ai soggetti che detengano una stabile organizzazione italiana (art. 152 del T.U.I.R.).

In secondo luogo, dopo aver riaffermato il principio di territorialità dell'imposizione delle società e degli enti commerciali non residenti (art. 151, comma 1, del T.U.I.R.), il legislatore ha espressamente previsto il c.d. trattamento isolato dei redditi italiani delle società e degli enti commerciali non residenti (art. 151, comma 3, del T.U.I.R.)¹⁰⁹. La nuova disciplina applicabile alle società e agli enti commerciali non residenti ha dunque acquisito linearità e coerenza normativa. La norma generale delimita, seppur mediante rinvio, l'elemento soggettivo, oggettivo e territoriale della fattispecie legale. In aggiunta, detta il generale criterio per la determinazione del reddito delle società e degli enti commerciali non residenti.

La norma generale è integrata, per i soggetti non residenti che dispongano di *una stabile organizzazione* in Italia, dall'art. 152 del T.U.I.R., il quale, tuttavia, si limita a disciplinare le modalità di determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione. In questo rinnovato contesto, il legislatore tributario ha eliminato dall'enunciato dell'art. 151 del T.U.I.R. quella previsione normativa che attraeva a imposizione, per i soli redditi d'impresa, "anche [le] plusvalenze e [le]

¹⁰⁸ Ancora la Relazione illustrativa afferma che l'eliminazione delle "previsioni che configurano il cd.principio della "forza di attrazione della stabile organizzazione" attualmente contenute negli artt. 151 e 152" e "l'applicazione del principio/finzione" della stabile organizzazione quale *functionally separate entity* corrispondono agli approcci elaborati e adottati in ambito OCSE.

¹⁰⁹ La formulazione dell'art. 153 del TUIR, relativa agli enti non commerciali non residenti, è sostanzialmente speculare rispetto a quella dell'art. 151. Le considerazioni sviluppate nel test

minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello Stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni, nonché gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 73 e le plusvalenze indicate nell'art. 23, comma 1, lettera f)". In ragione di tale abrogazione, perde qualsiasi rilevanza normativa, ai fini della qualificazione del reddito prodotto, la stabile organizzazione italiana di società ed enti commerciali non residenti.

L'art. 7 del Decreto internazionalizzazione ha significativamente mutato anche le regole relative alla determinazione del reddito della stabile organizzazione. In primo luogo, ha eliminato il riferimento alle plusvalenze, minusvalenze e utili contenuto nell'art. 151, comma 1, del T.U.I.R., specificando che il reddito della stabile organizzazione è composto dagli "utili e [dalle] perdite ad essa riferibili (...) sulla base di un apposito rendiconto economico e patrimoniale, da redigersi secondo i principi contabili previsti per i soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche" (art. 152, comma 1, del T.U.I.R.).

Il decreto introduce la nozione di fondo di dotazione che rappresenta l'ammontare di "mezzi propri" (free capital) di cui la stabile organizzazione dovrebbe dotarsi laddove dovesse operare come impresa separata e distinta dalla casa madre, tenuto conto del relativo profilo funzionale e di rischio.

Il Fondo di dotazione, da un punto di vista fiscale costituisce un termine rilevante per determinare gli interessi passivi ammessi in deduzione¹¹⁰ in relazione alle risorse qualificate come finanziamenti (di terzi o intercompany), o, anche, per determinare il beneficio Ace spettante in relazione alla dotazione di risorse a titolo di capitale (Circolare n. 21/E/2015 Agenzia delle Entrate).

In aggiunta, ha esplicitamente adottato il c.d. *separate entity approach* di derivazione OCSE, specificando che il fondo di dotazione è determinato "*in piena conformità ai criteri definiti in sede OCSE*", mentre i componenti di reddito in ragione delle regole previste dall'art.110, comma 7, del T.U.I.R. Il *separate entity*

80

¹¹⁰ Risoluzione n. 44/E/2006 Agenzia delle Entrate

approach implica che il reddito della stabile organizzazione deve essere determinato come se si trattasse, a tutti gli effetti, di un'entità giuridicamente autonoma, operante in circostanze comparabili, con esclusione perciò delle deroghe previste nella vigenza delle precedenti versioni del Modello. L'indipendenza "virtuale" della stabile organizzazione richiede dunque, in prima battuta, "l'individuazione delle funzioni svolte, dei beni utilizzati e dei rischi assunti dalla branch, nonché delle transazioni (dealings) che, in questa sua ipotizzata veste di impresa associata, essa porrebbe in essere; e, in un secondo momento, la determinazione della remunerazione at arm's lenght di tali funzioni, asset e rischi, avuto riguardo ai criteri sanciti dalle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento per le transazioni tra imprese associate" Il In coerenza con il functionally separate entity approach, quindi, il fondo di dotazione assume natura di capitale di rischio (equity) sicché, in contrapposizione al capitale di debito, non può dar luogo a interessi passivi fiscalmente deducibili.

I profili che intersecano la questione della determinazione del reddito della stabile organizzazione sono sostanzialmente due: la c.d. forza di attrazione della stabile organizzazione e la valorizzazione delle operazioni poste in essere fra casa madre e stabile organizzazione.

A seguito delle modifiche, il legislatore tributario considera il reddito complessivo come aggregato monetario riferibile alla società e all'ente commerciale non residente, determinato come coacervo di situazioni giuridiche localizzabili all'interno del territorio dello Stato ai sensi dell'art. 23 del TUIR, rispetto al quale il reddito (o la perdita) di impresa riferibile alla stabile organizzazione rappresenta soltanto una componente. In aggiunta, ribadisce che il reddito d'impresa è costituito dagli utili e dalle perdite riconducibili a beni e situazioni giuridiche funzionalmente connessi alla stabile organizzazione stessa.

¹¹¹ In coerenza con il *functionally separate entity approach*, quindi, il fondo di dotazione assume natura di capitale di rischio (equity) sicché, in contrapposizione al capitale di debito, non può dar luogo a interessi passivi fiscalmente deducibili.

In questo senso, l'eliminazione dal TUIR di ogni residuo della forza di attrazione della stabile organizzazione, sebbene trovi la propria giustificazione primaria nell'esigenza di armonizzare il sistema di tassazione delle società e degli enti commerciali non residenti con il contesto internazionale, rafforza la centralità del principio di territorialità e di quello c.d. del trattamento isolato dei redditi dei soggetti non residenti.

Oltre ad avere individuato i perimetri entro cui ammettere la ripartizione dei redditi tra imprese afferenti al medesimo gruppo, il decreto internazionalizzazione ha modificato la disciplina del *ruling internazionale* analizzata in precedenza.

2.1.5 L'introduzione del nuovo ruling internazionale ex art. 31-ter DPR n.600

Il decreto internazionalizzazione ha abolito l'art. 8 del D.L. 269 del 2003 introducendo una nuova categoria di "accordi preventivi per le imprese con attività internazionale". La disciplina del nuovo ruling internazionale e degli accordi preventivi con l'A. F. è rinvenibile nell'art. 31-ter D.P.R. n. 600/1973.

Possono fare ricorso ai nuovi istituti le imprese di grandi dimensioni che svolgono attività internazionale, volti alla predeterminazione in contraddittorio con l'A.F. del trattamento fiscale da applicare a particolari fattispecie (*prezzi di trasferimento, stabile organizzazione, trasferimento di residenza e modalità di tassazione di dividendi, interessi e royalties*) suscettibili di produrre duplicazioni o salti d'imposta. In tal modo, per cinque periodi di imposta la società è stata messa al riparo da eventuali riprese a tassazione da parte degli Uffici finanziari.

L'articolo 31-ter del DPR 600/1973 introduce un nuovo strumento di dialogo tra Amministrazione finanziaria e contribuenti (imprese) che esercitano attività internazionale.

La nuova disciplina prevede che le imprese che svolgono attività internazionale possano accedere ad una procedura che le coinvolga nella stipula di accordi preventivi. Gli ambiti cui tali accordi riferiscono sono:

il regime dei *prezzi di trasferimento, (transfer pricing*); determinazione dei valori di uscita o di ingresso nelle ipotesi di trasferimento della residenza; attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione; valutazione preventiva della sussistenza dei requisiti, che configurano una stabile organizzazione; erogazione o percezione di dividendi, interessi, royalties e altri componenti reddituali.

L'Agenzia delle entrate ha stabilito, in un Provvedimento¹¹², le disposizioni attuative, prevedendo che:

"Ai fini dell'applicazione del presente provvedimento, per impresa con attività internazionale deve intendersi l'impresa residente nel territorio dello Stato, qualificabile come tale ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi, che, in alternativa o congiuntamente: a. si trovi rispetto a società non residenti in una o più delle condizioni indicate nel comma 7 dell'articolo 110 del TUIR; b. il cui patrimonio, fondo o capitale sia partecipato da soggetti non residenti ovvero partecipi al patrimonio, fondo o capitale di soggetti non residenti; c. abbia corrisposto a, o percepito da soggetti non residenti, dividendi, interessi, royalties o altri componenti reddituali; d. eserciti la sua attività attraverso una stabile organizzazione in un altro Stato; 1.2 Le imprese definite al punto 1.1 possono accedere agli accordi preventivi con riferimento ai seguenti ambiti: a) preventiva definizione in contraddittorio dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7 dell'articolo 110 del testo unico delle imposte sui redditi approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "TUIR"); b) applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale,

¹¹² Provvedimento dell'Agenzia dell'entrate 21 marzo 2016, "Disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionali"

concernenti l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa residente ovvero alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente; c) applicazione ad un caso concreto di norme, anche di origine convenzionale, concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi, royalties e altri componenti reddituali a oppure da soggetti non residenti. 2 1.3 Per l'accesso ai medesimi ambiti di cui al punto 1.2, per impresa con attività internazionale deve, altresì, intendersi l'impresa non residente che esercita la propria attività nel territorio dello Stato attraverso una stabile organizzazione, qualificabile come tale ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di imposte sui redditi. 1.4 Con riferimento alla preventiva definizione in contraddittorio dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, per impresa con attività internazionale deve intendersi l'impresa che si trovi nelle condizioni indicate rispettivamente agli articoli 166 e 166-bis del TUIR. 1.5 Per impresa con attività internazionale, ai fini della la valutazione preventiva della sussistenza dei requisiti che configurano una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, tenuti presenti i criteri previsti dall'art. 162 del TUIR, nonché dalle vigenti convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, deve intendersi l'impresa non residente, che abbia intenzione di esercitare la propria attività per il tramite di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato entro il periodo di imposta successivo a quello di presentazione dell'istanza".

Il Provvedimento in oggetto ha previsto sanzioni in caso di mancata ottemperanza dell'Accordo e la possibilità di rinnovarlo mantenendo le medesime condizioni.

I profili innovativi dell'art. 31-ter rispetto all'articolo 8 del d. lgs. 269 del 2003 (abolito ed integrato dall'articolo 31 ter) sono vari. In primis, in passato non operava alcuna preclusione a chiedere l'interpello anche nelle materie assoggettate a *ruling;* oggi, invece, per l'interpello ordinario non può essere chiesto se si può accedere alla procedura degli accordi preventivi.

Inoltre, gli accordi ricomprendono, a differenza del passato, fattispecie non rientranti nella disciplina del vecchio *ruling* e contemplano il cosiddetto *roll-back* e cioè la possibilità che, in caso siano presenti alcune condizioni specificate, l'accordo abbia valore retroattivo anche rispetto a periodi di imposta antecedenti la stipula dello stesso (purché non anteriori al periodo di imposta in corso alla data di presentazione della relativa istanza da parte del contribuente).

La novità maggiore apportata dall'introduzione dell'articolo 31-ter riguarda la possibilità di realizzare accordi aventi ad oggetto le imposte dirette.

2.2 Rilevanza dei tax ruling nella normativa unionale

La collocazione del *ruling* in seno alla normativa europea, va contestualizzata nella più estesa disciplina del divieto di *aiuti di Stato*.

Tale divieto serve a ad impedire ai governi di modificare le condizioni di libero mercato perseguite dall'UE tramite la concessione di agevolazioni sotto varie forme. Il primo indirizzo, in tal senso, si incontra nell'approvazione del Trattato di Roma nel 1957, per poi proseguire con l'adozione di Comunicazioni della Commissione sul tema. Oltre a tali interventi, una svolta si è avuta con la sentenza Gibilterra del 2011¹¹³.

La prima fase del cammino verso l'applicazione del principio degli "aiuti di Stato" ha visto il riconoscimento esplicito da parte della Corte di Giustizia della

¹¹³ La riforma fiscale proposta da Gibilterra è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia Europea selettiva dal punto di vista materiale, poiché una sua applicazione sostanziale andava a favorire le società offshore. La novità apportata dalla sentenza consiste nel fatto che la Corte, per la prima volta, ha esteso la portata dell'art.107 TFUE al confronto tra un soggetto che investe nel territorio di residenza e un residente che invece opta per investire in Paesi diversi da quello di residenza, nel caso in cui sia il primo a subire un trattamento di sfavore.

applicabilità del loro controllo anche a misure fiscali¹¹⁴. Viene fissato il principio in base al quale il perimetro della nozione di aiuto oltrepassa quella del sussidio e coinvolge qualunque misura che utilizzando risorse riconducibili al settore pubblico indebolisce il vincolo di bilancio di un'impresa sollevandola in tutto o in parte da oneri che altrimenti avrebbe dovuto sostenere nella sua azione sul mercato. Nel caso specifico delle misure fiscali l'impiego di risorse pubbliche si materializza nella rinuncia da parte dello Stato ad un gettito al quale avrebbe diversamente diritto. L'aiuto di natura fiscale viene quindi a configurarsi in analogia ad una spesa diretta, come tax expenditure per utilizzare una nota terminologia. Nonostante non vi siano dubbi sulla possibilità di applicare il controllo degli aiuti di Stato alle misure fiscali, in questa fase l'attività della Commissione è piuttosto rarefatta il che appare singolare a fronte del fatto che una parte considerevole degli aiuti concessi dagli Stati membri avviene sotto forma di agevolazione fiscale. La spiegazione dovrebbe essere di natura in senso lato politica. Il Trattato riconosce l'autonomia degli Stati in materia di tassazione diretta, autonomia il cui esercizio trova peraltro alcuni limiti tra i quali quello del divieto di aiuti di Stato. Se dal punto di vista concettuale il limite è chiaro, più difficile è la sua individuazione nell'azione pratica.

Negli anni Novanta si verificano tre fenomeni che incidono radicalmente sullo scenario nel quale si svolge l'azione della Commissione nel campo del controllo degli *aiuti* e rappresentano la seconda fase dell'evoluzione della disciplina.

Il primo fenomeno è l'impasse nel quale finisce il processo di armonizzazione della tassazione delle società a livello europeo. Nel 1992 il

¹¹⁴ La prima pronuncia in merito è del 1961: sentenza del 23 febbraio 1961, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. High Authority of the European Coal and Steel Community, 30/59.

Rapporto Ruding viene bocciato per il veto posto da alcuni Stati membri alle proposte di armonizzazione contenute nel Rapporto¹¹⁵.

Il secondo è la liberalizzazione del mercato dei capitali che si accompagna a uno sviluppo tecnologico che ne accresce enormemente la mobilità.

Il terzo è l'emergere delle società multinazionali come fenomeno centrale nell'economia globale e più nello specifico nel mercato interno. Questi fenomeni hanno determinato un cambiamento di rotta nella lotta alle misure d'aiuto di natura fiscale.

Il processo di instradamento della disciplina fiscale verso un'armonizzazione ha intrapreso un percorso divergente per le imposte indirette rispetto a quelle dirette con una estesa armonizzazione della normativa delle prime a fronte di un ampio margine di autonomia degli Stati membri per quanto riguarda le seconde¹¹⁶.

Con la crescente integrazione di mercati precedentemente separati in un mercato unico, è cresciuta l'esigenza di eliminare quelle disparità nella tassazione diretta delle imprese che comportassero disarmonie e disallineamenti ostacolando nei fatti la piena unificazione del mercato. I tentativi di armonizzazione hanno raggiunto un punto rilevante nel Rapporto Ruding del 1992¹¹⁷ con il quale venivano indicate alcune priorità dell'azione europea tra cui erano annoverate la necessità di assicurare una maggiore trasparenza delle agevolazioni fiscali e la fissazione di un livello minimo di tassazione in modo da contrastare la concorrenza fiscale dannosa. La "bocciatura" del Rapporto finisce per condurre il processo di armonizzazione in un vicolo cieco stimolando la ricerca di nuove

¹¹⁵ Si ricorda che per poter modificare le norme fiscali nazionali in materia di tassazione diretta occorre un voto favorevole all'unanimità da parte degli Stati membri.

¹¹⁶ Per una ricostruzione del processo di armonizzazione come si è evoluto fino agli inizi degli anni Ottanta, Cosciani C., *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità Economica Europea*, Quaderni dell'Associazione fra le società italiane per azioni XXXVII, 1982.

¹¹⁷Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation, http://aei.pitt.edu/8702/1/8702.pdf.

strade per affrontare i problemi che sorgono per il mercato interno dalla disparità di trattamento fiscale delle imprese che operano nelle diverse giurisdizioni dell'Unione.

Negli anni Novanta si verifica un ulteriore fenomeno che aggrava tali problemi. La liberalizzazione del mercato dei capitali si accompagna a una forte ondata di innovazione tecnologica che comporta un incremento esponenziale della mobilità dei capitali. È la prima volta che il fattore-capitale diventa più mobile del fattore-lavoro. È quindi sempre più facile e attraente per le imprese sfruttare le divergenze tra legislazioni fiscali spostando il capitale verso quelle giurisdizioni che hanno tassazione più favorevole. Questo fenomeno una concorrenza fiscale determina effetti contrastanti sia sull'attività economica di mercato sia bilanci pubblici. Secondo una interpretazione sui concorrenza fiscale avrebbe un effetto positivo nel contribuire a disciplinare le politiche di spesa degli Stati. Una tassazione eccessiva infatti comporta la fuga di base imponibile verso giurisdizioni fiscalmente più generose. Ciò indurrebbe gli Stati a ridurre la pressione fiscale e di conseguenza anche le proprie uscite inducendo maggiore responsabilità fiscale. Il lato problematico di questo fenomeno riguarderebbe l'incidenza differente che esso ha sui diversi Stati¹¹⁸. La concorrenza verso il basso quindi andrebbe a incidere sul modo in cui le diverse collettività decidono di tracciare il confine tra attività di mercato e azione pubblica e tende a spostare il carico tributario in maniera sbilanciata sul fattore lavoro. Una critica di natura più strettamente economica alla concorrenza fiscale riguarda gli effetti di efficienza. La concorrenza fiscale infatti distorce l'allocazione del capitale che non è guidata dalla maggiore profittabilità di un suo uso piuttosto che di un altro ma da ragioni fiscali.

In un contesto di questo tipo si manifesta una crescente attenzione al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa in sede internazionale, testimoniata

¹¹⁸ A essere puniti non sono tanto gli Stati che "sprecano" risorse quanto quelli che hanno un esteso (e quindi per se costoso) sistema di welfare.

tra l'altro da un primo rapporto redatto a livello OCSE¹¹⁹ nel quale vengono identificati alcuni regimi di tassazione preferenziali considerati dannosi e si raccomandano alcune misure di intervento.

Analoga attenzione emerge nello stesso periodo a livello europeo. Questo tema si inserisce in un quadro più ampio di evoluzione del sistema europeo, nel quale si considera sempre più quello della fiscalità come uno degli strumenti del processo integrativo europeo e non come un ambito distinto che si colloca a latere dello stesso. Così nel rapporto del High Level Group sulla tassazione nell'Unione europea, costituito in seguito all'ECOFIN informale tenuto a Verona nell'aprile del 1996, si fa riferimento a come molti rappresentanti degli Stati membri richiedessero esplicitamente l'adozione di iniziative di contrasto della concorrenza fiscale dannosa "in conjunction with the work currently being undertaken at the OECD"¹²⁰.

Nel dicembre 1997 viene approvato quello che diventerà noto come "pacchetto fiscale Monti", con l'adozione di un Codice di Condotta a base volontaria per il congelamento di alcune misure fiscali pregiudizievoli per giungere in prospettiva alla loro abolizione più alcune proposte specifiche in materia di tassazione. È in questa sede che viene tracciato un legame con il controllo degli aiuti di Stato.

È il Codice di Condotta a svolgere da ora in poi un ruolo determinante per la svolta nell'applicazione del controllo degli aiuti alle misure fiscali dal momento che a quest'ultimo è attribuita una funzione complementare nel contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, un ruolo che con il passare del tempo diventerà sempre più rilevante. È in seguito all'approvazione del Codice che la Commissione europea ha adottato una Comunicazione sull'applicazione del

¹¹⁹Oecd, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, 1998, https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf.

¹²⁰ Commission of the European Communities, Taxation in the European Union. Report on the Development of Tax Systems, Brussels, 1996, 22.10.1996, COM(96)546 def.

controllo degli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese fornendo le basi per una attenzione crescente in materia¹²¹.

Si tratta di una Comunicazione che recentemente è stata revocata in quanto la materia della tassazione dei *ruling* fiscali è ora incorporata nella nuova Comunicazione più generale sulla Nozione di aiuto di Stato¹²² così da tener conto dei nuovi sviluppi in atto.

Nella Comunicazione del 1998 la Commissione scandì un percorso in tre passaggi per stabilire quando una misura di tassazione diretta delle imprese fosse in violazione dell'art. 107.1 TFUE, specificando le condizioni in presenza delle quali tale misura si dovesse considerare selettiva. Si trattava, innanzitutto, di individuare il sistema generale applicabile, che si configurava quindi come sistema di riferimento, che poteva consistere ad esempio in una determinata base imponibile; si passava poi a stabilire se la misura in oggetto operasse un'eccezione o deroga al sistema generale in quanto applicabile a un sottoinsieme tra imprese che si trovavano in situazione giuridicamente e di fatto comparabile; si giungeva, infine, a valutare se tale deroga fosse giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema.

Nella successiva Comunicazione sugli aiuti di Stato del 2016¹²³, la Commissione ha precisato che "... l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento è stato adottato"¹²⁴.

¹²¹ Commissione europea, Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli Aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, 98/C 384/03.

¹²² Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, 2016/C 262/01.

¹²³ Comunicazione 262/01

¹²⁴ Ibidem, punto 56

Ciò che rileva è "il livello dell'intervento dell'autorità pubblica nella definizione della misura e del suo metodo di finanziamento"¹²⁵.

Il terzo fenomeno sul quale dobbiamo concentrare l'attenzione è quello della crescente centralità che assumono le imprese multinazionali nell'economia globalizzata. Le imprese multinazionali dal punto di vista economico possono essere considerate come un'unica impresa mentre si articolano su una molteplicità di entità dal punto di vista giuridico, entità che pertanto sono assoggettate alla normativa fiscale dei diversi Stati nei quali è collocata la rispettiva sede. Non c'è quindi coincidenza tra unità economica ed unità giuridica. Un punto caratteristico della struttura di queste imprese consiste nel fatto che una molteplicità di transazioni che le riguardano, quelle interne al gruppo, cioè che intercorrono tra entità che costituiscono parti della stessa multinazionale, sono transazioni che avvengono al di fuori del mercato. A queste transazioni devono essere attribuiti dei prezzi convenzionali, detti prezzi di trasferimento. A causa della diversità di tassazione esistente nelle diverse giurisdizioni nelle quali operano le entità appartenenti alla stessa multinazionale, tali prezzi possono essere calcolati in modo da "attribuire" quanti più profitti possibile all'entità collocata nella giurisdizione fiscalmente più favorevole. Questo è quindi uno dei meccanismi attraverso i quali opera la concorrenza fiscale ed è uno dei fenomeni sui quali si è concentrata l'attenzione della Commissione nella sua veste di autorità di controllo sugli aiuti di Stato. I prezzi di trasferimento possono infatti essere fissati in modo tale da ridurre artificialmente la base imponibile rispetto a quella di altre imprese le cui transazioni avvengono ai prezzi di mercato. Tale differenziale può costituire un aiuto di Stato di natura fiscale. Il meccanismo descritto costituisce al tempo stesso uno strumento di elusione fiscale. La determinazione dei prezzi di trasferimento si colloca quindi alla convergenza di tre politiche diverse: lotta alla concorrenza fiscale, all'elusione, agli aiuti di Stato incompatibili.

¹²⁵ Ibidem, punto 58

Come si vedrà l'art. 107.1 TFUE stabilisce che gli aiuti concessi dagli Stati mediante risorse statali in qualsiasi forma, salvo le deroghe previste dai Trattati, sono incompatibili con il mercato interno nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati membri, quando, favorendo un certo settore di impresa oppure di produzione di beni determinati, "falsino o minaccino di falsare la concorrenza" Quindi, deve emergere un pregiudizio per il commercio tra gli Stati membri e per la concorrenza; l'impresa beneficiaria deve operare in un mercato aperto e acquisire un rafforzamento della posizione rispetto ai concorrenti (ad es., mediante un'agevolazione o una riduzione dei costi rispetto alle altre imprese).

Questi ultimi sono, tra l'altro, esposti alle agevolazioni fiscali riconosciute. Il *Patent box* è uno di essi.

2.2.1 Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale (c.d. "patent box")

Le discussioni del Gruppo del Codice di condotta sulla Tassazione delle imprese hanno rivelato come il regime di "Patent box", istituito dall'Italia nel 2014 e successivamente modificato su pressione degli altri Stati membri, fosse considerato una misura fiscale dannosa in violazione delle norme OCSE.

I vantaggi impropri che sarebbero stati concessi dall'Italia nel periodo transitorio luglio 2015-dicembre 2016 siano stati confermati e le multinazionali coinvolte hanno continuato ad usufruirne fino al 2021.

¹²⁶ Si rinvia, ad es., a C. giust. CE, 10 gennaio 2006, causa 222/04; C. giust. CE 15 giugno 2006, cause 393/04 e 41/05. Per approfondimenti sulla nozione di "aiuti di Stato": Malaguti M.C., *Il divieto di aiuti di Stato*, (pp. 71-95) in: A. Giordano A. (a cura di), *Diritto tributario europeo e internazionale. Fonti, principi, singole imposte, tutele stragiudiziali e processuali*, Giuffrè, 2020

In questa occasione, la Commissione ha richiesto informazioni allo Stato italiano in merito a quante e quali imprese sono state coinvolte da tale regime transitorio e l'ammontare del mancato gettito fiscale.

Il Patent Box è uno degli strumenti agevolativi introdotto con la Legge di Stabilità 2015¹²⁷, rivisitato nel 2017 e, da ultimo nel 2021. L'articolo 2 del Decreto prevede che possono optare per tale regime agevolativo opzionale, a condizione che esercitino le attività di ricerca e sviluppo di seguito descritte, tutti i soggetti titolari di reddito di impresa e segnatamente: (i) le persone fisiche imprenditori individuali; (ii) le società di capitali (Spa, Sapa, Srl, cooperative, società di mutua assicurazione e società europee) residenti nel territorio dello Stato; (iii) gli enti pubblici e privati, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali; (iv) gli enti pubblici e privati, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciale, nonché gli OICR residenti, limitatamente all'attività commerciale eventualmente esercitata; (v) le società di persone (Snc e Sas) residenti nel territorio dello Stato; (vi) le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, se residenti in Paesi con i quali sia in vigore un accordo per evitare le doppie imposizioni e con i quali lo scambio di informazioni sia effettivo, con stabile organizzazione nel territorio dello Stato alla quale siano attribuiti i beni immateriali oggetto di agevolazione¹²⁸.

I soggetti beneficiari dell'agevolazione possono richiederla sia in qualità di produttori di beni immateriali sviluppati internamente, sia acquisendoli all'esterno dell'impresa a qualunque titolo, e quindi eventualmente anche in licenza, purché

¹²⁷ L. 23 dicembre L. n.190

¹²⁸ Sono invece escluse dal beneficio del regime speciale le società assoggettate a fallimento (a partire dal periodo d'imposta in cui interviene la dichiarazione di fallimento), a liquidazione coatta amministrativa (a partire dal periodo d'imposta in cui interviene il provvedimento che ordina la liquidazione), nonché ad amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (a partire dal periodo d'imposta in cui interviene il decreto di apertura della procedura).

il contribuente se ne avvalga svolgendo attività di mantenimento, accrescimento e sviluppo. Una condizione soggettivamente necessaria affinché si possa procedere all'esercizio dell'opzione è che il potenziale beneficiario dell'agevolazione, nonché avente diritto allo sfruttamento economico dei beni immateriali rilevanti, svolga attività di ricerca e sviluppo in relazione agli stessi. Si tratta del c.d. "nexus approach", individuato dall'OCSE in quanto adatto al fine di dimostrare l'esistenza di attività sostanziale, che costituisce il presupposto fondamentale per la concessione da parte dei singoli Stati, di regimi di favore per i redditi derivanti dallo sfruttamento economico di beni immateriali (c.d. "IP regimes") senza pregiudizio per gli altri Stati¹²⁹.

Il principio citato si basa sulla seguente richiesta: se un "soggetto qualificato" svolge "attività di ricerca e sviluppo qualificata" e dimostra il nesso esistente tra tale attività e il "bene immateriale qualificato", allora detto soggetto avrà diritto a beneficiare dell'agevolazione sul reddito prodotto dal bene immateriale, in proporzione al rapporto esistente tra spese di ricerca e sviluppo qualificate e totale delle spese sostenute per il mantenimento, l'accrescimento e lo sviluppo del bene. Sopra abbiamo visto cosa si intende per "soggetto qualificato".

^{129 &}quot;This approach looks to whether an IP regime makes its benefits conditional on the extent of R&D activities of taxpayers receiving benefits. [...] Thus, rather than limiting jurisdictions to IP regimes that only provide benefits directly to the expenditures incurred to create the IP, the nexus approach also permits jurisdictions to provide benefits to the income arising out of that IP, so long as there is a direct nexus between the income receiving benefits and the expenditures contributing to that income. This focus on expenditures aligns with the underlying purpose of IP regimes by ensuring that the regimes that are intended to encourage R&D activity only provide benefits to taxpayers that in fact engage in such activity" Raccomandazioni OCSE in materia di contrasto all'utilizzo improprio dei regimi fiscali di favore, denominato Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: 2015 Final Report, pubblicato in data 5 ottobre 2015

Ai sensi dell'articolo 8 del Decreto rientrano nelle attività di ricerca e sviluppo finalizzate allo sviluppo, al mantenimento, nonché all'accrescimento del bene immateriale:

- (i) la ricerca fondamentale, con ciò dovendosi intendere i lavori sperimentali o teorici svolti per acquisire nuove conoscenze, ove successivamente utilizzate nelle attività di ricerca applicata e design;
- (ii) la ricerca applicata, ovvero quella pianificata per acquisire nuove conoscenze e capacità, da utilizzare per sviluppare nuovi prodotti, processi o servizi o apportare miglioramenti a prodotti, processi o servizi esistenti, in qualsiasi settore della scienza e della tecnica; lo sviluppo sperimentale e competitivo, ovvero la combinazione, la strutturazione e l'utilizzo delle conoscenze e capacità esistenti di natura scientifica, tecnologica, commerciale e di altro tipo allo scopo di sviluppare prodotti, processi o servizi nuovi o migliorati¹³⁰;
- (iii) il design, ovvero le attività di ideazione e progettazione di prodotti, processi e servizi, ivi incluso l'aspetto esteriore di essi e di ciascuna loro parte, e le attività di sviluppo dei marchi;
 - (iv) l'ideazione e la realizzazione del software protetto da copyright;
- (v) le ricerche preventive, i test e le ricerche di mercato e gli altri studi e interventi anche finalizzati all'adozione di sistemi anticontraffazione, il deposito, l'ottenimento e il mantenimento dei relativi diritti, il rinnovo degli stessi a scadenza, la protezione di essi, anche in forma associata e in relazione alle attività

¹³⁰ Rientrano in questa definizione anche le altre attività destinate alla definizione concettuale, concernente nuovi prodotti, processi o servizi, e i test, le prove e le sperimentazioni necessarie ad ottenere le autorizzazioni per la immissione in commercio dei prodotti o l'utilizzo di processi e servizi. Rientrano nello sviluppo sperimentale la costruzione di prototipi e campioni, la dimostrazione, la realizzazione di prodotti pilota, i test e la convalida di prodotti, processi o servizi nuovi o migliorati, e la realizzazione degli impianti e delle attrezzature a tal fine necessari;

di prevenzione della contraffazione e la gestione dei contenziosi e contratti relativi;

(vi) le attività di presentazione, comunicazione e promozione che accrescano il carattere distintivo o la rinomanza dei marchi, contribuiscano alla conoscenza, all'affermazione commerciale, all'immagine dei prodotti o dei servizi, del design o degli altri materiali proteggibili.

È sempre necessario che si tratti di attività di ricerca e sviluppo direttamente collegata al bene da essa "generato"; tale verifica va, quindi, condotta separatamente bene per bene. A tale riguardo, l'articolo 11 del Decreto dispone che il diretto collegamento tra le attività di ricerca e sviluppo e i beni immateriali, nonché tra questi ultimi e il relativo reddito agevolabile derivante dai medesimi, deve risultare da un adeguato sistema di rilevazione contabile o extracontabile. Si tratta del c.d. sistema di "tracking" previsto dalle raccomandazioni OCSE¹³¹, che presuppone l'implementazione di un sistema di contabilità analitica, più o meno complesso a seconda del grado di articolazione dell'attività svolta dal soggetto e del numero di intangibili gestiti, che consenta di monitorare adeguatamente, singolarmente per ciascun bene immateriale, (a) i flussi di spesa in attività di ricerca e sviluppo, (b) il nesso di tali flussi con i beni immateriali e (c) i flussi reddituali generati da tali beni, oggetto di agevolazione. Poiché tale sistema di tracking potrebbe arrivare a essere oltremodo complicato, e soprattutto potrebbe non essere stato istituito nel passato, è stata prevista una soluzione transitoria di aggregazione, di cui si dirà infra nel paragrafo relativo al meccanismo di determinazione della quota di reddito agevolabile. Infine, nella Relazione viene precisato che è irrilevante il luogo di svolgimento dell'attività di ricerca e sviluppo (che può quindi essere svolta anche all'estero) fermi restando taluni limiti posti sull'outsourcing di tale attività a parti correlate.

L'articolo 1, comma 39, della Legge di stabilità 2015 dispone che i redditi dei soggetti indicati al comma 37 derivanti dall'utilizzo di opere dell'ingegno, da

¹³¹ Documento OCSE 2015, cit., paragrafi 53-61.

brevetti industriali, da marchi d'impresa, da disegni e modelli, nonché da processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili, non concorrono a formare il reddito complessivo in quanto esclusi per il 50 per cento del relativo ammontare.

Il Decreto legge 21 ottobre 2021 n. 146 "Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili" ha apportato modifiche radicali al regime detto "patent box", innalzando, tale limite al 90%. La Legge di stabilità 2015 aveva indicato alcune attività specifiche oggetto di beneficio ma, successivamente, l'Investment compact, ha definitivamente indicato il perimetro oggettivo di applicazione dell'agevolazione, prevedendo che l'opzione ha ad oggetto i redditi derivanti dall'utilizzo di:

- (i) software protetto da copyright;
- (ii) brevetti industriali, siano essi concessi o in corso di concessione, ivi inclusi i brevetti per invenzione, ivi comprese le invenzioni biotecnologiche e i relativi certificati complementari di protezione, i brevetti per modello d'utilità, nonché i brevetti e certificati per varietà vegetali e le topografie di prodotti a semiconduttori;
- (iii) marchi d'impresa, ivi inclusi i marchi collettivi, siano essi registrati o in corso di registrazione;
 - (iv) disegni e modelli, giuridicamente tutelabili;
- (v) informazioni aziendali ed esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali o scientifiche proteggibili come informazioni segrete, giuridicamente tutelabili.

Il regime di *patent box* collega l'agevolazione al reddito derivante dallo sfruttamento economico del bene immateriale, in proporzione al rapporto tra costi per ricerca e sviluppo "qualificati" e costi per ricerca e sviluppo sostenuti in totale

97

¹³² Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 21 ottobre 2021 n. 252 ed entrato in vigore il 22 ottobre 2021

dal contribuente per lo sviluppo, il mantenimento e l'accrescimento dei beni intangibili.

In quest'ottica, l'agevolazione si applica al reddito derivante dal bene immateriale, limitatamente al rapporto tra costi di ricerca e sviluppo qualificati e costi di ricerca e sviluppo totali, come segue:

Reddito agevolato =

Costi di R&S qualificati
Costi di R&S complessivi

X Reddito derivante dal bene immateriale

Rientrano nell'ambito applicativo dell'agevolazione la concessione in uso del diritto di utilizzo dei beni immateriali e l'uso diretto dei beni immateriali, per tale intendendosi l'utilizzo nell'ambito di qualsiasi attività che i diritti sui beni immateriali riservano al titolare del diritto stesso.

Nel caso dell'uso diretto dei beni immateriali, è necessario individuare per ciascun bene immateriale oggetto dell'opzione il contributo economico da esso derivante che ha concorso algebricamente a formare il reddito d'impresa o la perdita. In tale secondo caso è necessario attivare un'apposita procedura di *ruling* preventivo con l'Agenzia delle entrate.

Il rapporto tra costi qualificati e costi totali, è detto detto nexus ratio.

Il Decreto ha precisato che i costi qualificati sono afferenti alle attività di ricerca e sviluppo svolte¹³³:

(i) direttamente dal contribuente; (ii) da università o enti di ricerca e organismi equiparati; (iii) da società, anche start-up innovative, non correlate, cioè diverse da quelle che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa.

Il numeratore è inoltre incrementato dei costi afferenti alle attività di ricerca e sviluppo: (iv) derivanti da operazioni intercorse con parti correlate, cioè che

98

¹³³ Come definite all'articolo 8 del Decreto in oggetto.

direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, per la sola quota costituita dal riaddebito di costi sostenuti da queste ultime nei confronti di terze parti e (v) sostenuti dal contribuente nell'ambito di un accordo per la ripartizione dei costi (c.s. "Cost Contribution Agreement").

Il numeratore può infine essere incrementato del c.d. "up-lift", e cioè di un importo pari: (vi) alla differenza tra l'importo del numeratore (prima dell'up-lift) e l'importo del denominatore (cioè dei costi totali per ricerca sviluppo) fino a concorrenza massima del 30% del numeratore prima dell'up-lift¹³⁴. Il denominatore del rapporto (che rappresenta i costi totali per ricerca e sviluppo) deve essere calcolato sommando al numeratore prima dell'up-lift: (a) i costi per ricerca e sviluppo, derivanti da operazioni intercorse con parti correlate, cioè che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa;

(b) il costo di acquisizione, anche mediante licenza di concessione in uso, del bene immateriale sostenuto nel periodo di imposta¹³⁵.

¹³⁴ Documento OCSE 2015, cit., paragrafo 40.

¹³⁵ Nella Relazione Illustrativa è precisato che i costi da considerare nel calcolo del rapporto sono quelli sostenuti nel periodo di rifermento, a prescindere dal regime fiscale e dal trattamento contabile, conformemente con le raccomandazioni OCSE: "Qualifying expenditures will be included in the nexus calculation at the time they are incurred, regardless of their treatment for accounting or other tax purposes. In other words, expenditures that are not fully deductible in the year in which they were incurred because they are capitalised wll still be included in full in the nexus ratio starting in the year in which they were incurred" (da notare che si tratta di un passaggio delle raccomandazioni OCSE, riportato testualmente nella Relazione Illustrativa al Decreto del 30 luglio 2015 pubblicato il 20 ottobre 2015, che non era presente nel Documento OCSE emesso in bozza nel 2014, ma solamente nel Documento OCSE 2015, pubblicato in data 5 ottobre 2015). Di conseguenza, non rileva il fatto che l'eventuale costo di acquisizione di un bene immateriale sia stato capitalizzato o meno: esso sarà considerato per il suo totale nell'anno in cui è avvenuta l'acquisizione e corrisposto il prezzo. Ciò significa che non rilevano le quote di ammortamento e che se un bene immateriale è stato acquisito prima dell'inizio del periodo di riferimento per il calcolo del rapporto esso non rileverà del tutto.

Il 21 ottobre 2021 è entrato in vigore il D.L. n. 146 (c.d. D.L. "fiscale"), che ha abrogato il "vecchio" regime di Patent box introducendo la nuova opzione per la "super deduzione" del 90% dei costi di ricerca e sviluppo su determinati beni immateriali.

Al pari della vecchia disciplina, anche le nuove misure presentano un profilo agevolativo per le società aventi sede in Italia che dovessero sostenere le spese elencate.

I dubbi circa la presunta esistenza di "aiuti di Stato" sotto forma di agevolazioni fiscali tese ad offrire occasioni per l'insediamento in Italia di centri di ricerca oppure per fare risultare, in seno ai gruppi, alcune spese per consentire le agevolazioni beneficiate, non sembrano legittimi, indebolendosi se si pensa che tali incentivi alle spese immateriali sono stati introdotti anche in altri paesi dell'UE. Inoltre, non si tratte di *ruling* ma di benefici fiscali generici, per cui lo squilibrio tra i livelli di incentivazione riconosciuti a tali spese nei diversi ordinamenti funge da indicatore di lesione alla concorrenza di mercato. Infine, va chiarito che il legislatore italiano, nel formulare il Patent Box e le successive modifiche si è attenuto a quanto formulato nella Comunicazione della Commissione 2014/C/198/01 "Disciplina degli aiuti di Stato in materia di ricerca, sviluppo e innovazione" e che la stessa Commissione non ha rinvenuto illegittimità nella disciplina.

2.3 Le ipotesi in cui il tax ruling incorre nel divieto ex art. 107 TFUE

In tema di *tax ruling*, la Commissione UE ha il potere di ingiungere agli Stati di rivedere accordi fiscali anticipati che presentano il rischio di coprire "aiuti di Stato" (l'articolo 108 TFUE attribuisce alla Commissione un ruolo di controllo sui regimi di aiuti esistenti presso gli Stati membri nonché di verifica dei progetti di nuovi aiuti o di modifica degli aiuti esistenti).

Nello statuire sulla legittimità delle decisioni della Commissione sui *tax rulings* emessi da alcuni Stati membri, i giudici del Tribunale (ed, eventualmente, quelli della Corte di giustizia) sono chiamati a risolvere questioni relative all'interpretazione dell'art.107, par. 1, T.F.U.E. Ai sensi dell'articolo 107 TFUE, le misure di sostegno finanziario concesso attraverso risorse pubbliche che siano idonee ad attribuire un vantaggio economico a talune imprese e ad incidere sulla concorrenza sono in principio incompatibili con il diritto dell'Unione.

Oltre che all'articolo 107 TFUE, il controllo degli aiuti di Stato trova la sua disciplina primaria all'art. 109 TFUE che conclude il Titolo relativo alla tutela della concorrenza¹³⁶. Si tratta di una innovazione europea rispetto ai sistemi tradizionali antitrust, quelli direttamente discendenti dall'americano *Sherman Act*, che hanno per oggetto il comportamento delle imprese. I padri costituenti europei hanno compreso fin dall'origine come quell'impostazione fosse insufficiente in un sistema nel quale i mercati nazionali erano caratterizzati da forte intervento pubblico sia tramite imprese gestite dallo Stato sia tramite sostegno alle imprese private, che si attivava in particolare nelle situazioni di crisi di queste ultime. Appariva chiaro come il sostegno statale potesse costituire un forte ostacolo all'integrazione dei mercati nazionali permettendo di erigere delle barriere economiche alla penetrabilità da parte delle imprese degli altri Stati membri in quei mercati e vanificando o comunque indebolendo l'azione unificatrice. Nel

¹³⁶ Già nel 1956 nel Rapporto Spaak si afferma la necessità di includere regole sugli aiuti statali nel trattato nella sezione a tutela della concorrenza cfr. "*The Brussels Report on the General Common Market (unofficially referred to as the Spaak Report)*", *Information Services*, High Authority of the European Community for Coal and Steel, 1955, Luxembourg, p.13

corso del tempo l'orizzonte di applicazione della disciplina si è notevolmente ampliato, pur sempre mantenendo come criterio guida quello della tutela della concorrenza, che è quello suo proprio. L'art. 107.1 TFUE identifica i requisiti la cui presenza cumulativa integra la fattispecie dell'aiuto incompatibile. Pur avendo lo stesso "peso" nella definizione della fattispecie, alcuni hanno assunto nella prassi un'importanza maggiore e tra essi è cruciale quello della selettività dell'aiuto. È un requisito che riveste particolare importanza nel caso in cui la misura abbia natura fiscale dal momento che sono normali in ambito fiscale differenziazioni di trattamento rispetto a un parametro generale, si pensi alle regole sugli ammortamenti anticipati, al riporto delle perdite, e simili norme in senso lato agevolative, oltre alla struttura progressiva del tributo.

Un'altra peculiarità delle regole fiscali spiega l'importanza della selettività.

Sul tema, la giurisprudenza ha introdotto nel tempo distinzioni ed eccezioni con alcune difficoltà interpretative; così la misura generale ha carattere di "selettività" quando non vi sia un utilizzo automatico da parte delle imprese, in quanto dipende da una valutazione discrezionale dell'autorità pubblica¹³⁷.

Invece, il carattere di selettività non sarebbe presente in una misura costitutiva di un vantaggio per il beneficiario, quando sia giustificato dalla struttura generale del sistema in cui si inserisce, ad es., circa regimi fiscali favorevoli per alcune imprese¹³⁸.

Nella recente sentenza World Duty Free Group ¹³⁹ poi, non solo la Corte di giustizia ha espressamente annoverato il "vantaggio selettivo", non già il vantaggio e la selettività tra i quattro elementi costituitivi della nozione di aiuto di

¹³⁷ Così ad es. C. giust. CE, 1° dicembre 1998, causa 200/97; 17 giugno 1999, causa 295/97;
C. giust. UE 28 giugno 2018, causa 203/16.

¹³⁸ Così C. giust. UE, 1° luglio 2010, ricorso 335/08; C. giust. UE, 15 novembre 2011, causa 106/09.

¹³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, Commissione c. World Duty Free Group SA e a., causa C-20/15 P, EU:C:2016:981

Stato¹⁴⁰ ma ha, altresì, affermato che, quando una misura è "a priori accessibile a qualsiasi impresa", il requisito della selettività non impone alla Commissione di individuare "una categoria specifica di imprese che [siano] le sole ad essere avvantaggiate dalla misura fiscale"¹⁴¹.

Tale affermazione sembra quindi confutare la tesi secondo la quale le decisioni impugnate non avrebbero dimostrato la natura selettiva dei *tax rulings*, in quanto i vantaggi fiscali da essi accordati sarebbero stati potenzialmente a disposizione di tutte le altre imprese operanti nello Stato membro in questione.

Né sembra che la differenza di trattamento tributario possa trovare fondamento nella circostanza che il contribuente si sia o meno avvalso del diritto d'interpello fiscale. Nella sentenza World Duty Free Group, difatti, si afferma altresì che "un requisito di applicazione o di ottenimento di un aiuto fiscale può costituire il fondamento del carattere selettivo dell'aiuto stesso", se "conduce a mettere in atto una differenziazione fra imprese che nondimeno si trovano, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal regime tributario di cui si tratti, in una situazione di fatto e di diritto analoga"¹⁴².

Posto che l'obiettivo della disciplina generale delle imposte sui redditi d'impresa è tassare l'utile di tutte le persone giuridiche residenti¹⁴³ e quello dei *tax rulings* è chiarire l'applicazione di tali norme tributare ad un caso particolare¹⁴⁴, subordinare un trattamento fiscale preferenziale all'ottenimento di una decisione fiscale anticipata costituirebbe il fondamento del carattere selettivo dell'aiuto in questione, a prescindere dal numero, in ipotesi anche elevato, delle imprese beneficiarie¹⁴⁵.

¹⁴¹ Id., punto 78 e ss.

¹⁴⁰ Id., punto 53.

¹⁴² Id., punto 86 e ss.

¹⁴³ Decisione FIAT (i caso verrà analizzato nel prossimo capitolo), punto 198.

Decisione FIAT, punto 219; decisione Starbucks, punto 255; decisione Apple, punto 244.
 Tali casi verranno tutti analizzati nel prossimo capitolo.

¹⁴⁵ In tale direzione, cfr. la sentenza World Duty Free Group, cit., punto 80.

Per gli aiuti concessi da autorità regionali o locali, occorre considerare, invece, il territorio in cui l'ente esercita la competenza, l'autonomia nell'esercizio dei poteri rispetto all'amministrazione centrale e se il regime in quel territorio sia di applicazione generale oppure limitato ad alcune imprese¹⁴⁶.

Un ultimo intervento significativo della CGUE (che ha richiamato le sentenze World Duty Free Group citate) in tema di *aiuti di Stato* è quello che l'ha vista respingere le impugnazioni avverso le sentenze del Tribunale che avevano confermato la qualificazione del regime fiscale spagnolo di ammortamento dell'avviamento finanziario come aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno¹⁴⁷.

In questo campo la partita si gioca prevalentemente nell'ambito della individuazione della presenza o meno dell'aiuto, mentre ruolo decisamente minore lo rivestono le possibilità di eccezione¹⁴⁸. Per sfruttare una delle deroghe possibili al divieto generale infatti occorrerebbe che la misura fiscale fosse strutturata in modo da fare sì che l'aiuto sia quantificabile ex ante e che sia individuato un nesso causale tra la misura stessa e lo specifico obiettivo di interesse europeo che è alla base della deroga prevista. Anche la possibilità offerta allo Stato membro di giustificare una misura *prima facie* selettiva in base alla logica interna del sistema fa parte della verifica dell'esistenza o meno dell'aiuto e non riguarda la valutazione di compatibilità in deroga

Il *tax ruling* ha delle implicazioni che coinvolgono gli aiuti fiscali involgendo verso il riparto di competenze tra Unione e Stati membri in materia di imposte dirette.

Innanzitutto, spetterà ai giudici dell'Unione pronunciarsi in ordine al principio di libera concorrenza (arm's length principle) come declinato dalla

¹⁴⁶ Così C. giust. CE, 6 settembre 2006, causa 88/03; C. giust. CE 11 settembre 2008, cause riunite 428/06 e 434/06; C. giust. UE 15 novembre 2011, cause riunite 106/09 P e 107/09 P.

¹⁴⁷ Sentenze nella causa C-50/19 P Sigma Alimentos Exterior/Commissione

¹⁴⁸ Previste dal secondo e terzo paragrafo dello stesso art. 107 TFUE.

Commissione. In particolare, la CGUE è chiamata a decidere se tale principio può fungere da parametro per valutare se i *tax rulings* concessi dalle autorità fiscali nazionali conferiscono un vantaggio selettivo ai loro destinatari, anche quando detto principio non è contemplato dalle normative in materia tributaria degli Stati membri interessati. Sebbene la Commissione si sia concentrata sui casi di "violazione manifesta" del principio di libera concorrenza¹⁴⁹, il fondamento giuridico di tale parametro di valutazione è fortemente contestato, posto che il settore delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri e che l'art. 115 TFUE richiede il loro consenso unanime in seno al Consiglio per qualsiasi intervento di ravvicinamento delle legislazioni in materia¹⁵⁰.

Inoltre, i giudici sono tenuti a chiarire rispetto a quale "sistema di riferimento" occorre valutare la portata derogatoria, e quindi la selettività, dei tax rulings concessi dalle autorità nazionali. Ciò richiede la soluzione della vexata quaestio della comparabilità tra le imprese facenti parte di gruppi multinazionali e le imprese indipendenti. Inoltre, la CGUE è chiamata a decidere se le misure individuali che apportano un vantaggio economico, in quanto deviano dal principio di libera concorrenza, possono presumersi selettive, posto che il requisito della selettività funge da spartiacque tra le misure di politica microeconomica, rimesse alla discrezionalità degli Stati membri, e gli aiuti fiscali,

¹⁴⁹ Si pensi ai costi che, in base al *tax ruling* emesso dalle autorità olandesi, Starbucks Manufacturing avrebbe sostenuto per l'acquisto di chicchi verdi di caffè dalla propria consociata svizzera (con margini che aumentano in tre anni dal 3 al 18%) e per l'uso del knowhow sul processo di torrefazione detenuto dalla propria consociata britannica (con pagamenti annuali che oscillano tra 1 e 24 milioni di euro, laddove nessun'altra impresa al mondo versa delle royalties per utilizzare il medesimo know-how).

¹⁵⁰ In tal senso, De Pasquale P.e Pallotta O., *Commento all'art. 114 TFUE*, in Tizzano A., *Trattati dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 1265. Contra Orlandi M., Introduzione alla logica giuridica Uno studio di diritto privato. 2021, Il Mulino, p.561, secondo il quale l'art. 116 TFUE sarebbe "*l'unico strumento che consentirebbe [il] ravvicinamento dei sistemi fiscali riguardanti le imposte dirette*".

soggetti al controllo della Commissione¹⁵¹, per cui la soluzione alla quale i giudici dell'Unione pervengono deve essere intesa come la libertà d'azione di cui gli Stati membri realmente dispongono nell'esercizio delle proprie competenze in materia di imposte dirette.

Un'altra questione è quella che vede la CGUE chiamata a stabilire se le agevolazioni fiscali concesse attraverso i *tax rulings* contestati possano ritenersi finanziati mediante risorse statali anche quando, in ipotesi, aumentino il gettito fiscale complessivo, inducendo il beneficiario a non trasferire all'estero i propri utili o invogliando altri contribuenti a stabilirsi nello Stato membro interessato. Del pari, i giudici dell'Unione dovranno chiarire nell'ambito di quale *mercato rilevante* occorre valutare la distorsione della concorrenza prodotta dalle decisioni fiscali contestate. Le determinazioni della CGUE riguardo al legittimo affidamento dei beneficiari contribuiscono a definire lo spazio di manovra di cui gode nel farsi latrice di un'interpretazione dinamica ed evolutiva delle regole in materia di "aiuti di Stato".

L'annullamento delle decisioni negative, ovvero di rifiuto delle proposte, deve essere percepito come il riconoscimento, da parte della CGUE, dell'insindacabilità dei poteri sovrani degli Stati membri nel settore della tassazione diretta, avvalorando l'idea di un mercato interno in cui la concorrenza fra le imprese è regolamentata, ma gli Stati membri restano liberi di prendere parte alla concorrenza fiscale tra ordinamenti, sia a livello europeo che su scala globale. Sebbene tale concezione non arresti del tutto la cooperazione a livello dell'Unione e nel contesto OCSE contro la pianificazione fiscale aggressiva 152, verosimilmente essa comporta la riaffermazione del metodo intergovernativo. La

¹⁵¹ Sul punto Merola M., *The Rebus of Selectivity in Fiscal Aid: A Nonconformist View on and Beyond Case Law*, 2016, Yor, p.553.

¹⁵² Il Progetto OCSE/G20 Base Erosion and Profit Shifting, che individua quindici azioni per dotare i governi di strumenti per contrastare l'evasione fiscale ed assicurare che gli utili siano tassati dove le rispettive attività economiche sono localizzate, http://www.oecd.org/ctp/beps-actions.htm

conferma della validità delle decisioni della Commissione relative ai *tax rulings*, invece, rimanda alla consapevolezza che determinate misure di concorrenza fiscale sleale non sono più al di fuori della sua portata¹⁵³. Di fatto, a seguito dell'apertura delle indagini della Commissione sui *tax rulings* ha fatto seguito l'adozione di diverse direttive in ambito tributario¹⁵⁴.

In definitiva, la conferma delle decisioni sui *tax rulings* può essere considerata come idonea a spianare la strada verso l'Unione fiscale, il vero tassello mancante di un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata¹⁵⁵. Parte della dottrina¹⁵⁶, in realtà, considera i *ruling fiscali* come selettivi per sé, così che sarebbe sufficiente provare che essi determinano un vantaggio in capo all'impresa per dedurre la violazione dell'art. 107.1 TFUE. Questa impostazione sembra riconducibile a una concezione estremisticamente formalistica del criterio della selettività: quando si è di fronte a un *ruling i*ndividuale per definizione applicandosi a una sola impresa esso sarebbe selettivo.

¹⁵³ Ciò è quanto è avvenuto con il controllo delle concentrazioni fra imprese, introdotto in via pretoria dalla Corte di giustizia, su sollecitazione della Commissione, con la sentenza del 21 febbraio 1973, Continental Can, causa 6/72, EU:C:1973:22 e poi disciplinato dal legislatore comunitario con il Regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in GU L 395 del 30.12.1989, sostituito dal Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, in GU L 24 del 29.1.2004, pp. 1-22.

¹⁵⁴ Si pensi, ad esempio, alla Direttiva (UE) 2015/2376, cit., che istituisce un meccanismo di scambio automatico per i *tax rulings* con implicazioni transfrontaliere; alla direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, in GU L 146 del 3.6.2016, pp. 8-21, che introduce l'obbligo di rendicontazione paese per paese (country-by-country reporting) per le imprese multinazionali; alla Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, in GU L 193, 19.7.2016, p. 1-14; alla direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi, in GU L 144 del 7 giugno 2017, p.1-11

¹⁵⁵ Merola M., The Rebus of Selectivity in Fiscal Aid: A Nonconformist View on and Beyond Case Law, p. cit., p.111

¹⁵⁶ Rossi-Maccanico, P., *Gibraltar and the Unsettled Limits of Selectivity in Fiscal Aids*, in European State Aid Quarterly Review, 1, 2009, pp. 63-72.

Una forma particolare attraverso cui è possibile creare concorrenza fiscale è quella che si realizza a livello politico, laddove regimi tributari particolarmente blandi vengono adottati allo scopo di attrarre capitali e redditi sottraendoli al prelievo nazionale. I Paesi in cui si realizza quanto descritto sono noti come "paradisi fiscali".

2.3.1 Harmful tax competition e politiche fiscali adottate nei confronti di gruppi multinazionali

Da vari anni l'OCSE lavora all'elaborazione di misure tese a limitare la concorrenza sleale in materia fiscale ("harmful tax competition"), in un clima di crescente consenso sulla necessità di eliminare i paradisi fiscali, l'evasione fiscale su vasta scala e il riciclaggio di denaro sporco. In tale ottica si invitano gli Stati a chiarire il loro sistema fiscale e si rendono pubblici elenchi di Paesi particolarmente "non cooperativi".

Il problema della concorrenza fiscale dannosa, *harmful tax competition*, prende forma in varie modalità, in particolare tramite i paradisi fiscali. I paradisi fiscali, *tax havens*, rappresentano giurisdizioni in cui la pressione fiscale è minima oppure solo nominale e le regole giuridiche ed amministrative particolarmente "facilitative".

In tali Paesi, in genere, vige il segreto bancario e le attività economiche non sono oggetto di scambio di informazioni.

Nei Paesi di *Pure Tax Haven* l'imposizione è ridotta al minimo e si garantisce l'assoluto segreto bancario, si tratta di un caso limite, infatti, nella maggior parte dei casi, esistono altre forme meno impattanti. Nei *No taxation on foreign income*, ad esempio, viene esclusa da ogni forma di imposizione i redditi esterni, riservandola sola a quelli interni.

In altri Paesi si osservano i cd. Low taxation, che vedono l'applicazione di una tassazione modesta su qualunque forma di reddito oppure la Special Taxation paesi che consentono la costituzione di società flessibili.

Alla luce dell'evoluzione intervenuta dopo la pubblicazione da parte dell'OCSE del Rapporto 2000, il 14 novembre 2001 è stato pubblicato Un report che ha portato, tra l'altro, alla formulazione di una black list relativa ai Paesi ritenuti eccessivamente liberali¹⁵⁷.

A seguito degli interventi dell'OCSE molti Paesi hanno siglato accordi per lo scambio di informazioni sotto la forma di Convenzioni contro le doppie imposizioni (Double Tax Conventions, DTC) e Accordi per lo scambio di informazioni ai fini fiscali (*Tax Information Exchange Agreements*, TIEA).

L'art. 26 del Modello OCSE del 1963 ha sempre rappresentato lo standard internazionale per lo scambio di informazioni tributarie tra Stati.

Con lo scopo di impedire allo Stato destinatario della richiesta di scambio di opporsi, nel 2005 sono stati aggiunti i parr. 4 e 5 che stabiliscono che l'informazione richiesta non possa più essere negata nei due casi seguenti:

- se lo Stato non ha un interesse nello scambio;
- se l'informazione è di un istituto bancario, un'istituzione finanziaria, "un'agenzia", ovvero una fiduciaria. Nel 2009, al vertice di Londra, il G20 ha dichiarato, ufficialmente, la fine del segreto bancario cui ebbe seguito la pubblicazione di elenchi da parte dell'OCSE indicativi di una *black list* costituita dai Paesi che non si erano adeguati¹⁵⁸.

Nella "lista grigia" furono inclusi, invece, 38 Paesi¹⁵⁹che, pur essendosi impegnati a rispettare le regole dell'Ocse non le hanno "in sostanza" applicate.

¹⁵⁷ Rapporto "The OECD's Project on Harmful Tax Practices: the 2001 Progress Report"

¹⁵⁸ Si trattava della Costa Rica, Malaysia, Filippine, Uruguay

¹⁵⁹ Tra cui Lussemburgo, Svizzera, Austria, Belgio, Singapore, Cile e isole Cayman, Liechtenstein Liechtenstein, Antille olandesi, Belgio e Principato di Monaco,

Nel 2014 i Paradisi fiscali hanno dovuto fare i conti con il Common Reporting Standard (CRS), uno standard informativo, sviluppato dall'OCSE, per lo scambio automatico di informazioni, (*Automatic Exchange Of Information* (AEOI)), a livello globale, tra le autorità fiscali, rivolto a facilitare i controlli antievasione, sulle attività finanziarie detenute dai contribuenti¹⁶⁰.

Introdotto dalla Direttiva 2014/107/UE (DAC 2), questo standard di raccolta e condivisione di dati sui conti esteri vede impegnati 110 Stati.

A dicembre 2020, risultavano essere attivate oltre 4400 relazioni di scambio bilaterale rispetto a più di 100 giurisdizioni di Paesi coinvolti nel CRS.

Per l'Italia risultano attive 75 relazioni di scambio bilaterali.

Nella sua attività di monitoraggio, la Commissione ha individuato 92 Paesi passibili di richiamo, e lo ha fatto sulla base di tre criteri:

Trasparenza fiscale;

Buona governance;

Attività economica reale.

Oltre ai criteri elencati è stata verificata anche la presenza di un'aliquota dell'imposta sulle società pari a zero.

I Paesi inseriti in una *black list* sono esclusi dagli aiuti dall'UE, a meno che non si tratti di aiuti allo sviluppo¹⁶¹. La Commissione Europea incoraggia, inoltre, i singoli Paesi membri, a mettere in atto sanzioni più stringenti.

Anche allo scopo di evitare il rischio di riciclaggio, le operazioni con soggetti residenti nei Paradisi fiscali comportano l'obbligo di¹⁶²: rafforzare le verifiche volte alla determinazione della sospettosità delle operazioni; acquisire informazioni sul titolare effettivo / titolari effettivi; approfondire la natura del

¹⁶⁰ http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/

¹⁶¹ Imprese e privati potranno continuare ad avere rapporti con questi stati senza rischiare nessuna sanzione a livello europeo.

¹⁶² Pace A., Agevolazioni fiscali. Forme di tutela e schemi processuali, Torino, 2018, p.67

rapporto; intensificare la frequenza dell'applicazione delle procedure finalizzate a garantire il controllo costante nel corso del rapporto.

In Italia, a seguito della riscrittura dell'art. 110, commi 10 e 11, T.U.I.R. ad opera del D. Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, la Legge di stabilità 2016 ha eliminato le speciali limitazioni alla deducibilità dei costi cd. *black list*: con i commi da 142 a 144 dell'unico articolo della legge n. 208 del 2015, sono stati abrogati i commi da 10 a 12-bis del richiamato art. 110 T.U.I.R. con la conseguenza di rendere soggetti anche detti costi alle regole e ai criteri di rilevanza fiscale di carattere generale previsti dal Testo Unico per la determinazione del reddito di impresa .

La norma in vigore al 31 dicembre 2014 prevedeva una deroga al regime ordinario di deducibilità dei componenti negativi di reddito qualora questi derivassero da operazioni intercorse con imprese residenti ovvero localizzate in Stati o territori a fiscalità privilegiata¹⁶³.

La deduzione dei predetti componenti negativi di reddito era tuttavia ammessa, ai sensi del successivo comma 11, art. 110 T.U.I.R. quando si forniva la prova che l'impresa non residente svolgeva prevalentemente un'attività economica effettiva, ovvero che le operazioni poste in essere rispondevano ad un interesse economico e avevano avuto concreta esecuzione.

In estrema sintesi, il regime delineato dall'art. 110, commi 10 e 11, T.U.I.R. prevedeva una presunzione relativa di indeducibilità delle spese sostenute nei confronti di fornitori cd. *black list*; la possibilità di superare tale presunzione fornendo la dimostrazione dell'esistenza di almeno una delle due esimenti, rappresentate dallo svolgimento prevalente di un'effettiva attività commerciale da parte del fornitore estero¹⁶⁴ ovvero dal fatto che le operazioni poste in essere

¹⁶³ Nonché con professionisti domiciliati in tali Stati, ai sensi del comma 12-bis, art. 110, Tur, aggiunto dall'art. 1, comma 6, D.L. n. 262 del 2006.

¹⁶⁴Miele L., Russo V., *Deducibilità dei componenti negativi da operazioni con soggetti domiciliati in paesi a fiscalità privilegiata: l'esimente dell'attività commerciale effettiva*, in Rass. trib., 2009, p.1135 ss..

rispondessero ad un effettivo interesse economico e che le stesse avessero avuto concreta esecuzione.

La prova contraria richiesta dalla prima esimente non atteneva alla specifica operazione, bensì, in generale, all'attività prevalentemente svolta dall'impresa localizzata nel territorio *black list*. Quest'ultima doveva possedere i requisiti della *commercialità ed effettività*. In relazione a tale dimostrazione, l'Amministrazione finanziaria era intervenuta in più occasioni, fornendo un'elencazione, non esaustiva, di alcuni documenti riferiti al fornitore estero utili ai fini della dimostrazione di tale condizione¹⁶⁵.

La seconda esimente atteneva alla prova dell'effettivo interesse economico sotteso alla realizzazione delle operazioni con società aventi sede in Paesi *black list*, oltre che della loro concreta esecuzione. Il contribuente, dunque, doveva dimostrare non solo che la transazione avesse realmente avuto luogo, ma anche che la stessa rispondesse a precise finalità economico-gestionali. L'A.F. ha sovente ancorato la sussistenza dell'effettivo interesse economico di un'operazione con imprese *black list* alla dimostrazione di una convenienza di prezzo rispetto alle alternative di mercato.

Così, con la Risoluzione n. 46 del 2004, è stata riconosciuta la sussistenza dell'effettivo interesse economico quando il contribuente dimostrava che il

¹⁶⁵ Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 46 del 16 marzo 2004, che, sul punto, fa rinvio alla Circolare n. 29 del 23 maggio 2003 in ordine alla dimostrazione della sussistenza delle condizioni previste dall'art. 167, comma 5, lett. a), Tuir ai fini della disapplicazione della normativa cfc. In tale documento di prassi l'Amministrazione ha affermato che la prova del collegamento fisico di una struttura commerciale o industriale con il territorio deve essere fornita anche attraverso la produzione dei seguenti documenti: bilancio; certificazione del bilancio; prospetto descrittivo dell'attività esercitata; contratti di locazione degli immobili adibiti a sede degli uffici e dell'attività; copia delle fatture delle utenze elettriche e telefoniche relative agli uffici e agli altri immobili utilizzati; contratti di lavoro dei dipendenti che indicano il luogo di prestazione dell'attività lavorativa e le mansioni svolte; conti correnti aperti presso istituti locali; estratti conto bancari che diano evidenza delle movimentazioni finanziarie relative alle attività esercitate; copia dei contratti di assicurazione relativi ai dipendenti e agli uffici; autorizzazioni sanitarie e amministrative relative all'attività e all'uso dei locali.

fornitore residente nello Stato con regime fiscale privilegiato praticava un prezzo più basso rispetto ad altri fornitori. Alle medesime conclusioni era giunto il Comitato consultivo per l'applicazione delle norme antielusive il quale, con pareri n. 4 del 7 marzo 2006 e n. 14 del 22 marzo 2007 — ai quali fa riferimento l' Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 1 del 26 gennaio 2009 ha ritenuto che l'onere della prova era da ritenersi integrato per iniziativa del contribuente che aveva dimostrato la sussistenza, a parità di condizioni, di una differenza tra i di vendita praticati dal fornitore residente in prezzi un Paese a fiscalità privilegiata, da un lato, ed i prezzi praticati da altri fornitori. Le due esimenti erano alternative tra loro, nel senso che la dimostrazione dell'una era sufficiente a consentire la disapplicazione della norma.

La stessa Amministrazione finanziaria, con la Risoluzione n. 46 del 16 marzo 2004, aveva precisato che i "presupposti probatori indicati dalla norma sono alternativi, con la conseguenza che il contribuente può limitarsi a fornire elementi sufficienti a dimostrare la sussistenza anche di uno solo di essi".

La legge n. 296 del 2006, pur eliminando la previsione che subordinava la deducibilità dei costi *black list* alla loro indicazione della dichiarazione, aveva comunque mantenuto l'obbligo di tale indicazione, sanzionando la sua omissione separata. Prima dell'abrogazione ad opera delle legge di stabilità 2016, lo speciale regime previsto dal T.U.I.R. per i costi *black list* era stato oggetto di una rilevante modifica ad opera del cd. "Decreto internazionalizzazione" analizzato nelle pagine precedenti attraverso l'introduzione, in luogo dell'indeducibilità tout court dei costi in questione, di un limite alla deducibilità costituito dal loro valore normale, ferma restando la possibilità di superare tale limite fornendo la dimostrazione che "le operazioni poste in essere rispondono ad un effettivo interesse economico e che le stesse hanno avuto concreta esecuzione".

Tale intervento normativo ha profondamente modificato il regime dei costi *black list* che, da un generale divieto di deducibilità, superabile attraverso la dimostrazione delle esimenti richieste dalla norma, sono transitati, limitatamente

al periodo di imposta 2015, ad un regime di generale deducibilità, seppur entro il limite costituito dal valore normale di cui all'art. 9 del T.U.I.R., a meno che non si dimostrava, oltre che la concreta esecuzione dell'operazione, anche l'effettivo interesse economico della medesima¹⁶⁶.

Nel 2016 l'UE ha adottato una *black list* avente ad oggetto giurisdizioni di Paesi terzi non cooperativi al fine di stabilire un approccio comune degli Stati membri al problema. Si tratta di un primo passo verso un più profondo coordinamento dei sistemi fiscali dell'UE sul tema dei paradisi fiscali, tuttavia, si ritiene auspicabile un ulteriore coordinamento tramite un processo che attivi misure fiscali istituzionalizzate, anche al fine di aumentare la trasparenza del processo negoziale tra le istituzioni dell'UE e le giurisdizioni non cooperative¹⁶⁷. Un ulteriore step necessario al processo di coordinamento fiscale dell'UE dovrebbe riguardare misure di concorrenza fiscale aventi un ambito di applicazione generale adottate dagli Stati membri. Si potrebbe anche pensare a disposizioni internazionali adottate a livello ONU e, più specificamente, rivedendo l'art. 2, par. 1 del *Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali*¹⁶⁸.

L'ultimo momento rilevante di tale ricostruzione è costituito dalla Legge di Stabilità 2016. Come anticipato, essa ha abrogato il regime di indeducibilità dei costi derivanti da rapporti commerciali con fornitori *black list* con la conseguenza che, a decorrere dal periodo di imposta 2016, essi sono sempre deducibili qualora risultino verificati i requisiti generali richiesti dal Testo Unico in relazione ai componenti negativi di reddito.

¹⁶⁶ È venuta meno con tale innovazione l'esimente dello svolgimento da parte del fornitore black list di un'effettiva attività commerciale.

114

¹⁶⁷ Sul tema: Melis G., Persiani A., *The EU Blacklist: A Step Forward but Still Much to Do*, EC tax Review, 2019/5. Gli autori sottolineano come, la lotta ai Paradisi fiscali richieda misure precise, come lo scambio obbligatorio di informazioni.

¹⁶⁸ Ibidem, p.255

2.4 Il transfer pricing e gli accordi tra le Amministrazioni Finanziarie e i gruppi multinazionali

Come si è visto, con la sempre maggiore centralità che le imprese multinazionali hanno assunto sul mercato globale, è divenuta cruciale la questione dell'imputabilità dei profitti a imprese che fanno parte dello stesso gruppo, possibile strumento di violazione di norme del Trattato. Infatti, la logica dell'impresa è quella di massimizzare i profitti, il che avviene anche tramite la minimizzazione del carico fiscale. La determinazione dei prezzi di trasferimento può permettere di ridurre i profitti attribuendo, ad esempio, un prezzo elevato alle operazioni di acquisto infragruppo, e inoltre trasferire parte dei profitti in giurisdizioni con tassazione minore. Questo processo può contenere una componente di aiuto da parte dello Stato che ha un livello di tassazione ridotto rispetto a quelli nei quali operano le altre società del gruppo. La attribuzione di un *ruling* nel quale la determinazione dei prezzi di trasferimento avviene in linea con il principio dell'*arm's lenght* dovrebbe cautelare contro la qualificazione della misura come aiuto di Stato (questa è sempre stata la posizione ufficiale).

Il rinvio ai criteri definiti in sede OCSE costituisce un passaggio cruciale per verificare l'esistenza di una possibile violazione dell'art.107 TFUE. In questo modo il sistema assume una sua coerenza interna e una sua prevedibilità sia dal lato degli Stati membri quanto dal lato delle imprese, in una materia di per se complicata.

Una delle critiche maggiori portate all'azione della Commissione è proprio quella di aver introdotto una nuova interpretazione del principio dell'*arm's length* che toglie un punto di riferimento sicuro per la valutazione dei *ruling*. La Commissione da un lato ripete che il principio dell'*arm's length* è parte essenziale della valutazione in base all'art. 107.1 TFUE ma al contempo chiarisce che "*the*"

arm's length principle that the Commission applies in its State aid assessment is not that derived from article 9 off the OECD Model Tax Convention" ¹⁶⁹.

Si tratta quindi di un criterio nuovo che la Commissione stessa viene elaborando e dovrebbe potersi desumere, da un lato, dalla prassi applicativa da essa seguita e al tempo stesso dovrebbe rinvenirsi nella Comunicazione sulla nozione d'aiuto nella specifica sezione dedicata ai ruling fiscali. Quest'ultima ha sostituito la Comunicazione del 1998. Potrebbe ritenersi una giustificazione ex post del nuovo corso della Commissione. Nella Comunicazione sulla nozione d'aiuto la Commissione include il principio della libera concorrenza all'interno della valutazione delle misure fiscali concesse alle imprese appartenenti a un gruppo; in base a questo principio si stabilisce se l'imponibile della tassazione societaria è identificato in modo da approssimare quello di un'impresa indipendente il cui imponibile dipende dai prezzi di transazioni che avvengono sul mercato. Inoltre, la Commissione ha affrontato la questione del rapporto con le linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento ritenendo che "la Commissione può tener conto" di quelle linee guida e un ruling che avalla un accordo su prezzi di trasferimento che rispettano le indicazioni delle Linee Guida "non dovrebbe comportare aiuto di Stato "170. In altri termini, il rispetto delle le Linee Guida OCSE integra una presunzione relativa, sempre ribaltabile dalla Commissione e non un criterio costitutivo della fattispecie. In base a questa relativizzazione operata la Commissione ha giustificato ex post il fatto di essersi intromessa nella scelta dei metodi utilizzati nei diversi ruling da parte degli Stati membri, metodi peraltro previsti dalle stesse linee guida OCSE. Un ulteriore punto critico sollevato con riferimento all'attività della Commissione è quello del ricorso al principio dell'investitore privato in un'economia di mercato. Si tratta di un

 ¹⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, Commission Decision of 21.10.2015 on State Aid SA 38374
 (2014 / C ex 2014/NN) implemented by the Netherlands to Starbucks, Brussels 21.10.2015, C
 (2015) 7143 def, paragrafo 264

¹⁷⁰ Comunicazione della Commissione sulla Nozione di Aiuto, Punto 175

principio che ha una lunga storia nell'ambito del controllo degli aiuti. Inizialmente utilizzato tra gli anni Settanta e Ottanta per valutare la presenza di una componente di aiuto nei rapporti tra lo Stato e un'impresa pubblica, ha poi assunto diverse configurazioni (venditore pubblico, acquirente, creditore ecc.). L'elemento centrale è il confronto tra il comportamento delle autorità pubbliche e quello degli operatori privati sottoposti ai vincoli della concorrenza sul mercato 171; la presenza dell'aiuto è esclusa se i primi si comportano come farebbero i secondi in circostanze analoghe, seguendo cioè gli stessi criteri di razionalità economica. È pacifico che il criterio in questione possa essere utilizzato nel momento in cui una autorità pubblica opera come soggetto economico ma non quando esercita una potestà statale. Ne deriva che le misure di natura fiscale non potrebbero essere valutate in ragione di quel principio. La Corte di Giustizia ha invece affermato la possibilità di valutare almeno una parte di agevolazioni fiscali alla luce del criterio dell'investitore privato.

Allo stato attuale, si osserva un trend espansivo degli istituti di *tax compliance* con l'azione di contrasto dell'evasione e della frode fiscale promossa dall'UE attraverso le direttive sullo scambio di informazioni.

La Direttiva 2015/2376/UE ha esteso al *ruling* il meccanismo dello scambio automatico di informazioni, ed è stata attuata dal D.Lgs. n. 32/2017, che è intervenuto sull'art. 31-bis D.P.R. n. 600/73, inserendo il comma 2-bis che vi fa cenno, e sul D. Lgs. n. 29/2014 che disciplina la cooperazione amministrativa nel settore fiscale. L'individuazione degli istituti interessati è regolata nell'art. 1 D. Lgs. n. 32/2017, in aderenza a puntuali indicazioni della Direttiva (art. 1 Dir 2015/2376/UE) che parla di "accordi", "comunicazioni" o altri strumenti con effetti simili, adottati da un'autorità fiscale nei confronti di soggetti determinati prima dell'esecuzione di operazioni transfrontaliere, compresi gli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento.

¹⁷¹ Comunicazione della Commissione sulla Nozione di Aiuto, punti 71 e ss

Per quanto qui rileva, non è tanto interessante il flusso di informazioni "in uscita", che l'Italia fornirà agli altri Paesi UE e alla Commissione per le valutazioni di competenza, quanto considerare quelle "in entrata", perché incidenti sulla relazione fisco-contribuente, così come modellata anche dagli istituti della *tax compliance* del diritto interno¹⁷².

Nel dare attuazione alla Direttiva 2015/2376/UE, il legislatore italiano sembra avere compiuto una scelta di campo. Infatti le informazioni "in entrata" provenienti dallo scambio automatico sui *rulings* transfrontalieri non sono destinate a confluire nel sistema di comunicazioni preventive funzionali alla promozione della *compliance* del contribuente nella logica del depotenziamento dell'imperatività della funzione impositiva, da cui gli stessi *rulings* provengono. Al contrario, attraverso l'intervento sull'art. 31-bis D.P.R. n. 600/73, il legislatore ne ha assicurato l'uso al fine di assicurare il corretto accertamento delle imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto dell'A.F. così come da ogni altro ente impositore, come programmaticamente prescritto dal primo comma dell'art.31-bis D.P.R. n. 600/73.

Negli scambi interni tra imprese facenti parte del medesimo gruppo, come si è detto, il BES ha indicato i criteri da seguire per potere valutare i prezzi senza incorrere nei controlli delle A.F. Il principio guida è quella che afferisce *all'arm's length price*.

2.4.1 L'applicazione del principio di libera concorrenza e la determinazione dell'"arm's length price"

118

¹⁷² Miele L., Russo V., Deducibilità dei componenti negativi da operazioni con soggetti domiciliati in paesi a fiscalità privilegiata: l'esimente dell'attività commerciale effettiva, op. cit., p.99

L'arm's length principle, assieme al principio delle entità separate e a quello del permanent establishment, fa parte di un insieme di principi elaborati a partire dalla fine degli anni Venti del ventesimo secolo in sede di Lega delle Nazioni al fine di evitare la doppia tassazione delle imprese multinazionali¹⁷³. Almeno nominalmente compare quindi in un documento del Fiscal Committee della stessa Lega degli anni Trenta (Carrol Report) e nel Protocollo di Londra del 1946 dove venne preferito al formulary apportionment come metodo di allocazione dei profitti. Il Committee on Fiscal Affairs dell'OCSE proseguì il lavoro intrapreso dal Fiscal Committee e adottò nel 1963 la Model Convention che include tale principio per comparire nel rapporto sul Transfer Pricing del 1979 per poi inserirlo nelle Linee guida del 1995 in seguito più volte aggiornate. Rientra, inoltre, nel Model Double Convention dell'OCSE all'art. 9 e nel UN Model Treaty sempre all'art. 9¹⁷⁴. Le linee guida dell'OCSE individuano cinque modalità di calcolo dei prezzi di trasferimento che vengono considerati in linea con il principio dell'arm's length. Si tratta del comparable uncontrolled price, il risale price, il cost plus method, il transaction net margin e il transaction profit. I primi tre, che confrontano i termini delle transazioni tra imprese del gruppo con quelle intercorrenti tra imprese indipendenti, sono considerati maggiormente idonei a riflettere il valore economico della transazione e sono detti metodi tradizionali; agli altri due, che confrontano la profittabilità dell'impresa facente parte del gruppo con quella di imprese dello stesso gruppo che sono simili o imprese simili indipendenti, si fa ricorso quando non sia possibile utilizzare uno dei primi tre.

¹⁷³ Wittendorf J., *The Transaction Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model*, in Bulletin for International Taxation, March 2009, pp. 107-130

¹⁷⁴ Schön W., *Transfer Pricing, the Arm's Lenght Standard and European Union Law*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2011-08, http://www.tax.mpg.de

CASI DI TAX RULING E LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

CAPITOLO III

CASI DI TAX RULING E LE DECISIONI DELLA COMMISSIONE EUROPEA

SOMMARIO: 3.1 Inchieste giornalistiche LuxLeaks e Panama Papers. – 3.2 Il caso Starbucks. – 3.2.1 Il caso Fiat Finance and Trade Ltd (FFT). – 3.2.2 Il caso McDonald. – 3.2.3 Il caso Engie. – 3.2.4 Il caso Nike e Converse. – 3.2.5 Il caso Apple Sales International e Apple Operations Europe. – 3.2.6 Il caso Amazon Europe Holding Technologies. – 3.3 Un'analisi del lavoro della Commissione: tra principi europei e implicazioni politiche. – 3.4 Il Primo intervento della Corte di Giustizia in merito ai rulings.

Premessa

Nel 2014, Jean-Claude Juncker, neo presidente delle Commissione ha chiarito che era giunto il momento di porre l'accento sulla necessità di una "maggiore equità nel mercato interno" anche ricorrendo ad una lotta all'evasione e all'elusione.

A rafforzare tale impegno contribuì il successivo intervento del nuovo Commissario europeo alla concorrenza Margrethe Vestager che lo inserì in agenda esaltando la contestuale valorizzazione della disciplina europea sugli aiuti di Stato.

La "dottrina Vestager"¹⁷⁵, che ha visto protagoniste celebri multinazionali (Apple, Fiat-FCO, Starbuck's, McDonald's, Amazon e GDF Suez ("Engie"), ha condotto alla prassi giuridica secondo la quale "nella stima dei prezzi di trasferimento tra società appartenenti alla medesima multinazionale, operata preventivamente dalle autorità finanziarie nazionali attraverso rulings con

¹⁷⁵ Pepe F., Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali, in Riv. trim. dir. trib., n. 3/2017, par. 2

funzione di advanced pricing agreements (APAs), occorre attenersi - almeno approssimativamente - al cd. arm's length principle (ALP)"¹⁷⁶.

Nel caso in cui il prezzo concordato tra le parti dovesse "deviare verso il basso" rispetto allo standard descritto, la società si avvantaggerebbe sul piano impositivo rispetto alle Stand-alone enterprises (SAEs) concorrenti. Tale pratica condurrebbe a ritenere esistenti, aiuti di Stato incompatibili con il diritto unionale. Si tratta, in realtà, di una mera conferma di quanto già acquisito con il cd. "pacchetto Monti" del 1996 in cui si prospettava un impiego in tal senso di detta normativa.

La Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli "aiuti di Stato" alle misure di tassazione diretta delle imprese del 1998 aveva definitivamente sancito tale principio.

L'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE, stabilisce il divieto di "aiuti di Stato" che, nella loro struttura, siano idonei a creare un vantaggio a "talune imprese o talune produzioni", piuttosto che alla generalità delle imprese che versano in condizioni analoghe. Nel caso degli "aiuti fiscali", la CGUE ha sviluppato un'analisi in tre fasi volta a valutare se vi fosse un estremo di "selettività" procedendo nella triplice direzione della: i) individuazione del regime fiscale ordinario applicabile nello Stato membro (il c.d. sistema di riferimento); ii) prova che la misura costituisce una deroga al sistema di riferimento, in quanto distingue fra soggetti in posizione analoga rispetto agli obiettivi di tale sistema; iii) eventuale giustificazione della misura (a carico dello Stato membro) in funzione della natura o della struttura generale del sistema di riferimento¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Pepe F., "Concorrenza fiscale dannosa" e tax rulings: l'uso "strategico" dell'arm's lenght principle nella disciplina europea sugli aiuti di Stato e l'imprevista (?) "egemonia" della Commissione europea nell'area della fiscalità internazionale. 2018, in federalismi.it, p.8
¹⁷⁷ Ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2011, Commissione c. Paesi Bassi, causa C-279/08 P, EU: C:2011:551, punto 62. In dottrina, Cisotta R., Criterion of Selectivity, in Hofmann H., Micheau C. (a cura di), State Aid Law of the European Union, OUP, 2016, pp. 132-150; Soler Roch M., Le misure fiscali selettive secondo la giurisprudenza

Soffermandosi sui primi due elementi dell'analisi del requisito della "selettività" i giudici necessitano di una corretta scelta del sistema di riferimento, come osservato in dottrina, il che si rivela nel suo accertamento, in quanto più ampio è il sistema di riferimento selezionato, più è agevole dimostrare che la misura controversa se ne discosta¹⁷⁸. Mentre la Commissione nelle proprie decisioni relative ai tax rulings ha indicato come sistema di riferimento "il sistema generale dell'imposta sulle società" degli Stati membri in questione¹⁷⁹, questi ultimi e le imprese beneficiarie delle misure controverse hanno obiettato, tanto nel corso delle indagini della Commissione¹⁸⁰, quanto in sede di impugnazione innanzi al Tribunale¹⁸¹, che il sistema di riferimento pertinente comprendesse esclusivamente le regole nazionali sulle decisioni fiscali anticipate. Ciò premesso, i soggetti interessati dalle configurazioni del sistema di riferimento, va chiarito, sono sia le imprese associate che quelle indipendenti. Secondo parte della dottrina, però, le imprese indipendenti e quelle facenti parte di gruppi multinazionali non verserebbero in condizioni analoghe, per cui cercarne un riferimento comune sarebbe errato¹⁸². Ad esempio, le imprese multinazionali, affrontano minori costi transattivi nelle relazioni commerciali infragruppo rispetto a quelli sostenuti nelle trattative tra imprese indipendenti¹⁸³. Inoltre, alcune strategie commerciali (es.

della Corte di giustizia sugli aiuti di Stato, Rivista di diritto tributario internazionale, fasc. 1, 2006, pp.19-35.

¹⁷⁸ Bobby C., A Method Inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings, in Chicago Journal of International Law, vol. 18, 2017, p.210

¹⁷⁹ Decisione Starbucks, punto 232 ss.; decisione FIAT, punto 194 ss.

¹⁸⁰ Decisione Starbucks, punti 238 e 245; decisione FIAT, punti 201, 202 e 210.

¹⁸¹ Ric. Lussemburgo c. Commissione (Apple), motivo n. 2; Ric. Apple c. Commissione (Apple), motivo n.6; Ric. Paesi Bassi c. Commissione (Starbucks), motivo n.1.

¹⁸² Nicolaides P., *State Aid Rules and Tax Rulings, in European State Aid Law Quarterly*, 2016, pp. 421-423; Luja R., *State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple?*, in I. Richelle et al. (a cura di), *State Aid Law and Business Taxation*, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 6, pp.114-115.

¹⁸³Nicolaides P., op. cit., p. 422, che sostiene che le operazioni tra le società associate sono soggette ad una maggiore trasparenza, un minore grado di rischio ed un maggiore controllo

l'eliminazione della c.d. *doppia marginalizzazione*)¹⁸⁴ impongono ad alcune imprese associate di tenere comportamenti che non si rivelerebbero convenienti per le imprese indipendenti¹⁸⁵ (nell'esempio precedente: vendere a prezzo di costo alle consociate a valle, onde consentire a queste ultime di massimizzare i profitti del gruppo)¹⁸⁶.

Di conseguenza, secondo alcuni autori, non dovrebbero ritenersi selettive le misure che trattano le imprese indipendenti diversamente da quelle associate, ma solo quelle che operano differenziazioni tra un gruppo multinazionale ed un altro¹⁸⁷.

La Commissione ha, peraltro, obiettato che l'individuazione di un sistema di riferimento che comprenda le sole imprese associate a gruppi multinazionali contraddice tanto la lettera delle normative fiscali generali degli Stati membri interessati, che si applicano sia alle imprese associate sia a quelle indipendenti, quanto la *ratio* delle disposizioni speciali applicabili alle imprese associate, il cui scopo è di porle sullo stesso piano delle imprese indipendenti, non già di attribuire ad esse un trattamento di favore¹⁸⁸.

sulla qualità, non sarebbe opportuno valutarle alla luce delle transazioni tra società indipendenti.

¹⁸⁴ Il fenomeno della c.d. *doppia marginalizzazione* si verifica quando due imprese a livelli diversi della catena distributiva (es. vendita all'ingrosso e vendita al dettaglio) praticano entrambe un ricarico sui prezzi, dando luogo ad una duplice perdita secca.

¹⁸⁵ Linee guida OCSE, punto 1.11: "le imprese associate possono intraprendere transazioni diverse da quelle in cui s'impegnerebbero le imprese indipendenti. Tali transazioni possono non essere necessariamente poste in essere per motivi di elusione fiscale, bensì aver luogo in quanto [...] le imprese di un gruppo multinazionale operano in un contesto commerciale diverso da quello in cui operano le imprese indipendenti".

¹⁸⁶ Integrando verticalmente le imprese e imponendo all'impresa a monte di vendere a prezzo di costo all'impresa a valle, i profitti di quest'ultima risulteranno superiori alla somma dei profitti che le due imprese avrebbero ricavato dalla doppia marginalizzazione.

¹⁸⁷ Gormsen L., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in Journal of European Competition Law and Practice, 2016, p. 377, Nicolaides P., op. cit., p. 425.

¹⁸⁸ Decisione Starbucks, punti 248-249; decisione FIAT, punto 198.

Ne consegue che un sistema di riferimento circoscritto alle sole imprese associate facenti parte di gruppi multinazionali risulterebbe intrinsecamente selettivo. Quanto all'elemento del test di selettività per gli aiuti fiscali, relativo alla prova che la misura contestata costituisce "una deroga rispetto al sistema di riferimento", occorre segnalare che alcune delle decisioni della Commissione in materia di tax rulings non si sono soffermate sulla portata derogatoria delle decisioni fiscali controverse, limitandosi ad analizzare il "vantaggio selettivo" da esse attribuito ai destinatari¹⁸⁹.

E ciò in base all'argomentazione che la riduzione della pressione fiscale per il beneficiario rispetto agli altri contribuenti "costituisce al contempo una deroga al sistema di riferimento e il vantaggio conferito dalla misura fiscale"¹⁹⁰. Tale iter argomentativo è stato fortemente contestato innanzi al Tribunale: il governo olandese, in particolare, ha sostenuto che, nella decisione Starbucks, la Commissione "non avrebbe dimostrato a sufficienza ed individualmente che il criterio di selettività fosse soddisfatto", mentre, nel caso FIAT venne "erroneamente applicato il concetto di vantaggio selettivo¹⁹¹".

Pochi giorni prima della pubblicazione della decisione Apple, il Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti ha pubblicato un "libro bianco" in cui ha affermato che, mentre nella prassi decisionale precedente, la Commissione aveva sempre esaminato separatamente il requisito della selettività e quello del vantaggio, nei recenti procedimenti a carico di alcune multinazionali statunitensi avrebbe ritenuto soddisfatta la condizione della selettività soltanto perché il *tax ruling* in questione non era conforme alla propria declinazione del principio

¹⁸⁹ Decisione Excess Profit, punto 130 e ss.; decisione Starbucks, punto 252 e ss.; decisione FIAT, punto 216 e ss.. Nella decisione Apple, invece, la Commissione ha esaminato sia la portata derogatoria dei tax rulings rispetto al sistema di riferimento (punto 244 e ss.), sia il vantaggio selettivo da essi attribuito (punto 369 e ss.).

¹⁹⁰ Decisione FIAT, punto 217. V. altresì decisione Starbucks, punto 253; decisione Excess Profit, punto 130; decisione Apple, punto 224.

¹⁹¹ Ricorso FIAT c. Commissione, motivo n.1.

di *libera concorrenza*, lo stesso criterio utilizzato per dimostrare la sussistenza del requisito del *vantaggio*¹⁹². Secondo il governo statunitense, così facendo, la Commissione avrebbe indebitamente assunto le vesti di una *supra-national tax authority* con il compito di riesaminare le determinazioni delle autorità fiscali nazionali in materia di *transfer pricing*¹⁹³. Anche in dottrina il criterio del "vantaggio selettivo" ha ricevuto diversi rilievi critici¹⁹⁴. In particolare, è stato osservato che la deviazione dal principio di *libera concorrenza* sarebbe, unicamente, prova dell'attribuzione di un "vantaggio economico", ma non della natura "selettiva" di quest'ultimo¹⁹⁵.

In altre parole, la circostanza che un'impresa abbia ottenuto un regime fiscale vantaggioso grazie ad un *tax ruling* non sarebbe sufficiente a dimostrare che tale impresa sia stata trattata meglio delle altre: è possibile che queste ultime avrebbero beneficiato del medesimo trattamento fiscale a prescindere dalla richiesta di una decisione fiscale anticipata, così come non si può escludere che esse avrebbero ottenuto analoghi "vantaggi" fiscali se avessero a loro volta esercitato il diritto d'interpello¹⁹⁶. La stessa Apple ha sostenuto questa tesi in una lettera ai propri clienti europei, in cui afferma di aver ricevuto dalle autorità

¹⁹² U.S. Department of the Treasury, *The European Commission's Recent State Aid Investigations of Transfer Pricing Rulings*, libro bianco del 24 agosto 2016, www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf, p. 8.

¹⁹³ Gormsen L. e Mifsud-Bonnici C., Legitimate Expectation of Consistent Interpretation of EU State Aid Law: Recovery in State Aid Cases Involving Advanced Pricing Agreements on Tax, in Journal of European Competition Law & Practice, vol. 8, 2017, p. 424.

¹⁹⁴ Ibidem

¹⁹⁵ Gormsen L., op. cit. p. 375, secondo la quale la fusione del criterio della selettività con quello del vantaggio costituirebbe uno sviluppo potenzialmente pericoloso del diritto degli aiuti di Stato.

¹⁹⁶ In tal senso Russel D., Graham T., *The EU Commission's finding that Irish tax rulings in relation to Apple amounted to illegal state aid; reflections on this and the legislative underpinning of Common Reporting Standard*, in Trusts & Trustees, vol. 22, 2016, p.1043.

irlandesi "le stesse indicazioni che qualsiasi azienda attiva in Irlanda ha a disposizione" 197.

Ad un esame più attento, le critiche al criterio del "vantaggio selettivo" non si rivelano del tutto persuasive. Innanzitutto, l'applicazione da parte della Commissione del criterio del "vantaggio selettivo" non costituisce affatto una novità: già nella Comunicazione sulle misure di tassazione diretta del 1998 aveva ipotizzato che le prassi rimesse alla discrezionalità delle amministrazioni finanziarie nazionali potessero comportare un "vantaggio selettivo" per determinati contribuenti; negli anni successivi, la Commissione ha fatto ampio ricorso al criterio in parola nell'ambito del controllo degli "aiuti di Stato" e ciò tanto in decisioni relative a tax rulings a vantaggio di multinazionali europee¹⁹⁸, quanto in decisioni riguardanti aiuti di natura non fiscale¹⁹⁹.

Il criterio del *vantaggio selettivo* trova sicuro fondamento nella sentenza Commissione c. MOL, in cui la Corte di giustizia ha affermato che, quando un aiuto ha portata individuale, "l'individuazione del vantaggio economico consente, in linea di principio, di presumere la sua selettività"²⁰⁰.

Sebbene alcuni autori abbiano osservato che la presunzione di "selettività degli aiuti" individuali non dovrebbe trovare applicazione in ambito fiscale²⁰¹, in assenza di preclusioni in tal senso da parte della Corte di giustizia non sembra si

¹⁹⁷ Cook T., *Un messaggio alla comunità Apple in Europa*, post del 30 agosto 2016, www.apple.com/it/customer-letter/

¹⁹⁸ Il riferimento è alla decisione Excess Profit: cfr. Commissione europea, comunicato stampa IP/16/42, in cui si legge che il regime belga avrebbe avvantaggiato "almeno 35 multinazionali, prevalentemente dell'UE".

¹⁹⁹ Ad esempio la Decisione del 19 dicembre 2012, nei procedimenti SA.32014 (2011/C), SA.32015 (2011/C), SA.32016 (2011/C) (Tirrenia), in GUUE C 84, 22.3.2013, punto 218, in cui la Commissione ha applicato il criterio del "*vantaggio selettivo*" per valutare un aumento di capitale in una società di trasporto marittimo.

²⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, Commissione c. MOL Magyar Olaj-és Gázipari Nyrt, causa C.15/14 P, EU: C: 2015:362, punto 60.

²⁰¹ Tale è la tesi di Gormsen L., op. cit., p.374-375, motivata essenzialmente dall'esigenza di salvaguardare la sovranità fiscale degli Stati membri

possa rimproverare alla Commissione di aver applicato tale presunzione ai $tax\ rulings^{202}$, misure che per definizione hanno portata individuale²⁰³.

Nella sentenza World Duty Free Group²⁰⁴, poi, come si è visto nelle pagine precedenti, non solo la Corte di giustizia ha espressamente annoverato il "vantaggio selettivo", non già il "vantaggio" e la "selettività", tra i quattro elementi costituitivi della nozione di "aiuto di Stato"²⁰⁵, ma ha, altresì, affermato che, quando una misura è "a priori accessibile a qualsiasi impresa", il requisito della "selettività" non impone alla Commissione di individuare "una categoria specifica di imprese che siano le sole ad essere avvantaggiate dalla misura fiscale"²⁰⁶.

Tale affermazione sembra, quindi, confutare la tesi secondo la quale le decisioni impugnate non avrebbero dimostrato la natura selettiva dei *tax rulings*, in quanto i "vantaggi fiscali" da essi accordati sarebbero stati potenzialmente a disposizione di tutte le altre imprese operanti nello Stato membro in questione.

Nella pronuncia della Commissione c. World Duty Free Group SA, la Corte ha sovvertito il precedente giudizio del Tribunale ritenendo che avesse commesso un errore di diritto nel decidere l'annullamento parziale della decisione della Commissione basandolo sulla circostanza della mancata individuazione di una categoria di imprese che risultassero favorite dalla misura fiscale.

²⁰²Sarebbe un mero formalismo ritenere che il requisito della selettività deve sempre essere valutato a parte e non può mai coincidere con l'analisi del vantaggio economico attribuito dalla misura. Contra, Kyriazis D., From Soft Law, Law Journal, 2017, n.8, p. 433, secondo il quale la sentenza Commissione c. MOL non comporterebbe la fusione dei requisiti della selettività e del vantaggio, che avrebbero necessitato una disamina individuale.

²⁰³ Decisione Apple, punto 224: "Poiché i ruling fiscali contestati sono misure di aiuto individuali concesse esclusivamente ad [Apple], la constatazione che tali misure conferiscono un vantaggio ad [Apple] è già sufficiente per concludere che tale vantaggio sia di natura selettiva".

²⁰⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, Commissione c. World Duty Free Group SA e a., causa C-20/15 P, EU: C: 2016:981

²⁰⁵ Id., punto 53.

²⁰⁶ Id., punto 78 e ss.

Nelle conclusioni dell'AG Wathelet, presentate il 28 luglio 2016, emergeva che l'analisi sviluppata dal Tribunale era stata eccessivamente basata sulla ricerca formale, a scapito degli aspetti sostanziali che risiedevano nella effettiva esistenza di una differenziazione realizzata dalla misura fra imprese che operavano in una situazione analoga²⁰⁷.

Inoltre, secondo la Corte le condizioni imposte dalla misura non erano di per sé particolarmente restrittive e la circostanza che vedeva numerose imprese potervi averne accesso non metteva in dubbio il suo carattere selettivo, ma solo il "grado" di selettività²⁰⁸. A parere della Corte, infatti, il Tribunale avrebbe dovuto limitarsi a verificare se la Commissione aveva dimostrato il carattere discriminatorio della misura, essendo solo questo l'aspetto che sottolineava il grado di selettività. La sentenza World Duty Free Group SA ha aperto, dunque, un dibattito circa il criterio da utilizzare per risalire all'esistenza di selettività.

Ai fini dell'accertamento della selettività, occorre stabilire, preventivamente, l'esistenza di una categoria di imprese che siano le sole a beneficiare dalla misura e che possano essere identificate in base a caratteristiche "peculiari, comuni e specifiche" In quest'occasione la Corte ha fornito un'interpretazione autentica della sentenza Gibilterra (citata in precedenza) consentendo una migliore comprensione dell'effettiva portata di tale pronuncia e, soprattutto, una ricostruzione della nozione di selettività. La Corte, infatti, ha stabilito che la scelta del Tribunale di adottare un metodo di valutazione della selettività in materia tributaria tramite l'individuazione *ex ante* di una categoria di

²⁰⁷ Conclusioni dell'AG Wathelet presentate il 28 luglio 2016, cause riunite C- 20/15 P e C- 21/15 P, Commissione c. World Duty Free Group, par. 85

²⁰⁸ Ivi, par. 88

²⁰⁹ Perotto G., La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale, 2017,

 $in: https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/selettivita-in-aiuti-fiscali-estensione-dinozione-e-limiti\#_ftn34$

imprese specifica beneficiante, non risulta aderente alla precedente giurisprudenza sul tema.

Nella sentenza Gibilterra, infatti, la Corte aveva deciso che "la selettività di una misura fiscale può essere dimostrata anche se quest'ultima non costituisce una deroga al regime tributario comune, facendone bensì parte integrante"²¹⁰. Inoltre, "è sufficiente, al fine di dimostrare la selettività di una misura derogatoria a un regime tributario comune, che sia accertato che la stessa avvantaggia taluni operatori e non altri, laddove l'insieme di tali operatori si trova in una situazione oggettivamente analoga, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito da detto regime tributario comune"²¹¹. La sentenza Gibilterra aveva stabilito la possibilità di qualificare una misura come de facto selettiva, e che non vi fosse la necessità di individuare ex ante la categoria privilegiata, in modo particolare nel caso in cui si tratti di una misura derogatoria rispetto al regime ordinario.

Né sembra neppure che la differenza di trattamento tributario possa trovare fondamento nella circostanza che il contribuente si sia o meno avvalso del diritto d'interpello fiscale²¹². Nella sentenza World Duty Free Group, difatti, si afferma altresì che "un requisito di applicazione o di ottenimento di un aiuto fiscale può costituire il fondamento del carattere selettivo dell'aiuto stesso", se "conduce a mettere in atto una differenziazione fra imprese che nondimeno si trovano, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal regime tributario di cui si tratti, in una situazione di fatto e di diritto analoga"²¹³.

Posto che l'obiettivo della disciplina generale delle imposte sui redditi d'impresa è tassare l'utile di tutte le persone giuridiche residenti ²¹⁴ e quello

²¹⁰ Commissione c. World Duty Free Group SA et al. [GC], cit., par. 76

²¹¹ Ibidem

²¹² Tale è la tesi di Gunn A., Luts J., *Double taxation*, EC Tax Rev. 2 (2015), p. 122, secondo i quali le imprese che hanno richiesto un tax ruling versano in una situazione materialmente e giuridicamente diversa rispetto a quelle che non hanno esercitato tale facoltà.

²¹³ Sentenza World Duty Free Group, cit., punto 86.

²¹⁴ Decisione FIAT, punto 198.

dei *tax rulings* è chiarire l'applicazione di tali norme tributare ad un caso particolare, subordinare un trattamento fiscale preferenziale all'ottenimento di una decisione fiscale anticipata costituirebbe il fondamento del carattere selettivo dell'aiuto in questione, a prescindere dal numero, in ipotesi anche elevato, delle imprese beneficiarie²¹⁵.

La sentenza World Duty Free ha costituito un importante confine tra le precedenti impostazioni giurisprudenziali e le successive. Tuttavia, se da un lato è stata chiarita l'estensione delle valutazione della selettività, dall'altro non si è risusciti ad eliminare totalmente le contraddizioni interpretative. A esempio, il 19 dicembre 2018 la Grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata sulla questione pregiudiziale sollevata dalla Corte tributaria federale tedesca²¹⁶ nell'ambito di un procedimento che vedeva opposte la società A-Brauerei e l'Amministrazione Finanziaria del paese.

La Corte di Giustizia Europea ha ritenuto che l'esenzione concessa alla società A-Brauerei fosse "a priori selettiva" avendo introdotto una distinzione tra le società costituenti un gruppo e quelle indipendenti²¹⁷.

Nonostante l'esistenza di selettività, però, la misura è stata giustificata dalla natura generale del sistema tributario tedesco. La rilevanza della pronuncia risiede nell'aver individuato una giustificazione alla selettività volta alla limitazione della doppia imposizione.

La Corte è apparsa, dunque, ferma nell'applicare il metodo di analisi della *selettività a priori* codificato nel caso World Duty Free, al contempo, però, ha omesso un confronto con le problematiche relative al modo di intendere la selettività, che, di fatto, sembra sempre più distante dal dato letterale e dalla stessa ratio dell'art. 107 TFUE.

²¹⁵ In tale direzione, cfr. la sentenza World Duty Free Group, cit., punto 80.

²¹⁶ Nota con il nome di Bundesfinanzhof.

²¹⁷ Sentenza "A-brauerei" C-374/17.

Prima di analizzare le controversie sorte in merito ad alcuni *tax ruling* concessi, vale la pena ricordare che, l'esistenza di differenti sistemi tributari conferma la persistenza di tentativi di avvalersi dei vantaggi ad essi associati.

Inoltre, nonostante le diverse decisioni della Commissione che verranno analizzate nel prosieguo, è bene chiarire che, sebbene la loro evoluzione abbia contribuito a rendere più chiara l'interpretazione della normativa sugli aiuti di Stato, permangono ancora molte incertezze interpretative.

Il 16 dicembre 2021, ad esempio, l'Avvocato Generale della CGUE sebbene abbia respinto il ricorso ha ritenuto non legittima la pretesa di 30 milioni di euro di tasse arretrate che il Lussemburgo vantava dalla Fiat Crysler²¹⁸.

Tra le sue conclusioni si legge che "risulta che il Tribunale ha commesso un errore di diritto, nella sentenza impugnata, convalidando l'esame dell'esistenza di un vantaggio economico alla luce di un sistema di riferimento che comprende un principio di libera concorrenza che non trae origine dal diritto tributario nazionale, violando così anche le disposizioni che disciplinano la ripartizione di competenze fra l'Unione e i suoi Stati membri".

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Priit Pikamäe propone alla Corte di "respingere interamente l'impugnazione, ritenendo in particolare che il Tribunale abbia correttamente statuito che la Commissione non era tenuta a prendere in considerazione la dimensione infragruppo e transfrontaliera degli effetti della decisione anticipata in causa laddove essa ha verificato se tale decisione conferisse un vantaggio economico, e che i tre errori commessi, secondo la Commissione, nel calcolo della remunerazione dei servizi di tesoreria e di finanziamento forniti da Fiat Chrysler Finance Europe non consentivano di pervenire ad un risultato di libera concorrenza e potevano quindi fungere da base per la dichiarazione dell'esistenza di un vantaggio economico".

-

²¹⁸ I procedimenti sono noti come C-885/19 P Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione e C-898/19 P Irlanda c. Commissione.

La Commissione europea, come si vedrà, aveva stabilito diversamente e, a seguito dell'impugnazione della richiesta di pagamento dell'UE di fronte alla Corte Generale, persa dalla Fiat Chrysler, la decisione finale sembra dare, in parte, ragione alla società.

Più esattamente, la Fiat ritiene di non dover pagare le tasse arretrate, anche se lo stesso Avvocato reputa che l'appello avanzato debba essere respinto in quando fondato su argomenti da lui stesso definiti poco convincenti.

Nelle conclusioni si leggono anche conferme rispetto a quanto stabilito dalla Commissione, "la giurisprudenza relativa alla selettività invocata dall'Irlanda non autorizza un'interpretazione che conferisca alla nozione di "regime di aiuti" una portata più ampia di quella riconosciutale dal regolamento 2015/1589, come asserito da tale Stato membro. Pertanto, siffatta giurisprudenza non consente di respingere la qualificazione della decisione anticipata controversa come "aiuto individuale", quale risulta dai punti da 350 a 355 della sentenza impugnata. Di conseguenza, ritengo che il Tribunale non abbia commesso un errore nel dichiarare che la Commissione ha correttamente dimostrato il carattere selettivo della decisione anticipata controversa applicando la presunzione di selettività"²¹⁹.

La CGUE, che statisticamente segue quattro volte su cinque queste opinioni non vincolanti, deciderà nei prossimi mesi.

3.1 Inchieste giornalistiche LuxLeaks e Panama Papers

Il tema in oggetto ha una particolare rilevanza se si considera che anche diverse inchieste hanno provato l'esistenza di tentativi di risparmio di imposte da

²¹⁹Corte giustizia Unione Europea, Concl. Avv. Gen., 16-12-2021, n. 898/19, punto 193

parte dei contribuenti, basati su transiti di redditi in giurisdizioni a bassa pressione tributaria.

Il Luxembourg Leaks, o LuxLeaks (da Luxembourg e leak, perdita, termine che si riferisce alle notizie desecretate) è il titolo di un'inchiesta condotta da 80 giornalisti, di 26 Paesi, aderenti al Consorzio Internazionale dei Giornalisti Investigativi (ICIJ). Si trattava di un'iniziativa basata su informazioni segrete riguardanti una normativa fiscale creata in Lussemburgo. Grazie a accordi segreti e specifiche strutture finanziarie, approvati dal Tax office del Lussemburgo, molti colossi aziendali hanno goduto di regimi fiscali agevolati facendo perdere, con pratiche elusive, miliardi di entrate tributarie agli Stati in cui le multinazionali operavano in prevalenza.

Il risultato dell'inchiesta è stato reso pubblico nel 2014, e venne avallato da documenti che incastravano l'amministrazione finanziaria del Granducato e 343 aziende. Si trattava di accordi che garantivano una ufficialità legale sul piano del diritto interno del Lussemburgo, ma violavano le norme comunitarie sulla concorrenza e gli "aiuti di stato".

I documenti provavano che le aziende provenivano da 12 Paesi ed avevano risparmiato miliardi di tasse sui profitti, facendo transitare i capitali attraverso il Lussemburgo e pagando anche meno dell'1% di imposte.

Tra l'altro, l'agenzia di consulenza fiscale PricewaterhouseCoopers (PwC) forniva tutte le informazioni utili alle aziende per elaborare le proprie strategie finanziarie volte all'ottenimento di risparmi impositivi.

Panama Papers è, invece, il nome di un fascicolo riservato che fornisce informazioni dettagliate su oltre 214 000 società *offshore*²²⁰, includendovi le identità degli azionisti e dei *manager*. Si tratta di documenti che mostrano come persone fisiche siano riuscite a nascondere i propri capitali dal controllo statale²²¹.

²²⁰ Ovvero, aventi sede legale in "paradisi fiscali".

²²¹ Nei documenti sono menzionati i leader di cinque paesi (Arabia Saudita, Argentina, Emirati Arabi Uniti, Islanda e Ucraina) ma anche funzionari di governo di più di 40 altri paesi; tra

I fascicoli sono stati distribuiti ed analizzati da circa 400 giornalisti di 107 organizzazioni informative di oltre 80 paesi.

Il documento si compone di 11,5 milioni di report redatti tra gli anni settanta ed il 2015 dalla Mossack Fonseca²²².

Numerosi Capi di stato sono stati nominati all'interno dei Panama Papers, sono, inoltre, citati funzionari di governo ma, anche, parenti stretti e collaboratori di vari Capi di governo di più di 40 Paesi.

I documenti pubblicati identificano 61 familiari o collaboratori di primi ministri, presidenti o re. I fascicoli mostrano anche come il Primo Ministro islandese S. D. Gunnlaugsson abbia avuto un interesse nel fallimento delle banche del suo Paese, celato ricorrendo a società *offshore*.

Sono presenti nei Panama Papers anche dati inerenti a diversi imprenditori connessi con l'associazione mondiale calcistica, come l'ex Presidente della UEFA Michel Platini. Nell'ottobre 2021, l'International Consortium of Investigative Journalists ha reso noto un ulteriore esito dell'inchiesta condotta ed avente ad oggetto la presenza di patrimoni *offshore* di *leader* mondiali e miliardari cui è stato dato il nome di Pandora Papers. Si tratta di un sistema tramite il quale si creano scatole cinesi, ovvero società fittizie, tese a convogliare i profitti realizzati in patria in paradisi fiscali.

Dinanzi a tali procedure, la normativa internazionale in tema tributario cerca continuamente nuove soluzioni tese ad impedirle. In tema di *tax ruling*, molte sono state le decisioni assunte dalla Commissione europea volte a chiarire le interpretazioni della normativa esistente.

In base agli sviluppi della giurisprudenza, anche la Commissione ha iniziato a ritenere selettive tutte le misure che si pongono in deroga rispetto al quadro di

questi, Brasile, Cina, Francia, India, Malaysia, Messico, Malta, Pakistan, Regno Unito, Russia, Siria, Spagna e Sud Africa.

²²² Nel fascicolo sono contenute 1 117 026 immagini, 4 804 618 e-mail, 3 047 306 file in formato database, 2 154 264 pdf, 320 166 file di testo e 2 242 file in altri formati.

riferimento e che comportano un trattamento diversificato, qualificabile come tale sulla base di una valutazione di discriminazione²²³.

Di seguito, quelle più note.

3.2 Il caso Starbucks

In tema di "aiuti di Stato", tra le decisioni della Commissione che hanno contribuito a delinearne gli aspetti interpretativi va ricordata quella che ha riguardato la *Starbucks Manufacturing*.

A monte va ricordato che la Commissione ha espressamente contemplato la possibilità che i tax rulings possano profilarsi come aiuti di Stato nella Comunicazione sulle misure di tassazione diretta del dicembre 1998²²⁴.

Tale Comunicazione è stata basata su una serie di informazioni preliminarmente richieste ai Paesi membri ed aventi ad oggetto le loro pratiche fiscali. La sentenza della CGUE del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione avalla le formule adottate da quest'ultima per valutare l'esistenza di un "vantaggio selettivo" delle decisioni fiscali anticipate controverse.

Oggi, alla Commissione europea è possibile rivolgersi per invocare chiarimenti su *provvedimenti* (legislativo, normativo o amministrativo), *assenza di provvedimenti* o *pratiche* di Paese membro che, ad avviso del ricorrente, sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione. È proprio nell'esercizio di tali funzioni che sono state emesse alcune pronunce sul tema del *tax ruling*.

224 Comunicazione sulle misure di tassazione diretta, paragrafi 21 e 22. Ulteriori indicazioni di carattere generale al riguardo si rinvengono nel *Progetto di comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato* (gennaio 2014), nella versione definitiva di tale comunicazione (maggio 2016) e nel Documento di lavoro sulle decisioni fiscali anticipate della DG Concorrenza (giugno 2016)

²²³ Perotto G., La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale, 2017, op. cit.

La decisione *Starbucks*, ad esempio, è stata emessa il 21 ottobre 2015 ed ha visto la Commissione essere chiamata ad accertare la violazione delle norme sugli aiuti di Stato mediante lo strumento dei tax rulings²²⁵. Starbucks Manufacturing EMEA BV, con sede nei Paesi Bassi, si occupa della torrefazione del caffè e della distribuzione del prodotto tostato e di alcuni articoli ad esso complementari (tazzine, pasticceria, ed altro) ai punti vendita Starbucks diffusi in Europa, Africa e Medio Oriente. Nel 2008, le autorità olandesi avevano concordato un trattamento fiscale anticipato (ruling), che sarebbe stato vincolante per dieci anni, che ha consentito a Starbucks Manufacturing di compensare i propri profitti con gli importi che sarebbero stati corrisposti ad altre società, facenti parte del gruppo, dovuti per l'uso del know-how del processo di torrefazione oltre che per l'acquisto di chicchi verdi di caffè da sottoporre a processo di torrefazione. La Commissione ha ritenuto che le somme versate da Starbucks Manufacturing non riflettessero il corretto valore di mercato attribuibile al know-how, peraltro, nessuna società del gruppo e nessuna delle imprese indipendenti, a cui veniva affidato il processo di tostatura, versavano tale diritto. Anche il prezzo dei chicchi verdi di caffè sembrava sovrastimato, tenuto conto che esso risultava essere triplicato rispetto a quello osservato nel 2011. Tali ricostruzioni hanno consentito alla Commissione di concludere che, grazie al tax ruling contestato, Starbucks Manufacturing era riuscita a ridurre i propri debiti tributari di circa 20-30 milioni di euro. In base a tali osservazioni, la Commissione ha chiesto al governo olandese di recuperare tale somma. Nel 2019, il Tribunale

-

²²⁵ Commissione europea, La Commissione decide: i vantaggi fiscali selettivi concessi a Fiat in Lussemburgo e a Starbucks nei Paesi Bassi sono illegali ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato, comunicato stampa IP/15/5880 del 21 ottobre 2015. Si vedano inoltre i commenti di Iliopoulos T., The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?, in European State aid Law Quarterly, 2017, pp. 263-271; Wattel P., The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions, in I. Richelle, W. Schön, E. Traversa (a cura di), State Aid Law and Business Taxation, Springer, 2016, pp.185-194

dell'Unione europea ha annullato la decisione della Commissione europea. Secondo il tribunale, "la Commissione europea è stata incapace di dimostrare l'esistenza di un vantaggio a favore di Starbucks". La sentenza, inoltre, elenca una serie di errori compiuti dalla Commissione europea nel caso Starbucks. Un problema di rivisitazione delle interpretazioni fornite dalla Commissione ha riguardato il caso che ha coinvolto Fiat Finance and Trade Ltd.

3.2.1 II Caso Fiat Finance and Trade Ltd (FFT)

Il caso che ha coinvolto Fiat Finance and Trade Ltd si caratterizza per la ritenuta analogia dell'attività con quella delle banche.

La società lussemburghese *Fiat Finance and Trade Ltd (FFT)* ha ad oggetto sociale l'erogazione di prestiti alle società del gruppo *FIAT* operative in Europa. Nel 2015 la Commissione, è stata chiamata ad esprimersi sulla circostanza che vedeva le attività di FFT essere simili a quelle di una banca, per cui, i suoi imponibili avrebbero potuto determinarsi calcolando il rendimento del capitale impiegato dall'impresa per le attività di finanziamento. Ciò nonostante, nel 2012, le autorità lussemburghesi avevano emesso un *tax ruling* attraverso il quale avevano ridotto le imposte, sottostimando sia il capitale della *FFT*, sia il suo rendimento, rispetto ai tassi di mercato. La Commissione ha osservato che se tali valutazioni fossero state in linea con i valori medi di mercato, gli utili di *FFT*, tassabili in Lussemburgo, sarebbero venti volte più elevati. La Commissione ha perciò chiesto alle autorità lussemburghesi di recuperare le imposte non riscosse.

Gli esiti finali del caso in oggetto sono stati anticipati nelle pagine precedenti, ed evidenziano che le conclusioni esposte sono state rivisitate nei procedimenti successivi.

Ciò che è emerso, fino a questo punto, è che le questioni legate ai *ruling* hanno ad oggetto divere forme con cui è possibile ritenere essersi determinata una

sottrazione di imponibile. Se nel caso analizzato sono state rinvenute attività che non mostravano rendimenti in linea con quelli di mercato, nel caso che segue l'oggetto di indagine ha riguardato le il trasferimento di royalties da una società infragruppo ad un'altra.

3.2.2 Il caso Mc Donald

In virtù di due *ruling* fiscali adottati nel 2009 dalle autorità finanziarie lussemburghesi, *McDonald's Europe Franchising* (MDEF) non ha versato le imposte previste, nonostante i 250 milioni di euro di utile nel 2013.

MDEF aveva guadagnato tali somme grazie alle *royalties* pagate dai titolari dei contratti di *franchising* gestori dei *fast-food* in Europa e in Russia per il diritto di utilizzare il marchio McDonald's e i relativi servizi.

MDEF possiede, inoltre, filiali in Svizzera, e una negli Stati Uniti, che non svolge alcuna reale attività. Le *royalties* percepite dall'impresa con sede in Lussemburgo venivano internamente trasferite alla filiale statunitense.

A seguito di alcune segnalazioni fornite dalla stampa, la Commissione ha attivato un'indagine scoprendo che MDEF non pagava alcuna imposta sui suoi utili, né in Lussemburgo né negli Stati Uniti.

Infatti, il *ruling* del 2009 aveva stabilito che la società non fosse tenuta a versare l'imposta sulle società in Lussemburgo, in quanto i profitti realizzati sarebbero stati assoggettati a tassazione negli USA²²⁶.

Il *ruling* in oggetto stabiliva che la società fosse tenuta a trasmettere, annualmente, elementi di prova che dimostrassero che le *royalties* trasferite negli Stati Uniti dalla sede svizzera fossero state assoggettate a tassazione negli USA e

²²⁶ Tale provvedimento è stato giustificato facendo riferimento alla convenzione Lussemburgo-USA sulla doppia imposizione.

in Svizzera. Tuttavia, in base al diritto degli Stati Uniti, la società non era tenuta a pagare imposte. McDonald's aveva chiarito tale aspetto in occasione della richiesta di un secondo *ruling*, ritenendo che il Lussemburgo avrebbe, comunque, dovuto esentarla dall'imposizione in Lussemburgo, nonostante, il mancato versamento negli Stati Uniti²²⁷.

Nel settembre 2009, le autorità lussemburghesi avevano quindi adottato un *secondo ruling fiscale*, in base al quale McDonald's non era più chiamata a dimostrare che i suoi profitti fossero soggetti a tassazione negli Stati Uniti e che la società non dovesse versare alcuna imposta neppure in Lussemburgo.

La Commissione ha approfondito il caso coinvolgendo l'antitrust europeo che, nel 2018, ha assolto sia l'azienda che il Lussemburgo in quanto, la mancata tassazione di alcuni profitti sarebbe in linea con le sue leggi e il trattato sulla doppia tassazione Lussemburgo-Usa. Il caso si è concluso negando, nel caso in oggetto, l'esistenza di "aiuti di Stato".

3.2.3 Il caso Engie

Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma è stato accolto sia nell'ambito fiscale unionale che internazionale (basti pensare che esso si pone come fondamentale nei Principi contabili Internazionali IFRS).

La Commissione è intervenuta, nel caso Engie, stabilendo che per l'accertamento dell'esistenza di *aiuto di Stato*, sia necessario far prevalere la sostanza sulla forma. Il Tribunale dell'Unione europea²²⁸ si è occupato, nel 2018, di due diversi *ruling* preventivi concessi dall'amministrazione finanziaria

141

²²⁷ Baker P., The Week Of The 10 May 2021: *A Week Of State Aid, Transfer Pricing And Tax Rulings*, Intertax Wolters Kluwer,2021.

²²⁸ Nella sentenza pronunciata nelle cause riunite T-516/18 e T-525/18.

lussemburghese nel 2008 e nel 2010 in favore di società del gruppo francese *Engie*, con sede legale in Lussemburgo.

I *ruling* avevano concordato alcuni trattamenti fiscali aventi ad oggetto operazioni di finanziamento poste in essere tra alcune società del gruppo.

Un prestito ibrido convertibile poneva, però, questioni interpretative in merito alla qualificazione tributaria dei flussi finanziari in capo alle società coinvolte. I *ruling* consentivano di dedurre gli interessi passivi ma non avevano previsto il contestuale reddito imponibile in capo al finanziatore.

I ruling avevano, inoltre, confermato l'applicazione del regime di participation exemption (PEX) che beneficiava agli utili derivanti dal rimborso delle azioni. Nella sua decisione la Commissione aveva deciso che i ruling fiscali contestati celassero aiuto di Stato e che, pertanto, non fossero leciti. Nonostante il successivo ricorso, il Tribunale ha confermato quanto deciso dalla Commissione avendo intravisto un vantaggio selettivo nella deduzione degli interessi passivi non accompagnata da contestuale contabilizzazione dei profitti da interesse e nell'applicazione del regime di participation exemption²²⁹.

3.2.4 Il caso Nike e Converse

Il caso Mc Donald's non è stato l'unico ad avere ad oggetto l'impiego delle *royalties* nel verso della sottrazione di imposta, il caso che segue evidenzia come esse si possano prestare ad usi differenti, pur sempre finalizzati alla sottrazione di imponibile.

_

²²⁹ Kyriazis D., New Perspectives on Fiscal State Aid: Legitimacy and Effectiveness of Fiscal State Aid Control, Carla de Pietro (editor), Intertax, Wolters Kluwer, 2019

Nel 2006, 2010 e 2015 l'Amministrazione finanziaria olandese aveva accordato un *tax ruling* alla *Nike European Operations Netherlands* (Nike) e, nel 2010 e 2015, alla *Converse Netherlands* (Converse)²³⁰.

Le due società citate fanno parte del gruppo olandese *Nike Europe Holding*, a sua volta appartenente alla *Nike Inc.* avente sede negli Stati Uniti.

I tax rulings in oggetto riguardavano i transfer prices, sotto forma di royalties dovuti dalla Nike e dalla Converse ad altre società del "gruppo Nike". In base ad essi, tali royalties non vennero assoggettate ad imposta. In altre parole, le royalties sono state dichiarate deducibili dall'imponibile della Nike e della Converse. La Commissione ha stabilito che tali tax rulings conferissero un "vantaggio selettivo", laddove concedevano, alle società, di calcolare l'imposta sulla base di un profitto annuale inferiore a quello che si avrebbe se tali operazioni fossero calcolate ad un prezzo di libera concorrenza²³¹. La decisione della Commissione di annullare il tax ruling ha visto le società chiederne al Tribunale dell'Unione europea l'annullamento. Nel settembre 2021 il Tribunale ha rigettato il ricorso²³².

Secondo i giudici "Per quanto riguarda l'argomento secondo il quale i tax rulings in questione hanno soltanto carattere dichiarativo e non costituiscono un requisito preliminare né per l'esercizio di attività nei Paesi Bassi né per l'applicazione del principio di libera concorrenza, il Tribunale si richiama alla propria giurisprudenza in materia. Esso rileva che spetta alla Commissione confrontare l'utile imponibile del beneficiario con la situazione derivante dall'applicazione delle norme impositive ordinarie del diritto olandese ad un'impresa che si trova in una situazione di fatto comparabile ed esercita le

²³⁰ Decisione C (2019) 6, Commissione, 10 gennaio 2019, relativa all'aiuto di Stato SA.51284 (2018/NN) (GU 2019, C 226, p.29

²³¹ L'importo di quanto dovuto dalla Nike e dalla Converse non corrisponde a quanto sarebbe stato pattuito se avessero operato in condizioni di mercato per una transazione comparabile tra società indipendenti.

²³² Tribunale UE, Sentenza nella causa T-648/19

proprie attività in condizioni di libera concorrenza. In questo contesto, se i tax rulings accettano un determinato livello di prezzo per una data operazione infragruppo, occorre verificare se tale livello corrisponde a quello che sarebbe stato praticato in condizioni di mercato. Considerate le difficoltà inerenti a tale analisi, l'avvio del procedimento di indagine formale non può essere utilmente contestato. In aggiunta, nella fattispecie in esame erano soddisfatte le condizioni che consentivano di presumere in via provvisoria la selettività delle misure in questione³²³.

3.2.5 Il caso Apple Sales International e Apple Operations Europe

Il caso che segue si caratterizza per la particolare articolazione delle operazioni oggetti di indagine. La Commissione ha assunto la decisione sul caso *Apple*, il 30 agosto 2016, dopo un'investigazione durata oltre due anni²³⁴.

Apple Sales International e Apple Operations Europe sono società irlandesi facenti parte del gruppo Apple (al cui vertice si pone la statunitense Apple Inc.).

Le due società producono e vendono i prodotti *Apple* in aree geografiche varie in cambio di pagamenti annuali ad *Apple Inc.* che vengono destinati al finanziamento delle attività di R&S concentrate negli Stati Uniti. Nel 1991 e nel

 ²³³ Tribunale dell'Unione europea Comunicato stampa n. 124/21 Lussemburgo, 14 luglio 2021
 ²³⁴ Commissione europea, *Aiuti di Stato: l'Irlanda ha concesso ad Apple vantaggi fiscali*

illegali per un totale di 13 miliardi di EUR, comunicato stampa IP/16/2923 del 30 agosto 2016. Si vedano inoltre i commenti di Greggi M., Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings, in Quaderni costituzionali, 2016, pp.817-822; D'Agnone G., Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple - Ireland Tax Ruling, in European Papers, vol. 1, 2016, pp.1259-1261; Stuart E., Whether or Not to Bite the Apple: Some Implications of the August 2016 Commission Decision on Irish Tax Benefits for Apple, in European State Aid Law Quarterly, 2017, pp. 209 ss.; Kyriazis D., The Apple State aid investigation: fiscal State aid at its best, post del 15 ottobre 2014, in European Law Blog, http://europeanlawblog.eu/

2007 le autorità fiscali irlandesi hanno emesso due *tax rulings* che prevedevano che gli utili derivanti dalle vendite nelle seguenti aree: Europa, Medioriente, Africa e India sarebbero stati imputati ad *Apple Sales International* e *Apple Operations Europe*. Successivamente, tali utili venivano trasferiti ad una "sede centrale" non soggetta a tassazione in nessuno Stato. A seguito di tale *ruling*, l'aliquota fiscale effettiva si era attestata all'1% nel 2003 e allo 0,005% nel 2014. In base alle sue valutazioni, la Commissione ha concluso che non esistessero giustificazioni per tale ripartizione interna, poiché il ramo irlandese di *Apple* disponeva delle capacità operative per produrre profitti tramite la distribuzione dei prodotti *Apple*, mentre la *sede centrale* non aveva dipendenti, né uffici operativi. Pertanto, i profitti avrebbero dovuto essere assoggettati a tassazione in Irlanda.

La Commissione europea ha dunque ordinato ad Apple di pagare all'incirca 13 miliardi (più interessi) di tasse arretrate all'Irlanda ed equiparate ad aiuti di Stato, demandando però allo Stato irlandese il compito di calcolare l'ammontare esatto.

Dinanzi a tale decisione l'Irlanda ha opposto da subito una resistenza decisa; in realtà il comportamento irlandese è tutt'altro che paradossale: oltre al fatto che le imposte recuperate non si sarebbero tradotte in risorse "spendibili" presso l'elettorato ma, in base alle regole europee, avrebbero dovuto andare ad abbattere il debito pubblico, bisognava però considerare il timore di pesanti ricadute, e di effetto domino, per quanto concerne l'attrattività dell'Irlanda per le multinazionali (soprattutto americane), che a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, spinte anche dal regime fiscale particolarmente favorevole, ne avevano fatto la sede privilegiata per le operazioni sul mercato europeo. L'Irlanda ha dunque presentato ricorso alla Corte di Giustizia, con una serie di argomentazioni che, se disattese, avrebbero portato a nuovi equilibri nei rapporti tra Unione europea e sovranità fiscale degli Stati anche in materia di tributi diretti.

La decisione della Commissione è stata impugnata presso il Tribunale UE che ha messo la sua sentenza nel 2020²³⁵.

Secondo il Tribunale, la Commissione non ha presentato argomenti ed elementi di prova diretti a dimostrare che non era stata presa in considerazione la totalità dei costi che avrebbero dovuto essere qualificati come costi operativi e che tale mancata considerazione ha comportato un vantaggio selettivo per Apple. Essa non ha neppure cercato di dimostrare che il valore assegnato ai costi che erano stati presi in considerazione era troppo esiguo e che ne sarebbe derivato un vantaggio selettivo. Essa si è limitata a contestare il principio stesso della presa in considerazione dei costi operativi in quanto indicatore del livello degli utili.

La Commissione ha erroneamente concluso che le autorità irlandesi hanno concesso un vantaggio a Apple per non aver assegnato alle filiali irlandesi le licenze di proprietà intellettuale del gruppo Apple e, di conseguenza, tutti i ricavi commerciali ottenuti dalle vendite del gruppo Apple fuori dal continente americano. La Commissione avrebbe dovuto invece dimostrare che tali entrate rappresentavano il valore delle attività effettivamente svolte dalle filiali irlandesi tenendo conto, in particolare, da un lato, delle attività e delle funzioni effettivamente esercitate dalle filiali irlandesi di Apple e, dall'altro lato, delle decisioni strategiche prese e attuate al di fuori di queste filiali.

La Commissione non ha dimostrato errori metodologici che avrebbero portato a una riduzione degli utili imponibili in Irlanda; le carenze individuate non sono sufficienti per provare l'esistenza di un vantaggiò anticoncorrenziale. La Commissione non ha dimostrato, in virtù del suo ragionamento alternativo, che i *ruling* fiscali controversi erano la conseguenza del potere discrezionale esercitato dalle autorità fiscali irlandesi e che, di conseguenza, era stato concesso un vantaggio fiscale selettivo.

Pertanto, il Tribunale non ha riconosciuto che si trattasse di un caso di "aiuti di Stato".

²³⁵ Tribunale I grado UE sez. VII, 15/07/2020, n.778

Un aspetto particolare delle indagini fiscali è quello relativo alle attività aventi ad oggetto operazioni che non sono realizzate in modo esclusivo in un solo territorio. Amazon, che agisce tramite siti, rappresenta l'emblema delle società operative in tal senso. Di seguito, l'analisi di tale caso.

3.2.6 Il caso Amazon Europe Holding Technologies

Nel 2017 la Commissione ha portato a termine l'indagine inerente i *tax ruling* concordati con il gruppo *Amazon*²³⁶.

Nell'intervallo che va dal 2006 al 2014 le vendite in Europa del gruppo *Amazon* erano organizzate in modo da far sì che gli acquisti su un sito web fossero attribuite sempre alla società del gruppo con sede in Lussemburgo, *Amazon EU Sarl* (LuxOpCo)²³⁷ che contabilizzava gli utili e versava una *royalty* ad *Amazon Europe Holding Technologies* (LuxSCS) una società con sede in Lussemburgo non operativa, in quanto priva di dipendenti o attività commerciali. Quest'ultima versava a favore di *Amazon* negli Stati Uniti, somme annuali al fine di contribuire ai costi di sviluppo della proprietà intellettuale²³⁸. La Commissione ha ritenuto che gli importi delle *royalties* che *Amazon EU Sarl* ha versato ad *Amazon Europe Holding Technologies*, oggetto del *tax ruling* concordato con le Autorità finanziarie lussemburghesi nel 2003, sarebbero stati gonfiati.

²³⁶ Commissione Europea, Aiuti di Stato: *il Lussemburgo ha concesso ad Amazon vantaggi fiscali illegali per circa 250 milioni di EUR*, comunicato stampa IP/17/3701 del 4 ottobre 2017.

²³⁷ Commissione europea, *State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Amazon in Luxembourg*, comunicato stampa IP/14/1105 del 7 ottobre

on corporate taxation of Amazon in Luxembourg, comunicato stampa IP/14/1105 del 7 ottobre 2014. Si veda altresì il commento di Kyriazis D., Luxembourg, Amazon, and the State aid connection, post del 22 gennaio 2015, in State Aid Hub Blog, http://stateaidhub.eu

²³⁸ Aa. Vv., Enhancing fund transfer pricing (FTP) systems at a time when they are needed most, COMPLIANCEFINANCETAX & ACCOUNTINGLEGALNOVEMBER 04, 2021,EC tax, Walters Kluwer

Inoltre, in base al diritto lussemburghese, *Amazon Europe Holding Technologies* non era soggetta al pagamento delle imposte sulle società in quanto, artatamente, creata come società in accomandita semplice.

La Commissione ha stimato che quasi tre quarti dei profitti europei del Gruppo *Amazon* non sarebbero stati sottoposti ad imposizione con, conseguente, "vantaggio fiscale" di circa 250 milioni di euro. In base a tali valutazioni, la Commissione ha imposto il ricalcolo dell'importo delle imposte non pagate.

Nella decisione della Commissione sul caso Amazon si legge che: "il ruling fiscale in questione, tramite il quale il Granducato di Lussemburgo ha approvato un metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento (...) che ha consentito di determinare il suo debito in termini di imposta sul reddito delle società in Lussemburgo dal 2006 al 2014, da un lato, e la successiva accettazione della dichiarazione annuale relativa all'imposta sul reddito delle società fondata su tale ruling, dall'altro, costituiscono un "aiuto di Stato" (...)".

Successivamente, Amazon ha trasmesso una copia di un parere emesso nel 2017 dalla United States Tax Court, che rappresenta il Tribunale fiscale federale degli Stati Uniti, parere che si riferiva ad accordi previsti dal ruling in tale Paese. Inoltre, la società allegò una relazione sui *transfer prices* elaborata da un consulente fiscale privato.

Tale relazione puntava a verificare se la *royalty* pagata all'interno del gruppo, violasse il principio di libera concorrenza. In base alla valutazione della società di consulenza i prezzi praticati non andavano ad incidere in maniera sostanziale sulla forza contrattuale della società, ovvero non implicavano un vantaggio.

Tramite ricorsi (cause T-816/17 e T-318/18) si è puntato ad ottenere l'annullamento della decisione della Commissione che vedeva Amazon dovere restituire ingenti somme ritenute sottratte alle casse dello stato.

Il Granducato di Lussemburgo ed Amazon hanno chiesto la revisione della configurazione dei ruling in oggetto come "aiuti di Stato" e la rinuncia al recupero delle somme di cui è stato richiesto il recupero per mancato introito.

Le motivazioni della richiesta risiedevano nella mancanza di un concreto vantaggio dal *ruling* in oggetto.

Nella sua decisione, la Commissione aveva precisato di non avere applicato in maniera pedissequa le linee guida suggerite dall'OCSE preferendo ispirarsi al criterio stabilito dalla Corte nella sentenza Belgique e Forum /Commissione (C-182/03 e C-217/03, EU: C:2006:416). La Commissione aveva ritenuto che l'interpretazione del principio di libera concorrenza impiegato dall'AF lussemburghese aveva, però, fatto riferimento a tali linee guida, per cui i principi dell'OCSE dovevano essere presi in considerazione.

I giudici del Tribunale UE hanno rianalizzato il caso concludendo che la Commissione avesse commesso un errore di calcolo della remunerazione, senza valutare il livello che sarebbe stato realizzato in situazione di libero mercato. In latri termini, sebbene fosse stata rilevata l'esistenza di un meccanismo che riusciva a spostare redditi da una controllata ad un'altra, mancava la dimostrazione che ciò avesse creato un vantaggio effettivo.

Per ottenere una risposta occorreva confrontare ciò che accadeva nel mercato in situazioni simili, analisi che la Commissione aveva omesso.

In base a tale ricostruzione, le argomentazioni dei ricorrenti, Granducato di Lussemburgo e Amazon sono state accolte, ritenendo che la Commissione non fosse stata in grado di dimostrare l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE²³⁹.

Nel caso analizzato emerge come la Commissione abbia stabilito che le transazioni infragruppo, debbano rispettare *l'arm's length principle* sancito dall'art. 9 del Modello OCSE di Convenzione fiscale (M-OCSE) ma tale principio risulta affermato solo indirettamente tramite la ricerca di eventuali erogazione di

-

²³⁹ Tribunale UE, cause T-816/17 e T-318/18, 15 maggio 2021

aiuti di Stato selettivi. Ciò è evidente anche negli altri casi analizzati, e si spiega con la consolidata applicazione, da parte della Commissione, delle indagini sulla selettività delle misure che, di per sé, costituisce uno strumento indiretto per violare la libera concorrenza. In altri termini, la Commissione non si occupa di risalire alle ipotesi di violazione della concorrenza, che sono varie, quanto della implicazione che le misure tributarie hanno su tale aspetto.

3.3 Un'analisi del lavoro della Commissione: tra principi europei e implicazioni politiche

Il lavoro della Commissione analizzato nelle pagine precedenti non può non tenere conto di altri aspetti, oltre che di quelli elencati.

Secondo il Dipartimento del Tesoro americano l'azione della Commissione in materia di aiuti di Stato può incidere sul rispetto degli accordi bilaterali intercorsi tra Stati.

Se, ad esempio, un'impresa americana si considerasse danneggiata da un accordo tra uno Stato membro e un'impresa in esso residente, l'impresa con sede negli USA potrebbe ricorrere in base al Trattato bilaterale in vigore; in una circostanza del genere gli Stati Uniti e l'autorità fiscale dello Stato membro sarebbero, in base a quel Trattato, costretti a risolvere la disputa. Una decisione della Commissione in materia, che sconfessi cioè il contenuto dell'accordo di soluzione della disputa, potrebbe incidere su questo meccanismo introducendo incertezza per i contribuenti nel far ricorso al Trattato bilaterale, sollevando il dilemma per gli Stati membri tra rispettare l'accordo oppure la normativa sugli aiuti di Stato. Secondo il Dipartimento del Tesoro nemmeno l'eventuale adozione da parte della Commissione di linee guida che chiariscano il contenuto dell'arm's length principle come interpretato dalla Commissione stessa sarebbe una soluzione. Gli Stati non appartenenti all'Unione Europea non avrebbero

partecipato nemmeno indirettamente alla stesura di quelle linee guida il cui contenuto non è incorporato in alcun trattato internazionale per cui tali Stati sarebbero giuridicamente vincolati ai principi contenuti nelle stesse linee guida Secondo il Dipartimento del Tesoro la Commissione, in particolare nella sua azione di recupero retroattiva degli aiuti che sarebbero stati illegalmente concessi, vanificherebbe anche l'azione di coordinamento intrapresa in sede OCSE da parte degli Stati partecipanti al progetto BEPS, azione basata sulla nozione di *arm's length* elaborata dall'OCSE e dalla quale la Commissione si è discostata. Il comportamento della Commissione sarebbe contraddittorio dal momento che sconfessa il comportamento tenuto dalla UE come parte del G20 e quindi coinvolta nel progetto BEPS.

Gli USA lamentano inoltre che le decisioni della Commissione sono in effetti strumento di concorrenza fiscale sleale dal momento che gli aiuti recuperati risultano come imposte sul reddito pagate all'estero, che possono quindi essere oggetto di credito d'imposta negli USA per evitare doppia tassazione; in tal modo si avrebbe uno *shifting* di gettito dagli USA all'Unione europea, una impostazione peraltro non esente da critiche.

Gli altri punti sollevati dal Dipartimento del Tesoro riguardano questioni che fanno parte del più ampio dibattito, quelle cioè relative agli effetti negativi di una interpretazione "nuova" in materia di aiuti di Stato.

3.4 Il Primo intervento della Corte di Giustizia in merito ai rulings

Gli interventi della CGUE sul tema del *tax ruling* non sono numerosi, tuttavia merita attenzione una pronuncia, risalente al 2006 (sentenza Forum)²⁴⁰, in

²⁴⁰ CGUE, 22 giungo 2006, Forum 187 ASBL (C-217/03) contro Commissione delle Comunità europee.

cui sono stati innestati i principi valutativi che avrebbero, successivamente, guidato la Commissione.

Il "principio di libera concorrenza", ovvero principio delle condizioni di mercato o arm's length principle, impone di adeguare, ai fini fiscali, i prezzi delle operazioni infragruppo a quelli che le imprese indipendenti pattuirebbero per operazioni analoghe in normali condizioni di mercato. Secondo la Commissione, tale principio costituisce "un'applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del Trattato, il quale vieta le disparità di trattamento nella tassazione delle imprese che si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga"²⁴¹. Tale interpretazione si basa sulla sentenza Forum 187²⁴², in cui la Corte di giustizia ha statuito che un regime fiscale che si discosta dalla disciplina generale produce un vantaggio economico "se non consente di definire prezzi di trasferimento prossimi a quelli che sarebbero praticati in un regime di libera concorrenza"²⁴³. Parte della dottrina ha obiettato che in tale pronuncia i giudici europei non hanno menzionato espressamente il "principio di libera concorrenza"²⁴⁴ e, in ogni caso, non intendevano declinare tale principio come inteso dalla Commissione²⁴⁵.

La Commissione ha inoltre affermato che, nella misura in cui *l'arm's length principle* deriva direttamente dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, tale principio può essere utilizzato come criterio per la valutazione dei *tax rulings* emessi dalle autorità fiscali degli Stati membri anche se non è stato recepito nei rispettivi ordinamenti nazionali²⁴⁶.

²⁴¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, punto 172.

²⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione, cause riunite C-182/03 e C-217/03, EU: C:2006:416.

²⁴³ Id, punti 95-97

²⁴⁴ Douma S., Kardachaki A., *The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises*, in Intertax, vol. 44, 2016, p.751.

²⁴⁵ Gormsen L., op. cit., p. 381.

²⁴⁶ Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato, punto 172.

Le linee guida dell'OCSE individuano cinque modalità di calcolo dei prezzi di trasferimento che vengono considerati in linea con il principio dell'arm's lenght (comparable uncontrolled price, il risale price, il cost plus method, il transaction net margin e il transaction profit). I primi tre, che confrontano i termini delle transazioni tra imprese del gruppo con quelle intercorrenti tra imprese indipendenti, sono considerati maggiormente idonei a riflettere il valore economico della transazione e sono detti metodi tradizionali; agli altri due, che confrontano la profittabilità dell'impresa facente parte del gruppo con quella di imprese dello stesso gruppo che sono simili o imprese simili indipendenti, si fa ricorso quando non sia possibile utilizzare uno dei primi tre.

Con la sempre maggiore centralità che le imprese multinazionali hanno assunto sul mercato globale, diventa cruciale la questione dell'imputabilità dei profitti a imprese che fanno parte dello stesso gruppo, possibile strumento di violazione di norme del Trattato. La logica dell'impresa è quella di massimizzare i profitti, il che avviene anche tramite la minimizzazione del carico fiscale. La determinazione dei prezzi di riferimento può permettere di ridurre i profitti attribuendo ad esempio un prezzo elevato alle operazioni di acquisto infragruppo, e inoltre trasferire parte dei profitti in giurisdizioni con tassazione minore. Questo processo può contenere una componente di aiuto da parte dello Stato che ha un livello di tassazione ridotto rispetto a quelli nei quali operano le altre società del gruppo. La attribuzione di un *ruling* nel quale la determinazione dei prezzi di trasferimento avviene in linea con il principio dell'*arm's length* dovrebbe cautelare contro la qualificazione della misura come aiuto di Stato, e questa è sempre stata la posizione ufficiale.

Quanto analizzato lascia, comunque, insoddisfatta l'analisi relativa alla posizione della Corte, anche in considerazione della datazione della sentenza Forum e delle successive decisioni della Commissione.

Conclusioni

Il tax ruling è un accordo preventivo che consente di determinare anticipatamente il trattamento fiscale applicabile a talune operazioni. Nel sistema interno, ove il legislatore nazionale ha recepito la normativa europea (d.lgs. 15 marzo 2017, n. 32), il ruling è considerato un importantissimo strumento di dialogo preventivo capace di rafforzare le relazioni fiscali, favorendo, in questo modo, il raggiungimento della tax compliance. Le considerazioni che hanno accompagnato la presente trattazione evidenziano l'intenzione di valorizzare sul piano domestico le forme di collaborazione tra Fisco e contribuenti, prevedendo, da un lato, accordi preventivi per le imprese con attività internazionale e una particolare forma di interpello per i nuovi investimenti nell'ambito delle misure volte ad incentivare la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese, dall'altro, ridisegnando le varie tipologie di interpello al fine di riconoscere maggiore vigore a tale strumento di dialogo preventivo, già contemplato nel nostro ordinamento. Di qui, la necessità di operare un raffronto tra gli anzidetti istituti, soffermandosi anche sui probabili profili di criticità legati alla natura stessa dell'accordo preventivo. Nella seconda parte dell'indagine ci si è necessariamente occupati dell'art. 1, par. 3, della Dir. europea n. 2015/2376, recante modifiche alla direttiva n. 2011/16, che ha introdotto il nuovo art. 8-bis che definisce il campo di applicazione e le condizioni dello scambio automatico obbligatorio di informazioni sui ruling preventivi transfrontalieri e sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento, il quale si colloca nell'ambito delle politiche fiscali dell'Unione Europea volte a contrastare e prevenire fenomeni di evasione ed elusione fiscale. Quest'ultima, spinta dal timore che la sottoscrizione di accordi fiscali tra imprese e Amministrazioni finanziarie possa generare gravi irregolarità alterando, quindi, la concorrenza fiscale, ha esteso l'operatività delle procedure di cooperazione amministrativa trasparente in materia fiscale anche ai rulings. Da ultimo, si è volto lo sguardo alla disciplina europea concernente il divieto di aiuti di Stato, poiché, nelle procedure di *ruling*, i metodi di definizione anticipata delle disposizioni fiscali da applicare al caso concreto sottoposto all'attenzione dell'Amministrazione finanziaria, non devono in alcun modo falsare o minacciare la concorrenza, favorendo alcune imprese o produzioni a danno di altre.

Di recente, con il D. Lgs. 100/2020 l'Italia ha attuato nell'ordinamento interno le previsioni eurounitarie riguardanti l'istituzione dell'obbligo per gli intermediari di informare le autorità fiscali in merito ad alcuni meccanismi transfrontalieri potenzialmente utilizzabili a fini di pianificazione fiscale aggressiva. Si tratta di un ulteriore passo nella direzione di contrastare l'elusione e l'evasione fiscale internazionale. Peraltro, l'applicazione concreta di tali previsioni impone ai destinatari degli obblighi (consulenti dei contribuenti con attività internazionale e contribuenti stessi) una delicata attività interpretativa delle disposizioni di nuova introduzione.

L'elaborato ha analizzato le pronunce sul tema soffermandosi su quelle più rilevanti. Tra esse, quella Apple ha favorito la comprensione di alcune dinamiche. Confermando che anche attraverso i ruling fiscali gli Stati membri sono in grado di attribuire alle imprese aiuti di Stato vietati, il Tribunale, con la sentenza in commento, si è pronunciato su uno dei casi più dibattuti e complessi degli ultimi anni in questa materia, giungendo all'annullamento della decisione della Commissione per non avere quest'ultima provato la sussistenza né delle condizioni per attribuire tutte le funzioni aziendali (e i conseguenti utili) alle società irlandesi del gruppo Apple (approccio "per esclusione"), né di un vantaggio fiscale vietato. Secondo il Tribunale, quando la Commissione intende confrontare il livello di utili attribuito all'impresa interessata e quello conseguito da altra impresa che operi in normali condizioni di mercato, non può prescindere dalle norme nazionali per determinare la tassazione "normale" di un'impresa integrata. Se le norme interne equiparano le filiali di società non residenti alle società residenti, la Commissione può effettuare tale verifica applicando il principio di libera concorrenza.

Le problematiche relative all'elusione fiscale che si intende perseguire tramite i *tax rulings* trovano una soluzione ulteriore nel recente progetto della *minimum tax globale* sulle multinazionali, approvata dai leader del G20 nel vertice di Roma del 2021 che dovrà colpire, in particolare, i colossi del web, da Amazon a Facebook. È prevista un'aliquota minima del 15% da applicarsi sui profitti realizzati dalle multinazionali, in tal modo si mira ad evitare che queste ultime continuino a trasferire la propria sede fiscale in Paesi che prevedono un trattamento più favorevole. Dopo l'approvazione da parte dei capi di Stato e di governo, l'accordo sulla minimum tax deve essere trasformato in legge nei vari Paesi, con l'obiettivo di implementarla nel 2023.

Bibliografia

Aa.Vv., Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona, in M.P. Chiti, A. Natalini (a cura di), Bologna, 2012

Aa. Vv., Enhancing fund transfer pricing (FTP) systems at a time when they are needed most, COMPLIANCEFINANCETAX & ACCOUNTINGLEGALNOVEMBER 04, 2021, EC tax, Walters Kluwer

Alpa G., *Breve glossa*, in *Il recepimento della direttiva*, Appendice a C.M. Bianca – G. Alpa, (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996

Ascarelli T., *Disciplina delle società per azioni e legge antimonopolistica*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1955

Baker P., The Week Of The 10 May 2021: A Week Of State Aid, Transfer Pricing And Tax Rulings, Intertax Wolters Kluwer, 2021

Bobby C., A Method Inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings, in Chicago Journal of International Law, vol. 18, 2017

Bonazzi C., L'evoluzione della concorrenza e la globalizzazione dei mercati, in Dir. Ec., 1990

Capunzo R., Argomenti di diritto pubblico dell'economia, Milano, 2005

Carbone C.-Screpanti S. (a cura di), *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, ETI, Roma-Milano, 2000

Carullo A., Lezioni di diritto pubblico dell'economia, Padova, 1997

Cassese S., *Chi ha paura delle autorità indipendenti*? In Mercato, concorrenza, regole, n.3, 1999

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, 5[^] ed. Bologna, 2012 (I ed. 1995)

Chiti E., Le amministrazioni nazionali nel Trattato di Lisbona: la nuova competenza in materia di cooperazione amministrativa, in Funzione pubblica, 2010

Cisotta R., Criterion of Selectivity, in Hofmann H., Micheau C. (a cura di), State Aid Law of the European Union, OUP, 2016

Cook T., *Un messaggio alla comunità Apple in Europa*, post del 30 agosto 2016, www.apple.com/it/customer-letter/

Cosciani C., La politica di armonizzazione fiscale della Comunità Economica Europea, Quaderni dell'Associazione fra le società italiane per azioni XXXVII, 1982

Croce B., Einaudi L., *Liberismo e liberalismo*, in P. Solari (a cura di), Milano-Napoli, 1988

D'Agnone G., Illegal State Aids and Multinational Companies: The European Commission Decision on the Apple - Ireland Tax Ruling, in European Papers, vol. 1, 2016

De Nova G., I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni, in I contratti, 1998

Dos Santos A.C., L'Union européenne et la régulation de la concurrence fiscale, Broché ed. 2009

Douma S., Kardachaki A., The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises, in Intertax, vol. 44, 2016

Dragonetti A., Piacentini V., e Sfondrini A. *Manuale di fiscalità internazionale*. 8 edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2019

Falzea A., Effettività del diritto europeo, in Lipari N. (a cura di), Diritto privato europeo e categorie civilistiche, Napoli, 1998

Galli R., Corso di diritto amministrativo, Padova, 1994

Giangrande, G. (2018). Tax Rulings in the field of State Aid: Italian procedures and perspectives. Rivista di diritto tributario internazionale, (2), 171-200

Giordano, A., e Melis, G., *Diritto tributario europeo e internazionale : fonti,* principi, singole imposte, tutele stragiudiziali e processuali. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2020

Gormsen L., EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga, in Journal of European Competition Law and Practice, 2016

Gormsen L. e Mifsud-Bonnici C., Legitimate Expectation of Consistent Interpretation of EU State Aid Law: Recovery in State Aid Cases Involving Advanced Pricing Agreements on Tax, in Journal of European Competition Law & Practice, vol. 8, 2017

Greggi M., Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings, in Quaderni costituzionali, 2016

Gunn A., Luts J., Double taxation, EC Tax Rev. 2, 2015

Iliopoulos T., *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?*, in European State aid Law Quarterly, 2017

Infantino L., Metodo e mercato, Soveria Mandelli, 1998

Irti N., L'ordine giuridico del mercato, Laterza, 2004

Kyriazis D., From Soft Law, Law Journal, n.8, 2017

Kyriazis D., *Luxembourg, Amazon, and the State aid connection*, post del 22 gennaio 2015, in State Aid Hub Blog, http://stateaidhub.eu

Kyriazis D., *The Apple State aid investigation: fiscal State aid at its best*, post del 15 ottobre 2014, in European Law Blog, http://europeanlawblog.eu/

Kyriazis D., New Perspectives on Fiscal State Aid: Legitimacy and Effectiveness of Fiscal State Aid Control, Carla de Pietro (editor), Intertax, Wolters Kluwer, 2019

Libertini M., Diritto della concorrenza dell'Unione Europea, Milano, 2014

Lovecchio L., La trappola dell'inammissibilità mette alla prova i contribuenti, in Il Sole-24 Ore, 10 agosto 2001

Luja R., State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple?, in I. Richelle et al. (a cura di), State Aid Law and Business Taxation, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, vol. 6

Lupi R. e Covino S., *Istanze di interpello e corto circuito con controlli tributari in corso*, Dialoghi Tributario 3/2015

Mastellone P., L'Unione europea non riconosce la participation rights al contribuente sottoposto a procedure di mutua assistenza amministrativa tra autorità fiscali, in Riv. dir. trib., 2013

Melis G., Persiani A., The EU Blacklist: A Step Forward but Still Much to Do, EC tax Review, 2019/5.

Perotto G., La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale, 2017, in: https://www.europeanpapers.eu/en/europeanforum/selettivita-in-aiuti-fiscali-estensione-di-nozione-e-limiti#_ftn34

Melis G., Persiani A., *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in Dir. prat. trib., n.2, 2013, p.10267

Melis G., Persiani A., *The EU blacklist: a step forward but still much to do*, in EC Tax Review, Vol.28, Issue 5, 2019, pp.253-263.

Merola M., The Rebus of Selectivity in Fiscal Aid: A Nonconformist View on and Beyond Case Law, 2016, Yor

Miele L., Russo V., Deducibilità dei componenti negativi da operazioni con soggetti domiciliati in paesi a fiscalità privilegiata: l'esimente dell'attività commerciale effettiva, in Rass. trib., 2009

Nicolaides P., State Aid Rules and Tax Rulings, in European State Aid Law Quarterly, 2016

Oecd, Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue, 1998, https://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf.

Oecd / G20, Base Erosion and Profit Shifting, 2015, Lima.

Pace A., Agevolazioni fiscali. Forme di tutela e schemi processuali, Torino, 2018

Palmerini P., Il diritto di interpello negli ordinamenti stranieri, in Il Diritto di interpello, Roma, 2001

Panizzolo A., La protezione dei contribuenti contro i mutamenti della dottrina amministrativa nell'ordinamento tributario francese, Rivistafiscaleweb.it, 1999

Pepe F., Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali, in Riv. trim. dir. trib., n. 3/2017

Pepe F., "Concorrenza fiscale dannosa" e tax rulings: l'uso "strategico" dell'arm's length principle nella disciplina europea sugli aiuti di Stato e l'imprevista (?) "egemonia" della Commissione europea nell'area della fiscalità internazionale. 2018, in federalismi.it

Pepe F., "How to dismantle an atomic bomb": osservazioni sul caso Apple e sulla prima giurisprudenza europea in materia di rulings fiscali", in Riv. Trim. dir. trib., n. 2/2021

Pepe F., Dal diritto tributario alla diplomazia fiscale. Prospettive di regolazione giuridica delle relazioni fiscali internazionali, Cedam, 2020.

Perlingieri P., Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1991

Pistone P., La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale, in F. Amatucci, R. Cordeiro Guerra, L'elusione e l'evasione fiscale in ambito nazionale ed internazionale, Roma, 2016

Romano C., *Il ruling internazionale*, in AA.VV. (a cura di F. Tesauro), *Imposta sul reddito delle società* (Ires), Bologna, 2007 Rossi-Maccanico, P., Gibraltar and the Unsettled Limits of Selectivity in Fiscal Aids, in European State Aid Quarterly Review, 1, 2009

Russel D., Graham T., The EU Commission's finding that Irish tax rulings in relation to Apple amounted to illegal state aid; reflections on this and the legislative underpinning of Common Reporting Standard, in Trusts & Trustees, vol. 22, 2016

Russo P., Manuale di diritto tributario, Parte Generale, Milano, 2002

Salvini L., Diritto tributario delle attività economiche, Giappichelli, 2019

Salvini L., Aiuti di Stato in materia fiscale. Padova: CEDAM, 2007.

Schön W., *Transfer Pricing, the Arm's Lenght Standard and European Union Law*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2011-08, http://www.tax.mpg.de

Serranò M.V., Il diritto all'informazione e la tutela della buona fede nell'ordinamento tributario italiano, Rivista Il Fisco, 2001

Soler Roch M., Le misure fiscali selettive secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia sugli aiuti di Stato, Rivista di diritto tributario internazionale, fasc. 1, 2006

Stellacci P., *L'inversione del diritto di interpello, l'art. 37-bis, comma 8*, del DPR n. 600/1973, in Il Fisco, 2000

Stuart E., Whether or Not to Bite the Apple: Some Implications of the August 2016 Commission Decision on Irish Tax Benefits for Apple, in European State Aid Law Quarterly, 2017

Tinelli G., Istituzioni di diritto tributario. I principi generali, Padova, 2020

U.S. Department of the Treasury, *The European Commission's Recent State Aid Investigations of Transfer Pricing Rulings*, libro bianco del 24 agosto 2016, www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf

Valente P., Le indagini della Commissione europea in materia di "tax rulings" e aiuti di Stato, in Corriere tributario, 2014

Valente P. Manuale del transfer pricing. 4. edizione. Milano: Wolters Kluwer, 2018

Valente P. *Interpello internazionale : modelli di tax compliance preventiva .*Milano: Wolters Kluwer, 2017

Valente P. Patent box e gestione dei beni immateriali. Milano, Wolters Kluwer, 2017

Wattel P., The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions, in I. Richelle, W. Schön, E. Traversa (a cura di), State Aid Law and Business Taxation, Springer, 2016

Werner P., Verouden V. *EU State aid control: law and economics*, Kluwer Law Intl, 2016

Wittendorf J., *The Transaction Ghost of Article 9 (1) of the OECD Model*, in Bulletin for International Taxation, March 2009