

ISTITUTO DI ECONOMIA E FINANZA

DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI
FILOSOFICI ED ECONOMICI



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

PUBLIC FINANCE RESEARCH PAPERS

**ALCUNE RIFLESSIONI SULLE RECENTI DECISIONI DELLA COMMISSIONE IN
MATERIA DI RULINGS FISCALI**

MARCO BOCCACCIO

E-PFRP N. 28

2016

Marco Boccaccio

Università di Perugia

marco.boccaccio@unipg.it

Please cite as follows:

Marco Boccaccio (2016), "**Alcune riflessioni sulle recenti decisioni della Commissione in materia di rulings fiscali**", *Public Finance Research Papers*, Istituto di Economia e Finanza, DIGEF. Sapienza University of Rome, n. 28
(<http://www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni>).

E-PFRP N. 28

2016

Marco Boccaccio

**ALCUNE RIFLESSIONI SULLE RECENTI
DECISIONI DELLA COMMISSIONE IN MATERIA
DI RULINGS FISCALI**

Abstract

European Commission's negative decisions on some tax rulings: some reflections. European Commission has recently adopted some negative decisions regarding tax rulings issued by Luxembourg, The Netherlands and Ireland considered to be in violation of State aid control rules. These decisions has been criticized by many commentators since they would create uncertainty in the application of State aid control, would encroach upon Member States fiscal autonomy and misuse State aid control as a tool of countering harmful tax competition and tax avoidance practices on the part of Multinational Enterprises.

JEL Classification: .H 25, H 87, K 34

Keywords: Business taxation, State aid control, Multinational enterprises

1. Introduzione.

Il controllo degli aiuti di stato sotto forma di misure fiscali ha subito di recente un mutamento di direzione rispetto all'approccio tradizionalmente adottato. I due momenti maggiormente rappresentativi di questo "nuovo corso" sono stati la sentenza della Corte di Giustizia nel caso Gbilterra¹ da un lato e l'attenzione della Commissione per i ruling fiscali adottati dalle amministrazioni degli Stati membri dall'altro. Questa attenzione si è concretizzata in una indagine conoscitiva dapprima informale per sfociare poi nell'apertura di una serie di indagini formali alcune delle quali già concluse con decisione negativa. Questo processo ancora in atto lascia presagire ulteriori interventi e sviluppi.

Nella sentenza Gbilterra la Corte di Giustizia sembra aver abbandonato l'approccio tradizionalmente adottato nell'interpretazione del requisito della selettività dell'aiuto, basato sulla verifica della deroga rispetto al sistema di riferimento, un approccio risalente alla Comunicazione della Commissione del 1998 sugli aiuti di Stato concessi tramite misure di tassazione diretta² e diventato pietra angolare del sistema. La Corte nel caso Gbilterra ha utilizzato l'approccio economico, che vede il nucleo del divieto nell'effetto piuttosto che nella forma dell'aiuto, in modo più incisivo e secondo alcuni rivoluzionario rispetto al passato. Enfatizzando l'aspetto degli effetti di una misura rispetto ai profili formali è giunta a considerare come anche un sistema di tassazione in quanto tale può essere ritenuto suscettibile di violare la disciplina sul controllo degli aiuti di Stato perché, pur essendo disegnato in modo formalmente generale, tale generalità è solo apparente in quanto il sistema è selettivo in via sostanziale o *de facto*³. La misura fiscale diventa essa stessa il sistema di

¹ Joined Cases C 106/09 P e C 107/09 P Commission v Government of Gibraltar and United Kingdom [2011].

² 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.

³ "the planned reform was designed in such a way that despite the fact that advantages appear in law to be applicable equally to all companies in Gibraltar only a defined number of companies benefit *de facto* from the favourable tax rates" European Commission "Gibraltar planned corporate tax not in line with EU State aid rules", Brussels 30 march 2004, IP/04/404. Sul problema della possibilità che misure generali siano considerate *de facto* selettive ai sensi dell'articolo 107.1 TFUE cfr. Kurcz B., Vallindas D., 2008, "Can General Measures be...Selective?"

riferimento.

E' ancora aperto il dibattito se la sentenza Gbilterra rimarrà un caso isolato oppure costituirà la base per un cambiamento radicale del modo di interpretare la selettività spostando l'attenzione dalla misura derogatoria all'interno del sistema al sistema in quanto tale⁴. Ha però sicuramente rafforzato una via interpretativa che se non arriva direttamente a sconvolgere l'architettura del controllo degli aiuti rende possibile ampliarne l'orizzonte applicativo in una direzione e con esiti non del tutto prevedibili. Sono essenzialmente due le cause di preoccupazione sollevate dalla pronuncia della Corte. La prima consiste nella maggiore incertezza che deriverebbe per gli Stati membri nella scelta delle misure fiscali che possono adottare nel rispetto della disciplina sul controllo degli aiuti. La seconda riguarda la possibile compressione che in questo modo si determina surrettiziamente dell'autonomia degli Stati membri in materia di tassazione diretta, autonomia riconosciuta dal Trattato⁵.

Sullo sfondo della sentenza Gbilterra si scorge infatti la presenza di una finalità ultronea rispetto a quella propria del controllo che gli aiuti di Stato, cioè quella di evitare che essi finiscano per alterare il gioco concorrenziale all'interno del mercato unico; si tratta di una motivazione che si riconduce a un collegamento sempre più stretto tra il controllo degli aiuti e il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, collegamento stabilito alla fine degli anni '90 al quale si aggiunge ora anche il possibile ruolo che il controllo degli aiuti può avere in funzione anti elusiva. Il rapporto di complementarità tracciato in quel periodo tra le due tipologie di intervento rischia di diventare sempre più spesso un rapporto di parziale sostituibilità che incoraggia un utilizzo improprio del

Some Thoughts on the Interpretation of a State Aid Definition", *Common Market Law Review*, 45: 159-182.

⁴ Cfr. Temple Lang J., 2012, "The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment: a *Methodological Revolution?*", *European State Aid Law Quarterly*, 4, pp. 805- 812. Qualche decisione in tal senso sembra comunque già stata presa. Ad esempio I casi che riguardano l'Ungheria "Food Chain Inspecti-on Fee SA 40018 del giugno 2016, Tax on tobacco products SA 41187 del luglio 2016 e Advertisement tax del novembre 2016. Non si tratta però di decisioni che hanno per oggetto rulings fiscali.

⁵ Art. 115 TFUE in base al quale solo attraverso una votazione all'unanimità è possibile comprimerla. La materia fiscale è attualmente possibile oggetto di applicazione della così detta cooperazione rafforzata.

controllo degli aiuti per raggiungere obiettivi estranei alla logica della disciplina.

Questo aspetto costituisce l'anello di congiunzione tra il dibattito sorto in seguito alla sentenza Gbilterra e quello alimentato dai casi di ruling fiscali, dei quali più propriamente ci si occupa in questo articolo.

Il diffondersi della struttura multinazionale delle imprese che operano nel mercato europeo ha fatto emergere una serie di problematiche relative alla loro tassazione⁶ in particolare al modo di calcolare le rispettive basi imponibili da "imputare" alle diverse giurisdizioni nelle quali operano le imprese del gruppo; in questo contesto qual è il ruolo che le regole sui prezzi di trasferimento e i ruling fiscali che ne certificano l'idoneità possono rivestire per contribuire a risolverli? Quali sono gli eventuali problemi che questo tipo di soluzione implica? La Commissione ha prestato un'attenzione crescente a questi problemi. Una prima testimonianza di questa tendenza si trova nella recente Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto⁷ che sostituisce per la sezione relativa agli aiuti di tipo fiscale la precedente Comunicazione del 1998. In essa vengono evidenziati i profili di possibile violazione della disciplina operata tramite ruling fiscali per chiarire i punti di maggior contrasto e dubbio, secondo alcuni per giustificare e *regolarizzare* ex post l'interventismo in materia⁸. Una seconda dimostrazione d'interesse si trova nel fatto che la stessa Commissione dedica sul sito della Direzione Generale Concorrenza una apposita sezione ai problemi posti da questa tipologia di accordo il controllo degli aiuti di stato⁹.

Per quanto riguarda l'aspetto operativo, bisogna ricordare come a partire dal giugno 2013 la Commissione europea ha avviato una serie di indagini per raccogliere informazioni sulle prassi in materia di ruling fiscali poste in essere

⁶ Schön W., 2012, "Taxing Multinationals in Europe", Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, working paper 2012-11 <http://www.tax.mpg.de>

⁷ 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.

⁸ Groeberker C., 2015, "The Commission's Notice on State Aid and the Tax Ruling cases: Clarification or Justification?", su <http://kluercompetitionlawblog.com/2016/07/15/the-commissions-notice-on-state-aid-and-the-tax-ruling-cases-clarification-or-justification/>

⁹ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html.

da alcuni Stati membri istituendo una apposita *Task Force Tax Planning Practices*. La richiesta di informazioni è stata estesa nel 2014 a tutti gli Stati membri e parte delle indagini sono rimaste confinate a una dimensione informale per scaturire in alcuni casi nell'apertura di indagini formali¹⁰. Il sospetto era che tramite tali accordi alcuni Stati membri avessero concesso a imprese multinazionali vantaggi fiscali selettivi. La Commissione ha selezionato alcune tipologie di ruling fiscali sulle quali concentrare l'attenzione senza una definizione preventiva dei criteri in base ai quali effettuare tale scelta. Non si è trattato peraltro di un comportamento erratico ed arbitrario; esistono infatti alcuni elementi distintivi e delle regolarità nel suo comportamento, dal momento che l'interesse si è concentrato appunto sugli accordi che hanno come controparte dell'autorità fiscale imprese multinazionali e che hanno per oggetto il modo in cui tali imprese multinazionali hanno determinato i prezzi di riferimento delle transazioni interne al gruppo a fini fiscali.

Nel novembre 2014 un gruppo di giornalisti appartenenti all' *International Consortium of Investigative Journalists* ha pubblicato a sua volta una serie di documenti relativi a ruling fiscali concessi nel periodo tra il 2002 e il 2010 dallo Stato del Lussemburgo a 350 società multinazionali stabilite nel Granducato. Si tratta del così detto scandalo Luxleaks¹¹ che ha avuto come prima conseguenza quella di condurre alla modifica della disciplina lussemburghese sugli accordi fiscali accrescendo la trasparenza e l'attribuzione ad una Commissione ad hoc della competenza su tali accordi¹². La

¹⁰ Le indagini informali riguardano Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Lituania, Malta, Portogallo, Romania, Slovacchia, Spagna, Svezia e Ungheria, mentre le indagini formali riguardano Belgio, Lussemburgo, Irlanda, Paesi Bassi e Gibilterra cfr. Luja R., 2015, "EU State Aid Law and National Tax Rulings", European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policy, IP/A/TAXE/2015-02.

¹¹ The Guardian "Luxembourg tax files: how tiny state subber-stamped tax avoidance on an industrial scale", <http://www.theguardian.com/business/2014/nov/05/-sp-luxembourg-tax-files-tax-avoidance-industrial-scale>

¹² "Regolamento granducale del 23 dicembre 2014 relativo alla procedura applicabile alle decisioni anticipate in materia di imposte dirette e istitutivo della Commissione per le decisioni anticipate", pubblicato in Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg ; per un E-PFRP N. 28

pubblicazione non riguardava una documentazione del tutto inedita, parte di essa era stata infatti in circolazione almeno da un paio di anni. Tali rivelazioni hanno però assunto particolare clamore in quanto si sono inserite in un più ampio movimento di interesse internazionale sui problemi che la digitalizzazione dei capitali e dei servizi e la delocalizzazione produttiva hanno sollevato per una corretta tassazione delle imprese multinazionali¹³.

Proprio in seguito a questo scandalo il Parlamento europeo ha deciso di istituire una commissione speciale che si occupasse dei ruling fiscali, il così detto comitato TAXE¹⁴; in base al rapporto presentato dal comitato TAXE il Parlamento ha adottato una risoluzione nella quale ha incorporato i risultati del comitato sottolineando come in materia non si sia proceduto a significativi passi in avanti dal punto di vista pratico. In seguito al termine del periodo in cui ha operato il comitato TAXE è stato istituito un nuovo comitato TAXE 2 per proseguire il lavoro del primo comitato e cercare di affrontare i principali nodi irrisolti¹⁵. Nella risoluzione precedentemente citata il Parlamento ha espresso chiaro sostegno all'azione intrapresa dalla Commissione europea in materia di ruling fiscali in quanto possono rivelarsi strumento di concessione di aiuti di stato incompatibili col mercato interno, e ha sollecitato la Commissione stessa non solo a proseguire nella sua azione con riferimento particolare alle situazioni segnalate nell'ambito di Luxleaks ma al contempo anche ad estendere l'attenzione ad altre situazioni che per la propria natura o per gli effetti prodotti presentano somiglianza a quelle già condannate.

Per quanto riguarda procedimenti attivati formalmente che riguardano accordi su metodi per calcolare i prezzi di riferimento (*transfer pricing*), si tratta di

breve commento "Luxembourg establishes frame work for new tax ruling practice", *Global Tax Alert*, 30 gennaio 2015.

¹³ Sul tema ad esempio Trovato M., 2015, "Accordi fiscali e aiuti di Stato", *IBL focus* n. 247 e Trovato M., 2014, "La tassazione dell'economia digitale. Una soluzione in cerca di un problema?", *IBL Special Report*, 18 ottobre 2014, http://brunoleonimedia.it/public/Papers/IBL_SR-Tassazione_Digitale.pdf

¹⁴ Decisione del Parlamento europeo del 12 febbraio 2015 sull'istituzione di un comitato special sui ruling fiscali e altre misure simili per la loro natura, gli effetti che producono, i poteri esercitati, la loro forza numerica e i termini <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA-2015-0039+0+DOC+XML+v0//EN>

¹⁵ Special Committee on Tax Rulings and Measures Similar in Nature and Effect (TAXE 2)
E-PFRP N. 28

procedimenti che hanno coinvolto il Lussemburgo (Fiat Financing and Trade Ltd¹⁶, FFT, e Amazon¹⁷), l'Irlanda (Apple¹⁸) e i Paesi Bassi (Starbucks¹⁹). La Commissione ha adottato in tre di questi casi (Lussemburgo per FFT, Paesi Bassi per Starbucks, Irlanda per Apple) una decisione negativa, stabilendo il recupero degli aiuti illegalmente concessi sotto forma di risparmio d'imposta ottenuto grazie ai rulings fiscali. La stima dell'aiuto è pari "ad almeno 20 milioni di EUR per ciascuna impresa" nei primi due casi²⁰ e 13 miliardi nel terzo.

Come già accennato a proposito della sentenza Gbilterra, anche l'azione della Commissione ha sollevato diversi dubbi di natura simile, dubbi che possono essere riassunti nei seguenti punti:

- a) Innanzitutto la Commissione ha utilizzato in modo improprio lo strumento della disciplina del controllo degli aiuti di Stato, che da elemento della strategia di *competition policy* finalizzata alla costruzione e tutela di un mercato interno concorrenziale verrebbe piegata a strumento di lotta alla concorrenza fiscale dannosa. Questa svolta nell'uso degli aiuti di Stato sarebbe stata incentivata dalla necessità di ovviare ai problemi che il processo di armonizzazione fiscale ha incontrato sul piano politico a causa del requisito dell'unanimità.

- b) L'azione della Commissione così come si è evoluta nel corso del tempo oltre a distorcere l'uso proprio di uno strumento normativo finisce per incidere sull'autonomia degli Stati membri in materia di tassazione diretta, la cui competenza è riconosciuta loro in maniera esclusiva dal Trattato e che può essere compressa dalla volontà degli Stati stessi tramite decisione all'unanimità. Non solo, ma sostituendosi agli Stati

¹⁶ SA 38375

¹⁷ SA 38994

¹⁸ SA 38373

¹⁹ SA 38374

²⁰ 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, 21 ottobre 2015, IP/15/5880.

membri nella definizione della base imponibile per la tassazione delle società di imprese che molto spesso sono extraeuropee, segnatamente americane, incide su un processo di natura politica, quello dei rapporti tra Stati Uniti e Unione Europea al fine di risolvere eventuali questioni di tax avoidance o concorrenza fiscale dannosa²¹

- c) L'impostazione adottata dalla Commissione incide sulla certezza giuridica. I rulings fiscali sono infatti strumenti leciti che possono anzi contribuire a migliorare il rispetto della normativa incrementando il livello di certezza interpretativa²². La stessa Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato ne afferma la liceità in linea di principio²³. Questa presunzione fa sì che di norma tali rulings non vengono notificati dagli Stati membri alla Commissione. Essi possono però in alcuni casi rivelarsi strumento per il conferimento di vantaggi selettivi ad alcuni soggetti in violazione della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato. Il collegamento di indagini relative a questi aspetti problematici con strategie a più ampio respiro di contrasto della concorrenza fiscale dannosa comporta il rischio di finire per rovesciare la presunzione di liceità dei rulings. Questo mutamento di impostazione introduce un elemento di incertezza sia per gli Stati che per le imprese che hanno fatto affidamento su quegli accordi sulla presunzione della loro liceità ribadita dalla stessa Commissione. L'intervento della Commissione può, in particolare, incidere su accordi intervenuti molti anni prima, come avvenuto nel caso Apple dove il primo risale al 1991, introducendo un elemento di retroattività che altererebbe la stabilità del sistema. Anche su questo punto una particolare sensibilità è stata manifestata dalle autorità americane, dal momento che come detto

²¹ De Novio N. J., Righini E., Gibbs N.N., "State aid: What it is, and How it May Affect Multinationals and Tax Departments", *Tax Executive*, 6 aprile 2016.

²² Per un atteggiamento critico sulla capacità dei ruling fiscali di accrescere la certezza giuridica cfr. Givati Y., 2009, "Resolving Legal Uncertainty: the Unfulfilled Promise of Advance Tax Rulings" www.law.harvard.edu/programs/olin_center

²³ European Commission, "Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107 (1) TFEU" Brussels, 2016.

sovente le imprese multinazionali coinvolte sono appunto statunitensi. Così la U.S. Chamber of Commerce ha sottolineato come l'approccio adottato dalla Commissione *“inject a significant degree of uncertainty into the business climate, retroactively calling into question thousands of tax arrangements that were previously understood to be legal and appropriate”*²⁴. Evidentemente in questa protesta proveniente da oltreoceano c'è la velata accusa che le autorità europee tendano a penalizzare le imprese americane rispetto a quelle europee; in altri termini l'azione della Commissione nasconderebbe finalità protezionistiche.

- d) Su un piano più specifico, il nuovo corso farebbe sorgere alcuni problemi applicativi dell'articolo 107.1 TFUE stesso. La Commissione si sarebbe infatti discostata dalle linee da essa stessa indicate nella Comunicazione del 1998 sulla applicazione della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese e che hanno informato altre decisioni in materia. Questa comunicazione è stata revocata e sostituita da quella sulla nozione d'aiuto ma era in vigore quando le decisioni negative sono state prese e soprattutto quando i rulings sono stati accordati dagli Stati membri alle imprese coinvolte.

Nella presente nota si intende fare il punto della situazione. In primo luogo si tratteggeranno brevemente i casi sottoposti a indagine formale da parte della Commissione e per i quali è stata adottata una decisione negativa attualmente soggetta a ricorso. La questione verrà inquadrata nell'ambito più generale dell'applicazione del controllo degli aiuti alla materia fiscale, con le peculiarità che si presentano in questo ambito. Verranno poi sintetizzate le caratteristiche che portano un ruling fiscale a rientrare nell'ambito del divieto di cui all'articolo 107.1 TFUE. Nella terza parte saranno sintetizzate le principali

²⁴ U.S. Chamber Statement on EU State Aid Decisions October 21, 2015, <http://www.uschamber.com/press-release/us-chamber-statement-eu-state-aid-decisions>

questioni ancora aperte.

2. I casi.

Innanzitutto i tre casi per i quali la Commissione è già arrivata ad adottare una decisione.

Fiat Finance and Trade è una società del gruppo Fiat con sede a Lussemburgo e branches a Londra e Madrid, svolge servizi di tesoreria e finanziamento per le operazioni del gruppo Fiat al di fuori dell'Italia ed è società madre rispetto a Fiat Financing North America e Fiat Financing Canada. Trattandosi di una società finanziaria le sue attività sono assimilabili a quelle di una banca per cui l'utile imponibile può essere calcolato il rendimento del capitale impiegato.

Nel 2012 la società in questione ottiene dalle autorità fiscali lussemburghesi un Advanced pricing arrangement della validità di tre anni basato su una analisi effettuata dai consulenti fiscali della società relativa a un particolare metodo di calcolo di prezzi di trasferimento. Il metodo utilizzato è quello del Transactional net margin (TNMM), con il quale non si cerca di ricostruire il prezzo della transazione ma il livello dei profitti netti. Si tratta di uno dei metodi individuati nelle linee guida OCSE che dovrebbero corrispondere ai prezzi arm's length²⁵.

Nel caso in questione si applica un tasso di rendimento fisso pari allo 6,05 per cento a una parte dell'*equity* che si assume corrispondere al capitale minimo richiesto dai criteri fissati da Basilea II²⁶. Non viene incluso il capitale equity detenuto in FFNA e FFC mentre alla restante porzione, considerato "capitale in eccesso", viene applicato un tasso di remunerazione pari all'0,8 per cento. In seguito a questo metodo di calcolo la base imponibile risultava essere pari a circa 2,5 milioni di euro, vale a dire più o meno 10 milioni di euro per ogni anno rientrante nell'*advance price agreement*.

²⁵ OECD, 2010, "Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations", 18 agosto 2010, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-guidelines.htm>

²⁶ Bank for International Settlements, "Basel II: International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: a Revised Framework", giugno 2006, <http://bis.org/pub/bcbs128.htm>

La Commissione contesta questa procedura sotto diversi aspetti: la determinazione del capitale costitutivo della base imponibile “è decisamente inferiore al capitale effettivo della società”; “la remunerazione stimata applicata a un capitale già molto ridimensionato a fini fiscali è anch’essa decisamente inferiore ai prezzi di mercato”²⁷; il TNMM benché uno dei metodi individuati dall’OECD non è in tutte le circostanze il metodo più affidabile per determinare il valore reale di certe attività finanziarie, sarebbe stato più opportuno utilizzare ad esempio il metodo così detto del “comparable uncontrolled price (CUP), anch’esso indicato nelle linee guida dall’OECD; infine, utilizzare un tasso fisso di remunerazione per l’intero periodo coperto dall’advance price agreement non garantisce l’aderenza all’arm’s length principle a causa delle variazioni di performance che si verificano verosimilmente durante quello stesso periodo. Da queste considerazioni segue che secondo la Commissione l’utile imponibile che FFT avrebbe dovuto dichiarare sarebbe stato venti volte maggiore rispetto a quello effettivamente dichiarato.

Il secondo caso già deciso dalla Commissione è quello che riguarda la concessione di aiuti di Stato da parte dei Paesi Bassi a **Starbucks**. La società Starbucks Manufacturing EMEA BV con sede nei Paesi Bassi ha come attività quella della torrefazione di caffè del gruppo Starbucks in Europa e vende e distribuisce prodotti in qualche modo collegati al caffè nei punti vendita del gruppo in diversi paesi, non soltanto in Europa ma anche in Medio Oriente e in Africa. La società acquista i chicchi verdi di caffè da un’altra società del gruppo, la Starbucks Coffee Trading SARL, e poi versa delle royalty per il brevetto relativo a un particolare metodo di tostatura del caffè a un’ulteriore società, Aiki, appartenente sempre allo stesso gruppo e con residenza nel Regno Unito. Nel 2008 la società Starbucks Manufacturers ha ottenuto un ruling fiscale dall’autorità olandese con il quale la remunerazione veniva fissata in un mark up tra il 9 e il 12 per cento rispetto a una determinata base di costi. Il ruling consiste anch’esso in una applicazione del metodo TNMM.

²⁷ Citazioni dal comunicato stampa della stessa Commissione Europea, IP/15/5880
E-PFRP N. 28

Secondo la Commissione europea il prezzo d'acquisto dei chicchi verdi di caffè sarebbe gonfiato dal momento che il margine di profitto risulta molto basso, corrispondente a una società con profilo di rischio molto ridotto il che appare inverosimile; in secondo luogo la base di costo sulla quale applicare il *mark up* appare eccessivamente ridotta tramite l'esclusione di alcune componenti di costo; infine le royalty pagate sembrano troppo elevate, calcolate come profitto residuo senza alcun riferimento a quelle che solitamente sono le basi di calcolo delle royalty affinché siano in linea con l'*arms lenght principle*.

Apple. Infine il caso più recente quello che ha l'ammontare decisamente più alto stimato di aiuto e che riguarda un periodo temporale molto ampio. Riguarda due ruling fiscali, il primo risalente al 1991 poi rinnovato con un secondo ruling del 2007 e terminato nel 2015. Apple avrebbe pagato sugli utili maturati un'imposta sulle società che è andata calando a partire dall'1% del 2003 fino allo 0,0005 % del 2014. Gli aiuti incompatibili da recuperare riguardano il periodo d'imposta che corre dal 2003 al 2014.

Il gruppo Apple per la parte rilevante al caso in questione è articolato su due società di diritto irlandese, la Apple Sales International e la Apple Operations Europe detenute al 100% dal gruppo Apple la cui società apicale è la Apple inc. Queste due società sono detentrici dei diritti d'uso della proprietà intellettuale per la fabbricazione e la vendita dei prodotti di Apple Inc. per il cui uso effettuano versamenti alla casa madre su base annua al fine di finanziare l'attività di ricerca e sviluppo che viene intrapresa negli Stati Uniti per conto delle due società irlandesi suddette. La maggior parte dei versamenti viene effettuata da Apple Sales International e contribuisce a finanziare oltre il 50 per cento dell'attività di ricerca e sviluppo intrapresa dalla società Apple negli USA al fine di sviluppare la sua proprietà intellettuale a livello mondiale. Questi versamenti sono dedotti a fini fiscali in Irlanda abbattendo l'imponibile. Inoltre, il sistema di vendite in Europa era strutturato in modo da far sì che l'acquisto dei prodotti di Apple Sales International fosse contrattualmente imputato in Irlanda piuttosto che ai negozi dai quali venivano materialmente acquistati. Vendite e utili, ovunque conseguiti, erano pertanto imputati alla

società di diritto irlandese e tassati in base alla legislazione fiscale di quel paese. La parte restante degli utili è imputata a una sede centrale che è semplicemente virtuale, nel senso di non avere dipendenti né uffici propri e la cui attività si limitava alla determinazione di decisioni relative alla distribuzione dei dividendi, alla definizione di alcune questioni amministrative e alla gestione di tesoreria. Gli utili attribuiti a questa sede centrale non venivano pertanto assoggettati a tassazione non facendo capo direttamente ad alcuna giurisdizione. I ruling fiscali oggetto dell'indagine hanno certificato questo stato di cose così che ad esempio nel 2011 a fronte dei 16 miliardi di euro di utili registrati da Apple Sales International solo 50 milioni costituivano l'imponibile in Irlanda. Analoga situazione si è verificata per quanto riguardava Apple Operations Europe, responsabile della fabbricazione di alcune linee di computer.

3. Aiuti di Stato e misure fiscali: il quadro generale

Come già sottolineato nella parte introduttiva, una delle critiche alle decisioni della Commissione in materia di *ruling* fiscali riguarda il possibile sconfinamento dai poteri propri della Commissione per incidere sull'autonomia fiscale degli Stati riconosciuta a livello di Trattato. Questo problema di *regolamento di confini* ha direttamente o indirettamente sempre influenzato l'applicazione del controllo sugli aiuti di stato alle misure di natura fiscale inducendo una certa cautela. Pur ammettendosi fin dagli albori del processo di integrazione europea che la nozione di aiuto di Stato fosse più ampia rispetto a quella di sussidio²⁸, e riguardasse quindi non solo gli impieghi diretti di risorse pubbliche ma anche la rinuncia a entrate alle quali altrimenti il bilancio pubblico avrebbe diritto nella logica delle *tax expenditures*²⁹, i casi di aiuto di stato fiscale sono stati numericamente ridotti. Ciò è soprattutto significativo se si considera che l'ammontare degli aiuti concessi sotto forma di misura fiscale

²⁸ Caso de Gezamenlijke Stenkolenmijnen in Limburg v High Authority of the European Coal and Steel Community.

²⁹ L'analogia con il concetto di spesa fiscale (*tax expenditure*) è interessante in quanto in entrambi i casi la presenza rispettivamente della spesa fiscale e dell'aiuto si misura come deviazione da un benchmark di tassazione ritenuta "normale".

E-PFRP N. 28

è sempre stato rilevante³⁰.

La situazione muta decisamente verso la fine degli anni '90 in corrispondenza della crisi del processo di armonizzazione fiscale, bloccatosi dopo la “bocciatura” del Rapporto Ruding nel 1992. L’ avanzamento dei processi di globalizzazione economica, di evoluzione tecnologica e l’ integrazione crescente del mercato dei capitali in atto in quegli anni favoriscono in modo esponenziale rispetto al passato l’ attivarsi di un certo grado di concorrenza tra giurisdizioni finalizzata ad attirare attività economiche. La concorrenza fiscale consiste nella “appropriazione” di porzioni di base imponibile da parte della giurisdizioni che offrono condizioni fiscali più attraenti innescando quel meccanismo che viene chiamato dagli economisti “*beggar thy neighbour*”, ed è quindi legata alla disparità di trattamento fiscale nelle diverse giurisdizioni. Ne deriva che il “luogo” maggiormente deputato alla concorrenza fiscale sia quello dei settori della tassazione non armonizzata, quindi della tassazione diretta. La concorrenza fiscale comporta una erosione della base imponibile complessiva, che ha un impatto maggiore per quegli Stati che hanno un elevato livello di spesa pubblica, in particolare a causa di estesi sistemi di welfare e quindi tendenzialmente un livello di tassazione più elevato. La riduzione di risorse disponibili per finalità pubbliche, in un contesto come quello europeo successivo al trattato di Maastricht che ha posto limiti cogenti all’ indebitamento per finanziare la spesa, se può avere un effetto positivo nel contribuire alla disciplina di bilancio, comporta una serie di effetti negativi, da un lato il rischio di fornitura sub ottimale di beni pubblici, dall’ altro lo spostamento della tassazione dai fattori mobili a quelli relativamente meno mobili quindi dal capitale al lavoro. Questo spostamento ha una duplice conseguenza: la prima di tipo equitativo e la seconda di efficienza perché aumentando il costo del lavoro incide sull’ ottima combinazione dei fattori della produzione³¹.

³⁰ Schön W., 1999, “Taxation and State Aid Law in the European Union”, *Common Market Law Review*, 36, pp. 911- 936.

³¹ Sul tema la letteratura è vasta. Per una discussione e un confronto tra le diverse posizioni cfr ad esempio Wilson J. D., 1999, “Theories of Tax Competition”, *National Tax Journal*, 52, 2, pp. 269 – 304 e Wilson J.D., Wildasin D.E., 2004, “ Capital Tax Competition: Bane or Boon”, *Journal*

Già in un incontro informale dell'Ecofin tenutosi a Verona nel 1996 veniva affermata la necessità di un'azione a livello europeo a contrasto della concorrenza fiscale dannosa³². L'attenzione al fenomeno si inizia a concretizzare con l'approvazione da parte dell'ECOFIN il 1 dicembre 1997 di un pacchetto di misure che comprendono il così detto Codice di Condotta. Nel Codice vengono fissati cinque criteri per identificare misure potenzialmente distorsive dell'attività economica nell'Unione e che hanno per effetto quello di ridurre il livello della tassazione rispetto a quello medio dello Stato interessato. Si tratta delle caratteristiche *off shore*, cioè del trattamento differenziato tra residenti e non residenti, del *ring fencing*, dell'assenza di sostrato economico reale rispetto al beneficio fiscale concesso (lack of substance), una definizione della base sulla quale calcolare i profitti che diverge rispetto a principi accolti a livello internazionale, in particolare il contrasto colò principio dell'*arm's lenght* stabilito in sede OCSE, l'assenza di trasparenza. Il Gruppo Primarolo, partendo da questi criteri, ha identificato 66 misure considerate rischiose così da convertire le indicazioni del Codice di condotta, che non ha valore vincolante dal punto di vista giuridico³³ in una sorta di soft law per dare maggior forza alla previsione che invita da un lato al roll back e dall'altro allo standstill delle misure per l'appunto considerate a rischio.

L'introduzione del Codice di condotta ha incentivato alcuni Stati a modificare le proprie regole sui ruling fiscali. E' questo ad esempio è il caso dei Paesi

of Public Economics, 88, pp. 1065-1091. Sulla differenza tra "fair" e "harmful" tax competition cfr. Schön W., 2002, "Tax Competition in Europe. General Report", disponibile su <http://www.eatlp.org/uploads/Members/GeneralReportSchoen.pdf>. Sul rapporto tra concorrenza fiscale e coordinamento della tassazione delle società in Europa cfr. Zdrov G.R., 2003, "Tax Competition and Tax Coordination in the European Union", *International Tax and Public Finance*, 10, 651-671 e Mc Carthy K., van Doorn F., Unger B., 2008, "Globalisation, Tax Competition and the Harmonisation of Corporate Tax Rates in Europe: a Case of Killing hte Patient to Cure the Disease?", Utrecht School of Economics, Tjalling C. Koopmans Research Institute, Discussion Paper Series 08-13. . Per il legame tra concorrenza fiscale dannosa e globalizzazione cfr. Pinto, 1998, "EU and OECD to Fight Harmful Tax Competition has the Right Path been Undertaken?", *Intertax*, n. 26, issue 12. Una ricostruzione in Carlos dos Santos A., 2009, "Aides d'état, code de conduit et concurrence fiscale dans l'Union Europeene : Les Centres d'Affaires Comme Cibles", CAIRN.info

³² Monti M., 1999, "How State Aid Affects Tax Competition", *EC Tax Review*, 4, pp. 208-210

³³ In questo senso la Corte è esplicita ad esempio in Joint Cases C 182/03 e C 217/03, *Belgium and Forum 187 ASBL v Commissione 2006*

Bassi nei confronti dei quali erano state identificate dal Gruppo Primarolo ben dieci pratiche fiscali ritenute dannose alla luce del Codice di condotta. Sembra però che le modifiche apportate in seguito all'adozione del Codice di Condotta siano avvenute a scapito della trasparenza³⁴, ad esempio, e non sono comunque state generalizzate o tali da eliminare i fenomeni dannosi contro i quali erano indirizzate.

In questo contesto il controllo degli aiuti di Stato viene esplicitamente menzionato come strumento complementare per la lotta alla concorrenza fiscale dannosa. Ed è quindi sempre in questo contesto e per realizzare questo obiettivo che la Commissione nel 1998 ha adottato una Comunicazione relativa all'applicazione del controllo degli aiuti alle misure di tassazione diretta delle imprese³⁵ che abbiamo già citato. Da questo momento si moltiplicano i casi di aiuti di stato che hanno per oggetto misure di natura fiscale, con un ampliamento progressivo dell'ambito di applicazione dovuto soprattutto a una interpretazione sempre più estensiva del requisito della selettività.

La Commissione traccia esplicitamente il collegamento tra disciplina di controllo degli aiuti di Stato da una parte e il Codice di condotta e la lotta alla concorrenza fiscale dannosa dall'altra, non limitandosi a sottolineare come il controllo degli aiuti possa in linea generale contribuire al contrasto della concorrenza fiscale dannosa, ma anche utilizzando il Codice di Condotta stesso come uno degli elementi per valutare l'eventuale compatibilità di una misura. Sembra che la Commissione ritenga implicitamente che i due strumenti hanno sostanzialmente lo stesso oggetto e si differenzino solo per il percorso attivato nel realizzarlo³⁶.

La Comunicazione del 1998 individua gli elementi fondamentali dell'applicazione della disciplina partendo dalla distinzione tra misure generali

³⁴ Biz C., 2015, "Countering Tax Avoidance at the EU Level after Luxleaks. A History of Tax Rulings, Transparency and BEPS: Base Erosion Profit Shifting or Bending European Prospective Solutions?", *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, vol. XII, n.4, pp. 1035- 1067.

³⁵ 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.

³⁶ Fantozzi A., "The applicabilità of State Aid rules to tax competition measures: a processo of de facto harmonization in tax field?" <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Fantozzi.pdf> e la citazione del Commissario Monti.

e aiuti di Stato per elaborare quindi il test della deroga al fine di stabilire la natura selettiva della misura stessa. Chiarisce come la selettività possa derivare dall'applicazione discrezionale di una misura altrimenti generale e introduce il criterio della giustificazione di una misura altrimenti incompatibile, giustificazione da valutare in relazione alla natura del sistema fiscale.

L'evoluzione dell'applicazione del controllo degli aiuti di Stato alle misure fiscali, in particolare l'estensione dell'ambito di applicazione, è avvenuta prevalentemente lavorando a una interpretazione sempre più estesa del requisito della selettività³⁷.

In base all'articolo 107.1 TFUE un impiego di risorse pubbliche integra la fattispecie dell'aiuto incompatibile, ed è di conseguenza vietato, se determina un vantaggio in capo al beneficiario, che deve essere un'impresa, se questo vantaggio riguarda solo un sottoinsieme di soggetti che si trovano in una situazione che dal punto di vista giuridico e di fatto è paragonabile (criterio detto appunto della selettività) deve inoltre incidere sugli scambi tra gli Stati membri e avere un effetto distorsivo, anche solo potenziale, sulla concorrenza³⁸. Nonostante i cinque requisiti debbano sussistere cumulativamente e abbiano quindi pari peso nella integrazione della fattispecie dell'aiuto incompatibile, alcuni tra loro hanno assunto nella prassi applicativa particolare importanza. Uno di questi è per l'appunto quello della selettività. Non è quindi necessario che l'aiuto conferisca un vantaggio, cioè un beneficio in termini di riduzione di oneri altrimenti sopportati in capo al beneficiario, occorre che in tal modo vengano mutare le posizioni relative dei beneficiari che sono imprese comparabili sotto il profilo fattuale e giuridico. La natura selettiva di una misura è un elemento cardine nella qualificazione della per quanto riguarda misure di natura fiscale dal momento che è nella struttura stessa delle norme tributarie quella di effettuare trattamenti differenziati (si pensi alla progressività dell'imposta personale sul reddito).

³⁷ Nicolaidis P., Rusus I.E., 2012, "The Concept of Selectivity: an Ever Wider Scope", *European State Aid Law Quarterly*, 4, pp. 791.

³⁸ Per una analisi dettagliata dei singoli requisiti cfr. European Commission, "Commission Notice on the Notion of State aid as Referred to in Article 107 (1) TFEU", Brussels 2016 per una analisi specifica dei requisiti della fattispecie alla luce della giurisprudenza europea.

Nel corso del tempo si è passati da un approccio sostanzialmente (forse eccessivamente) formalistico della selettività a un approccio più marcatamente *economico* incentrato sugli effetti della misura (approccio *effect based*) che prescinde dalla struttura formale della stessa³⁹. Nel primo caso la valutazione rischiava di limitarsi alla semplice comparazione tra la misura in questione e il sistema di riferimento per concludere che in presenza di una deviazione formale la misura era da considerarsi selettiva per poi lasciare allo Stato la prova *diabolica* di giustificarla alla luce della natura e della logica del sistema nel suo complesso. Nel secondo approccio il centro dell'attenzione spostandosi sugli effetti svaluta sempre di più la centralità della individuazione della deroga, invece di attribuirle un contenuto economico che integra ma non sostituisce l'aspetto formale dell'indagine. In questo modo anche misure formalmente generali, cioè aperte a tutti, sono risultate vulnerabili alla qualifica della selettività se di fatto producono effetti selettivi ingenerando preoccupazioni per l'incertezza che in tal modo viene inoculata nel sistema⁴⁰. Con il caso della proposta di riforma della tassazione delle società a Gibilterra questo tipo di approccio, come abbiamo già sottolineato in sede introduttiva, ha compiuto un passo in avanti rilevante⁴¹. Con il collegamento tra aiuti di Stato e lotta alla concorrenza fiscale dannosa sembra che l'effetto rilevante in base al quale verificare il trattamento selettivo o meno non sia quello della concorrenza sul mercato interno, come tradizionalmente avvenuto, ma quello della realizzazione di una concorrenza fiscale dannosa tra Stati membri. È in questo modo che verrebbe piegato lo strumento del controllo degli aiuti a un

³⁹ Per una *classificazione* delle diverse combinazioni tra generalità e selettività in base alla distinzione formale /sostanziale cfr Boccaccio M., 2016, "La disciplina degli aiuti fiscali tra la funzione di controllo e quella di armonizzazione impropria: il ruolo della selettività", *Public Finance Research Papers*, n.20, Istituto di Economia e Finanza, Dipartimento di studi giuridici filosofici ed economici, Università La Sapienza Roma.

⁴⁰ Va inoltre ricordato che la Commissione nella Comunicazione del 1998 aveva opportunamente chiarito che una distribuzione disomogenea degli effetti di una misura di per se non portava a qualificarla come selettiva: "*il fatto che talune imprese o taluni settori beneficino più di altri di alcune di queste misure fiscali non implica necessariamente che dette misure rientrino nel campo di applicazione delle regole di concorrenza in materia di aiuti di Stato*" paragrafo 14.

⁴¹ Sull'evoluzione dell'interpretazione della selettività cfr. ad esempio Quigley C., 2012, "Direct Taxation and State Aid:Recent Developments Concerning the Notion of Selectivity", *Intertax*, volume 40, numero 2, pp. 112-117.

uso improprio.

4. Il problema della tassazione delle imprese multinazionali

Prima di affrontare la discussione relativa ai ruling fiscali nell'ambito della disciplina sul controllo degli aiuti, un punto ulteriore va specificato. Nel contesto dell'evoluzione interpretativa appena esposta si colloca un problema particolare, quello della tassazione delle imprese multinazionali, la tipologia di impresa che ha assunto un ruolo centrale nell'attuale scenario economico. Dal punto di vista economico un'impresa multinazionale è da considerarsi un'unica impresa dal momento che opera sotto un unico centro decisionale, mentre dal punto di vista giuridico si tratta di un numero a volte anche molto elevato di entità diverse con contabilità separate ma che formano un unico gruppo⁴². Questa situazione comporta la tassazione da parte di diversi sistemi tributari di una materia imponente che dal punto di vista economico potremmo dire che ha carattere unitario. Ora, se prevale l'approccio di tipo economico, è chiaro che anche in valutazioni come quella relativa al controllo degli aiuti ci sarà la tendenza ad assimilare il gruppo a un'impresa isolata. Questo è un punto di estrema importanza sul quale torneremo più ampiamente in seguito.

Un aspetto particolare della tassazione delle multinazionali riguarda il problema della valutazione delle transazioni che avvengono tra società che appartengono allo stesso gruppo, transazioni che essendo interne non passano attraverso il mercato e quindi non hanno un prezzo al quale poter fare riferimento per determinare il loro valore economico. La fissazione dei prezzi di riferimento (transfer pricing), necessaria al fine di stabilire l'efficienza interna delle diverse *branches* facenti capo allo stesso gruppo, può essere utilizzata per allocare costi e profitti in modo tale da minimizzare il carico fiscale complessivo del gruppo sfruttando le differenze di tassazione nelle differenti giurisdizioni nelle quali si svolge l'attività delle imprese del gruppo.

⁴² Da Cruz Mauricio M.J., 2013, "Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in the European law and Domestic Law".

5. Aiuti di Stato e rulings fiscali.

Un ruling fiscale è una dichiarazione scritta da parte dell'amministrazione fiscale a un contribuente con la quale si interpreta e applica la normativa fiscale a una specifica situazione fattuale⁴³. L'*advance pricing agreement* è un accordo con il quale si determinano in anticipo i criteri con i quali calcolare i prezzi di riferimento relativamente a un determinato periodo temporale e di conseguenza permettere di calcolare l'imponibile⁴⁴. Entrambe le tipologie tendono a garantire una maggiore certezza giuridica ma avrebbero delle caratteristiche differenti che riguardano le parti coinvolte, l'oggetto, la natura giuridica, la vincolatività degli effetti, i requisiti di pubblicità⁴⁵. Questo sotto il profilo strettamente tecnico anche se nella terminologia corrente si tende ad utilizzare l'espressione ruling fiscale in senso onnicomprensivo.

Di per se questi accordi sono considerati perfettamente leciti dalla stessa Commissione che anzi ne riconosce l'utilità ai fini della certezza del diritto⁴⁶ ma che al tempo stesso ribadisce che devono "essere conformi alle norme sugli aiuti di Stato"⁴⁷ il che non avviene se non soddisfano cumulativamente i requisiti fissati dall'articolo 107.1 TFUE.

Per quanto riguarda il requisito dell'impiego di risorse statali non sembra che vi siano difficoltà a considerare considerato soddisfatto in quanto i ruling fiscali si traducono in una riduzione di gettito per lo Stato membro che come abbiamo visto nella parte generale è equiparata a una spesa diretta. Anche il potenziale distorsivo della concorrenza di tali accordi e l'alterazione degli scambi intraeuropei che essi provocano sembrano implicitamente presenti nei casi in esame dal momento che riguardano imprese multinazionali che operano in una molteplicità di Stati membri. Come spesso accade nella valutazione

⁴³ Per le definizioni elaborate in sede OCSE cfr. <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>.

⁴⁴ OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010 Glossary.

⁴⁵ Dorich A., 2014/2015, "The Thin Red Line or Where does Aggressive Tax planning Become an Unlawful State Aid", pg. 36.

⁴⁶ European Commission, "DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings", Internal Working Paper, Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016, punto 5.

⁴⁷ Comunicazione sulla nozione di aiuto 2016 paragrafo 170.

circa la presenza di un aiuto di Stato sono i requisiti del vantaggio e quello della selettività a presentare maggiori difficoltà.

Per quanto riguarda il requisito del vantaggio, questo si concretizza in un beneficio economico che l'impresa non avrebbe ottenuto in assenza dell'intervento pubblico, e realizzato tramite la riduzione di oneri altrimenti sopportati dall'Impresa⁴⁸. Nell'ambito fiscale può concretizzarsi in diversi modi, tra cui la riduzione della base imponibile attuata tramite deduzioni, il calcolo di ammortamenti accelerati, la riduzione dell'ammontare da versare tramite crediti d'imposta o detrazioni, lo slittamento o la cancellazione anche solo parziale del debito d'imposta. Come si applica questo principio nel caso dei ruling fiscali? l'approccio tradizionale alla individuazione del vantaggio viene solitamente effettuata facendo ricorso al principio dell'investitore privato in un'economia di mercato⁴⁹. Si tratta di un metodo che ha subito diverse applicazioni ed estensioni con il quale per verificare la presenza di un vantaggio conferito da una autorità pubblica si confronta il comportamento tenuto da quest'ultima con quello che avrebbe tenuto in analoga situazione da un soggetto sottoposto alle leggi del mercato e quindi al vincolo concorrenziale. Si è quindi applicato il test con riferimento ad esempio alla gestione di imprese pubbliche, alla loro ricapitalizzazione, alla privatizzazione di certe attività o all'acquisto da parte del settore pubblico. Nel caso EDF⁵⁰ il tribunale ha ritenuto di applicare il test anche alla materia fiscale⁵¹. In questo

⁴⁸ Comunicazione 1998 paragrafo 9.

⁴⁹ Sul principio dell'investitore privato cfr. Slocock B., 2002, "The Market Economy Investor Principle", Competition Policy Newsletter, n.2, June, pp. 23-26; Sebastiani M., 2010, "Il principio dell'investitore privato", ASTRID Gruppo di studio sugli aiuti di Stato. Per una revisione critica del principio cfr. Karim, Md. Rezaul, The EU Market Economy Investor Principle: A Good Paradigm? (April 28, 2014). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2498873> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2498873> e Sanchez-Graells, Albert, Bringing the 'Market Economy Agent' Principle to Full Power (June 15, 2012). European Competition Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2084786> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2084786>

⁵⁰ Causa C 124/10 P Commission v. EDF [2012] EC, para 92.

⁵¹ Sul tema cfr. Köhler M., 2011, "New Trends Concerning the Application of the Private Investor Test. The EDF Judgment of the General Court and its Consequences", *European State Aid Law Quarterly*, 1, pp. 21- 33.

modo la corte non ha seguito le indicazioni dell'avvocato generale Mazak⁵² che aveva messo in guardia contro tale approccio. L'argomentazione dell'avvocato generale ruotava attorno alla differenza sostanziale delle misure fiscali rispetto a quelle in cui il test fino a quel momento era stato applicato. In quelle infatti era configurabile un rapporto assimilabile a una relazione di tipo contrattuale e il test consisteva nel verificare se i termini dello scambio erano stati alterati o meno a causa dell'esercizio da parte dell'autorità del proprio potere pubblico a favore del beneficiario (impresa pubblica o privata che fosse). Nella materia fiscale un rapporto del genere non sarebbe configurabile. Non vi sono cioè delle "normali condizioni di mercato" alle quali confrontare il comportamento dello Stato. Nonostante questi rilievi la corte ha deciso di applicare il test aprendo così una strada nuova nella valutazione delle misure di carattere fiscale.

La Commissione ha ribadito l'appropriatezza del ricorso al test in materia di ruling fiscali nella sua decisione nel caso Apple affermando che un operatore indipendente sul mercato avrebbe calcolato la base imponibile dell'impresa *figlia* in modo da attribuirle una remunerazione di mercato⁵³. A sua volta, questo approccio comporta l'adozione dell'*arm's length principle* quale benchmark per verificare se le transazioni intercorse all'interno delle imprese che appartengono allo stesso gruppo rispondono o meno a una logica di mercato.

Prima di addentrarci ulteriormente in una seppur sintetica analisi del principio dell'*arm's length*, un inciso si rende opportuno nel processo di valutazione dell'eventuale violazione dell'articolo 107.1 TFUE. Quello del vantaggio e quello della selettività sono due requisiti distinti che vanno verificati indipendentemente. Così, nei casi dei quali stiamo trattando, date le premesse appena poste, nell'approccio della Commissione la presenza di un vantaggio derivante dal mancato rispetto dell'*arm's length principle* dovrebbe essere un

⁵² Jaeger T., 2012, "Taking Tax Law Seriously: the Opinion of AG Mazàk in EDF", *European State Aid Law Quarterly*, 1, pp. 1-3.

⁵³ Kavanagh J., Robins N., 2015, "Corporate Tax Arrangements under EU State Aid Scrutiny. The application of the Market Economy Operator Principle", *European State Aid Law Quarterly*, 3, pp. 358- 370.

primo passo che conduce a verificare poi se quel vantaggio è conferito solo a un sottoinsieme di imprese che sono altrimenti comparabili sotto il profilo giuridico e fattuale. Accade invece che in qualche modo venga ritenuto un elemento sufficiente per dimostrare al contempo il vantaggio e la selettività.

Così se si fa riferimento alla comunicazione sulla nozione d'aiuto si nota come nella sezione dedicata esplicitamente ai ruling fiscali la Commissione facendo riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Forum 187*⁵⁴ afferma in maniera perentoria che la determinazione dei prezzi di riferimento in modo non prossimo a quello che avverrebbe in un regime di libera concorrenza “conferisce un vantaggio selettivo” al contribuente⁵⁵. La tendenza della giurisprudenza ad assimilare i due requisiti, sempre invece tenuti distinti dalla dottrina e anche nella esposizione della commissione nella comunicazione sulla nozione d'aiuto, conduce a una valutazione troncata che finisce per incidere negativamente sulla analisi della violazione contribuendo ad estenderne la portata oltre i limiti suoi propri⁵⁶.

Fatta questa precisazione è possibile tornare al tema principale facendo una breve digressione sulla natura dell'*arm's length principle*.

Il principio dell'*arm's length*⁵⁷, almeno la denominazione dello stesso, appare già negli anni trenta, in un documento del *Fiscal Committee* della Lega delle Nazioni e nel 1946 nel Protocollo di Londra, ultimo documento dello stesso *Fiscal Committee*, viene preferito ad altri sistemi di allocazione dei profitti, tra i quali quello del così detto *formulary apportionment* che torna invece di recente come possibile alternativa per ovviare ai difetti del sistema basato sui prezzi di trasferimento. Il lavoro del *Fiscal Committee* viene proseguito dal *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE che nel 1963 adottò la *Model Convention* che includeva il principio all'articolo 7, mentre i metodi empirici

⁵⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 2006, Regno del Belgio e *Forum 187* /Commissione cause riunite C 182/03 e C 217/03.

⁵⁵ Comunicazione sulla nozione d'aiuto paragrafo 171.

⁵⁶ Sui problemi derivanti dalla confusione dei confini tra vantaggio e selettività in materia di aiuti di Stato e misure fiscali cfr. Jaeger T., 2015, “From Santander to Luxleaks – and Back”, *European State Aid Law Quarterly*, 3, pp. 345- 357.

⁵⁷ Mauricio M. J. Da Cruz, 2013, “Transfer Pricing and the arm's length principle in the European Union Law and domestic law”, Universidade do Minho Escola del Direito.

vengono espunti per fare una breve apparizione ed essere poi esplicitamente rigettati sia nel rapporto sul *Transfer pricing* del 1979 che nelle Linee guida del 1995 poi periodicamente aggiornate⁵⁸. Il principio viene adottato dall'OCSE nel Model Tax Convention e incorporato nell'articolo 9 dello stesso per le imprese associate⁵⁹.

Nelle linee guida dell'OCSE vengono individuati cinque metodi di calcolo dei prezzi di trasferimento che possono essere considerati in linea con il principio dell'*arm's length*. Si tratta del metodo del *comparable uncontrolled price* che confronta i prezzi fissati per le transazioni tra imprese di uno stesso gruppo con quelli che si applicano alle transazioni tra imprese indipendenti; il *resale price* nel quale i prezzi delle transazioni tra imprese dello stesso gruppo vengono confrontati con quelli di rivendita a imprese indipendenti; il *cost plus method* con il quale i costi che un'impresa appartenente al gruppo ha sostenuto nelle transazioni con altre imprese del gruppo viene maggiorato di un mark up che riflette un margine di profitto con i prezzi che l'impresa stessa applica in altre transazioni intercorse all'interno del gruppo; il *transactional net margin*

I cinque metodi individuati dall'OCSE possono essere distinti in due gruppi. Il primo, che comprende il *comparable uncontrolled price*, il *resale price* e il *cost plus method*, sono considerati come traditional transaction methods; il secondo gruppo, che comprende il *transactional net margin* e il *transactional profit*, sono invece chiamati *transaction profit*. I metodi del primo gruppo, che tendono a determinare i prezzi appropriati, sono considerati quelli più idonei a individuare il reale valore economico di una transazione. Sembra quindi che esista una specie di gerarchizzazione tra i diversi metodi che integra una presunzione di maggiore o minore capacità di riflettere una situazione analoga a quella che si verificherebbe sul mercato.

⁵⁸ Le linee guida in questione sono quindi successive rispetto al primo ruling fiscale considerato nel caso Apple che, si ricorda, risale al 1991 per una versione più recente, del 2010, consultare. <http://www.oecd.org/ctp/linee-guida-dell-ocse-sui-prezzi-di-trasferimento-per-le-imprese-multinazionali-e-le-amministrazioni-fiscali-luglio-2010-9789264189904-it.htm> poi modificate per inserirvi i principi BEPS.

⁵⁹ Sui precedenti e l'interpretazione dell'articolo 9 cfr. Solikova V., teindl M., 2013, "Tax Treaty Olicity on ARTICLE 9 of the OECD Molde Scrutinized", *Bulletin for Internationa Taxation*, march, pp. 128 -136.

Tornando ora al ruolo che tale principio e i metodi atti a soddisfarlo può rivestire nell'ambito della valutazione dei ruling fiscali, più nello specifico i ruling che hanno per oggetto la determinazione dei prezzi di riferimento, va ricordato che inizialmente la giurisprudenza se ne è occupata prevalentemente alla luce del possibile contrasto con le libertà fondamentali per passare progressivamente a utilizzarli nell'ambito del controllo degli aiuti di Stato. Nella prima tendenza si trovano i casi "Lankhorst-Hohorts" del 2002, il caso "Test Claimant in the Thin Cap Group Litigation" del 2007 e soprattutto il caso "Società Industrielle de Gestion" del 2010, in particolare quest'ultimo⁶⁰. È particolarmente significativa con riferimento a questo caso l'opinione dell'AG Kokott che afferma l'appropriatezza del principio dell'arm's length come criterio per definire un equilibrio nell'allocazione del potere di tassazione tra i diversi Stati membri.

Per quanto riguarda l'applicazione del controllo degli aiuti di Stato ai ruling fiscali vi sono diverse decisioni della Commissione a partire dagli inizi del 2000, tra le quali spicca per importanza il caso del 2006 *Forum 187* che abbiano poco sopra citato.

Nella stessa Comunicazione la Commissione individua il principio della libera concorrenza come elemento cruciale della valutazione operata dalla Commissione per stabilire se l'utile imponibile di una società del gruppo ai fini dell'imposizione del reddito delle società è stato determinato sulla base di un metodo che produca una approssimazione attendibile del risultato rispondente alle condizioni di mercato"⁶¹.

La Commissione prosegue affermando come tale principio costituisca un vincolo inderogabile per gli Stati membri; al contempo, con impostazione più sfumata, al paragrafo 173 della Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato vengono indicati gli orientamenti OCSE sui prezzi di trasferimento come un utile punto di riferimento in base al quale poter stabilire se un tax ruling

⁶⁰ Schön W., 2011, "Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law", https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1930237.

⁶¹ 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, paragrafo 172.

comporta un aiuto di Stato. Anche se solo in via presuntiva l'adeguatezza con le indicazioni fornite dagli orientamenti escluderebbe la presenza dell'aiuto. La sezione dedicata ai ruling fiscali nella comunicazione sulla nozione di aiuto dovrebbe rappresentare una guida per gli Stati membri finalizzata a evitare che incorrano in procedimenti per violazione delle regole sugli aiuti di Stato, invitandoli indirettamente, in caso di dubbi, a notificare l'aiuto stesso.

Anche in un working paper interno ⁶² la Commissione ha ripreso come criterio per verificare la corrispondenza o meno di un ruling fiscale ai prezzi di mercato facendo riferimento ai metodi di transfer pricing indicati dall'OCSE, sottolineando peraltro come tali metodi non si equivalgono e se ad esempio il *comparable uncontrolled price method* (CUP) permette di fissare prezzi per transazioni infragruppo facendo riferimento diretto a prezzi di mercato per gli stessi beni e servizi, e quindi appare quello più adatto a garantire la soddisfazione del principio concorrenziale; nel caso in cui il ruling oggetto di esame non incorpora tale confronto, tale metodo può in realtà non rappresentare una affidabile approssimazione di effettivi valori di mercato. Questa impostazione appare per certi versi una giustificazione ex post della posizione assunta dalla Commissione nei casi di decisioni negative già adottate.

Riassumendo, se l'indicazione di massima è quella di fare riferimento alle metodologie indicate nelle linee guida dell'OCSE, la cautela dell'amministrazione dello Stato membro deve indurlo a una analisi più approfondita sui metodi alternativi da poter utilizzare nei singoli casi.

La natura necessariamente approssimativa del principio dell'*arm's length* non implica peraltro, all'estremo opposto, che il ruling sia presuntivamente sospetto. La Commissione piuttosto concentra l'attenzione sulle situazioni nelle quali la metodologia utilizzata conduce a risultati manifestamente in

⁶² European Commission, " DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings", Internal Working Paper , Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.

contrasto con lo stesso principio⁶³. Nonostante questa rassicurazione, motivi di dubbio rimangono soprattutto dal momento che la Commissione nel caso Starbucks afferma da un lato “*the arm’s length principle ... necessarily forms part of the Commission’s assessment under article 107 (1) of the Treaty*” ma dall’altro si affretta a specificare che “*for any avoidance of doubt, the arm’s length principle that the Commission applies in its State aid assessment is not that derived from Article 9 of the OECD Model Tax Convention, which is a non binding instrument*”⁶⁴. Qui la Commissione da un lato cerca di rispondere alla critica di attribuire rilievo normativo a un principio che non fa parte dell’ordinamento europeo, dall’altra però apre la strada per riempire la casella dell’*arm’s length principle* in maniera che viene percepita come arbitraria.

Il principio dell’investitore privato è stato applicato ai casi di ruling fiscale da parte della Commissione per contestare la metodologia utilizzata dalle amministrazioni nazionali in quanto considerata in contrasto all’*arm’s length principle*. Così nei casi FFT, Starbucks e Apple il metodo applicato dalle autorità nazionali è stato il *transaction net margin* mentre la Commissione ha indicato come appropriato il *comparable uncontrolled price method* nei primi due casi mentre nel terzo pur non dando alcuna indicazione su quale avrebbe dovuto essere il metodo utilizzato ha sollevato la preoccupazione che ogni altro metodo al di fuori del *comparable uncontrolled price method* è suscettibile di incorporare un elemento d’aiuto⁶⁵.

Emerge a questo punto una differenza tra i casi del passato di aiuti di Stato concessi tramite ruling fiscali e questi ultimi. Fino a tempi recenti infatti la decisione negativa dipendeva dal fatto che il ruling si discostava dalle linee guida OCSE mentre ora il rispetto delle stesse linee guida non garantisce contro la possibilità di una decisione negativa⁶⁶. Un punto da sottolineare è

⁶³ European Commission, “DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings” cit. paragrafo 14.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Kavanagh J., Robins N., 2015 cit. Annex 2.

⁶⁶ Taferner A., Kuipers J. W., 2016, “Tax Rulings: in Line with OECD Transfer Pricing Guidelines, but Contrary to EU State aid Rules?”, *European Taxation*, april, pp. 134- 144.

quello della convergenza o meno tra il rispetto delle linee guida e il rispetto del criterio dell'investitore privato. Sembra cioè che nell'impostazione della Commissione non vi sia coincidenza tra i due e quando sorga un conflitto sia il secondo a prevalere nella valutazione sulla compatibilità di un ruling con l'*arm's length principle*.

Come anticipato, la sola individuazione della presenza di un vantaggio non è sufficiente per considerare un ruling in contrasto con l'articolo 107.1 TFUE. Occorre anche che tale vantaggio sia attribuito selettivamente. L'approccio tradizionale, quello incorporato nella Comunicazione del 1998, elabora il test a tre stadi per la verifica della selettività dell'aiuto. Occorre quindi individuare un sistema di riferimento, una deroga allo stesso ed eventualmente una giustificazione della deroga in base alla natura e alla logica del sistema.

Qual è il sistema di riferimento nei casi di ruling fiscali? Se il sistema nazionale prevede delle regole sui rulings fiscali queste possono essere considerate come sistema di riferimento e la selettività può riguardare ad esempio il modo in cui vengono approvati i rulings individuali. Se esiste discrezionalità da parte dell'amministrazione fiscale nella definizione del loro contenuto la selettività assume la connotazione della così detta selettività amministrativa. Oppure, quando un ruling individuale si discosta dalle regole fissate in linea generale a livello nazionale, discriminando all'interno delle imprese multinazionali operanti nello Stato in questione, allora si può ipotizzare una selettività *prima facie*; in questa ipotesi lo Stato membro può cercare di giustificare quella deviazione in base alla logica e natura del sistema nel quale la misura si inserisce. Sin qui il procedimento segue appunto quello tradizionale. Ci si può domandare che cosa accade se si adotta invece la *logica Gibraltar*. In questo caso le stesse regole nazionali possono essere confrontate con le linee guida OCSE e l'eventuale deviazione da queste ultime può essere ritenuta conferire un vantaggio selettivo. In questo caso, per stabilire la presenza della selettività, l'insieme di imprese considerate in situazione confrontabile dal punto di vista sia giuridico che di fatto sarebbe quello delle imprese multinazionali a livello internazionale, cioè anche quelle non operanti

nello Stato in questione ma negli altri Stati dell'Unione. Considerazioni in parte analoghe si possono far quando manchi una normativa nazionale al riguardo. Il ruling individuale può essere quindi valutato in base alle linee guida OCSE per stabilire se conferisce un vantaggio, e l'apertura a tutte le imprese multinazionali sarebbe il requisito per stabilirne la selettività. In questo caso l'insieme di riferimento è quello delle multinazionali che operano nello stesso Stato membro. Una via diversa è quella di considerare la legislazione nazionale di tassazione delle società quale sistema di riferimento e considerare selettivo quel ruling che tratta in modo differenziato le multinazionali rispetto alle altre imprese, considerando quindi di fatto l'insieme delle imprese, multinazionali o meno, come insieme rilevante.

La Commissione adotta quest'ultima interpretazione. Nella Comunicazione sulla nozione di aiuto il punto è esplicitamente espresso al paragrafo 171 dove si afferma che *“una riduzione della base imponibile di un'impresa risultante da una misura fiscale che consista al contribuente di definire prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo non prossimi a quelli che sarebbero praticati in un regime di libera concorrenza tra imprese indipendenti che negoziano in circostanze analoghe conferisce un vantaggio selettivo a tale contribuente per il fatto che il suo debito tributario nell'ambito del regime generale è inferiore a quello di una società indipendente la cui base imponibile è determinata in base agli utili effettivamente registrati”*⁶⁷. Questo è d'altronde l'atteggiamento tenuto dalla Commissione stessa nelle decisioni negative sui casi di ruling fiscali ai quali ci stiamo riferendo in questo articolo (FFT, Starbucks e Apple) che è stato successivamente *codificato* nella Comunicazione sulla nozione d'aiuto.

Con l'identificazione dell'insieme rilevante nell'insieme di imprese multinazionali e indipendenti la Commissione estende ulteriormente l'ambito di applicazione della selettività alimentando, secondo una critica, ulteriore incertezza nel sistema. Le imprese multinazionali non possono essere considerate in condizione giuridica e di fatto confrontabile con quelle

⁶⁷ Comunicazione nozione aiuto 2016 punto 171.

indipendenti proprio perché costituiscono un gruppo di soggetti interrelati e tali interrelazioni incidono sull'attività dei singoli componenti del gruppo stesso⁶⁸. È da questa interrelazione che nasce l'esigenza di regole particolari, superflue nel caso delle imprese indipendenti. Se quindi un particolare fenomeno economico richiede una regolamentazione specifica a causa delle sue caratteristiche, diventa difficile considerarlo assimilabile a un fenomeno seppur simile ma che non richiede tale trattamento. L'estensione dell'insieme rilevante operata in questo modo rischia di rovesciare la più volte asserita presunzione di liceità dei rulings fiscali rendendoli quasi automaticamente sospetti di attribuire un vantaggio selettivo alle imprese multinazionali⁶⁹

6. Questioni aperte

Riassumendo l'impostazione della Commissione, essa parte dalla definizione del principio della libera concorrenza come benchmark per stabilire l'esistenza di un vantaggio; il contenuto di questo principio viene identificato nei criteri fissati nelle linee guida dell'OCSE per stabilire se i prezzi di riferimento soddisfano l'*arm's length principle*; la Commissione interpreta poi il contenuto di quest'ultimo in maniera variabile a seconda che il ruling nazionale adottato in linea con i principi OECD ponga o meno la transazione valutata sullo stesso piano di quella intrapresa da una società indipendente per definire al sua base imponibile in conformità con la tassazione nazionale in materia di tassazione societaria.

Come anticipato nell'introduzione questo atteggiamento solleva molteplici perplessità che cerchiamo di sintetizzare in questa sezione finale.

Il primo aspetto di fondo riguarda il collegamento tra lotta alla concorrenza fiscale dannosa e controllo degli aiuti di Stato che ne determinerebbe la

⁶⁸ Luja R., 2015, "State Aid Benchmarking and Tax Rulings: Can We Keep it Simple?", working paper Max Planck/UCL Conference "Taxation and EU State Aid Law", Brussels 5 november 2015.

⁶⁹ Buendia Sierra J.L., 2015, "State Aid and Tax Rulings", Annual Conference on European State Aid Law, ERA Trier 12 november 2015. Parte della dottrina sostiene invece che tax planning internazionale tax arbitrage ai quali solo le imprese multinazionali possono avere accesso vanno considerati selettivi per se cfr. Rossi Maccanico P., 2014, "Fiscal Aid, Tax Competition and BEPS", *Tax Notes International*, september 8, pp. 857- 868.

politicizzazione. Questo legame, che abbiamo visto è codificato nella soft legislation della Commissione, è stato rafforzato dall'evoluzione applicativa in modo tale da giungere a determinare una sovrapposizione se non confusione tra i due strumenti che da complementari diventano sostituibili.

Tale sostituibilità la si può rintracciare ad esempio nell'affermazione dell'ex Commissario Mario Monti quando sostiene che *“certain corporate tax regimes in Member States by providing for different rates without objective justification constituted infringements of state aid. It was therefore in the interest of some Member states to agree on a code of conduct... to roll back harmful measures. The less attractive alternative was to wait for the Court of Justice to condemn the measures on the basis of state aid rules and require their immediate elimination”*⁷⁰.

L'ambiguità è alimentata anche dallo stesso Codice di Condotta quando afferma che *“the application of article 107 TFEU is not fully excluded from being a tool for combating both against harmful tax competition and state aid”*⁷¹, ambiguità che non del tutto viene fugata dalla successiva precisazione per cui la lotta alla concorrenza fiscale dannosa è un sottoprodotto, un effetto collaterale potremmo dire, del contrasto degli aiuti di Stato. Si può ricordare sulla stessa linea la dichiarazione dell'ex Commissario alla Concorrenza Almunia che a proposito dei casi FFT e Starbucks ha affermato che *“it is particularly important that large multinationals pay their fair shares of taxes”*; analoga affermazione da parte della Commissaria attuale alla Concorrenza Vestager secondo la quale *“all companies, big or small, multinational or not, should pay their fair share of tax”* comportando un cambiamento di prospettiva rispetto all'approccio tradizionale e introducendo un obiettivo equitativo di natura extralegale che, a sua volta, apre la strada alla possibilità di applicazione arbitraria e *politica* della normativa al di fuori di una griglia

⁷⁰ Citato in Fantozzi A., “The applicability of State Aid rules to tax competition measures: a process of *de facto* harmonization in Tax Field?” <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Fantozzi.pdf>

⁷¹ Dorich A., 2015, “The Thin Red Line or Where does Aggressive Tax Planning Become an Unlawful State Aid”, Thesis presented for the Degree of Master European Legal Studies, Academic Year 2014-2015, Department of Legal Studies, Bruges Campus, College of Europe.

giuridica ben definita. Una prima conseguenza è quella della maggiore incertezza che questo determina. Il professor Raymond Luja ha messo in evidenza come l'affermazione corretta avrebbe dovuto essere piuttosto “*all companies, big or small, multinational or not, should pay their legally required share of tax*”. Si ricorderà inoltre che l'avvocato generale Jääskinen nell'opinione espressa nell'ambito del caso Gbilterra, non seguita dalla Corte, aveva già chiaramente messo in guardia contro la tentazione di giustificare la distorsione dell'uso del controllo degli aiuti di Stato invocando il perseguimento dell'obiettivo in se legittimo del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa⁷².

Diversi dubbi in tal senso sono stati sollevati anche da una parte della dottrina. La concorrenza fiscale fa infatti riferimento alla lotta tra Stati, un tipo di concorrenza diverso da quello che è oggetto del controllo degli aiuti di Stato, cioè concorrenza tra imprese; così come la perdita di gettito sopportata dallo Stato vittima della concorrenza fiscale sarebbe difficilmente assimilabile alla perdita di gettito subita dallo Stato quale *sacrificio* che esso sopporta per avvantaggiare una o più imprese nazionali rispetto a imprese straniere; la concorrenza fiscale tende a favorire le imprese estere, l'aiuto di Stato quelle nazionali; infine, criteri come quello della *sostanza economica mancante* quale criterio qualificante della potenziale dannosità di una misura fiscale non sembra direttamente integrare il requisito della selettività di cui all'articolo 107.1 TFUE. Ne segue che un approccio di questo genere, avendo sostanzialmente un fondamento politico, come tale non può essere sindacato dalla Corte di Giustizia⁷³. Insomma, la disciplina sul controllo degli aiuti di Stato non ha come finalità quella di reprimere condotte elusive, né di impedire alle imprese di sfruttare le opportunità di risparmio d'imposta dovute alla differenza dei sistemi tributari almeno fintanto che così agendo non violino le

⁷² Opinion of AG Jääskinen in *Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom*, joined cases C 106/09 P e C 107/09 P (“Gibraltar”).

⁷³ Ancora sul punto Fantozzi A., “The applicability of State Aid rules to tax competition measures: a process of *de facto* harmonization in Tax Field?” <http://www.eatlp.org/uploads/Members/Fantozzi.pdf>

norme nazionali tributarie⁷⁴. Il rilievo del controllo sugli aiuti emerge solo quando vi sia una deviazione, statutaria o applicativa, della stessa normativa nazionale in modo da favorire alcune imprese rispetto ad altre, tutte imprese che comunque si trovano in situazione di fatto e giuridicamente confrontabile.

Un secondo aspetto riguarda la sostanziale attribuzione di un valore normativo all'arm's length principle, principio che però non è contenuto nel diritto europeo in generale né nel diritto degli aiuti di Stato più in particolare.⁷⁵

Un terzo aspetto ha natura che potremmo definire procedurale. In base alla nuova disciplina procedurale inaugurata dalla modernizzazione la Commissione, articolo 7 del Regolamento di procedura, ha il potere di reperire informazioni anche da terzi. Nel nostro caso queste informazioni riguardano soprattutto i dati di comparabilità per effettuare una analisi attendibile della rispondenza tra uno specifico ruling e le regole sui prezzi di trasferimento. Al tempo stesso, tali informazioni quando vengono raccolte presso i concorrenti delle imprese coinvolte possono avere natura confidenziale. Ciò vuol dire che in casi del genere non è possibile verificare la correttezza dell'analisi svolta dalla Commissione europea per fondare un ricorso contro una decisione negativa della Commissione stessa. Sempre in questo contesto va rilevato come informazioni sui comparables raccolte presso altri operatori di mercato si riferiscono alla situazione di mercato presente nel momento in cui la Commissione svolge la propria indagine, che è successiva al momento in cui il ruling è stato concesso e ha pertanto di fronte uno scenario di mercato mutato. Tale distanza temporale, che in alcuni casi può essere rilevante come ad esempio nel caso Apple dove il primo ruling messo sotto osservazione risaliva come detto al 1991, altera i termini della valutazione della Commissione.

In conclusione, il nuovo corso della Commissione apre scenari ancora largamente inesplorati. È interessante attendere gli esiti dei ricorsi presentati contro le decisioni negative già adottate per avere una maggiore chiarezza sul

⁷⁴ Luja R., 2015, "State Aid Benchmarking and Tax Rulings: Can We Keep it Simple?", Working Paper, Max Planck/UCL Conference "Taxation and State Aid Law", Brussels 5 november.

⁷⁵ Vega A., 2012, "International Governance through Soft Law: the Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines", Max Planck Institute for Tax Law and Public Policy, working paper 2012-05 <http://www.tax.mpg.de>.

modo in cui questi tentativi della Commissione finiranno per tradursi in una giurisprudenza consolidata che ci si augura chiarisca i punti maggiormente controversi.

<http://www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni>

Contact: e-pfrp@uniroma1.it