

L'Associazione Italiana degli Studiosi di Diritto dell'Unione Europea (AISDUE) si propone di approfondire lo studio e di diffondere la conoscenza degli aspetti giuridici del processo di integrazione europea, nonché di favorire la collaborazione scientifica e la rappresentanza accademica degli studiosi del diritto dell'Unione europea presso le istituzioni e gli organismi, nazionali ed europei, competenti. Proprio in funzione di tale obiettivo gli studiosi riuniti nell'Associazione intendono valorizzare le peculiarità proprie del diritto dell'Unione europea, anche con riferimento sia alla formazione accademica e professionale, sia alla valutazione della ricerca e alla selezione dei docenti e dei ricercatori.

in copertina: V.A. Serov, Il Ratto d'Europa, 1910

QUADERNI AISDUE

3
2023

ES

ISBN 979-12-5976-870-4



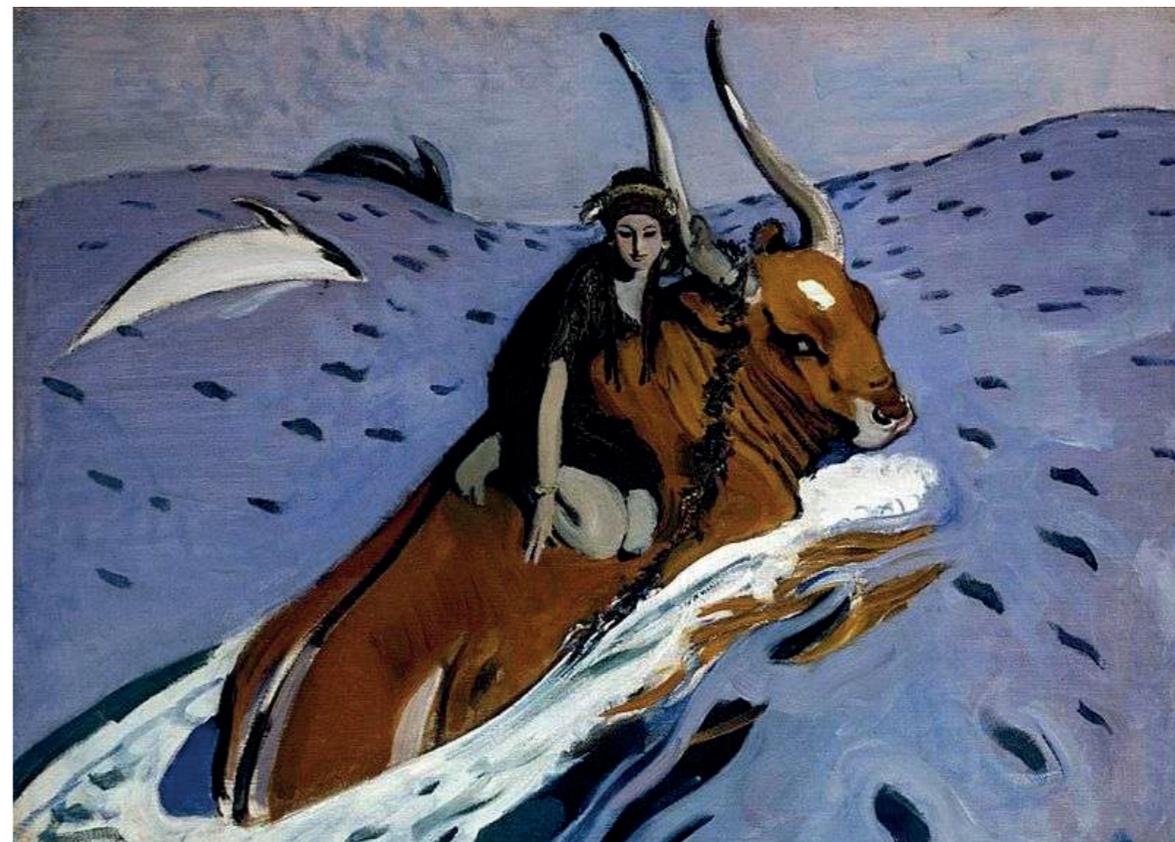
9 791259 768704



QUADERNI AISDUE

3/2023

Editoriale Scientifica



Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

Antonio Tizzano (presidente), Patrizia De Pasquale (segretario generale),
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

Antonio Tizzano, Patrizia De Pasquale,
Pietro Manzini, Paola Mori, Francesco Rossi Dal Pozzo,
Lorenzo Schiano di Pepe, Fabio Spitaleri

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Irene Agnolucci, Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi,
Camilla Burelli, Federico Ceci, Andrea Circolo, Erika Colombo,
Angela Corra, Alessandra Favi, Marta Ferrari, Federico Ferri,
Marco Gerbaudo, Anna Kompatscher, Miriana Lanotte, Irene Marchioro,
Martina Minardi, Benedetta Minucci, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

QUADERNI AISDUE

2023/3

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-870-4

INDICE

<i>Presentazione</i> di Antonio Tizzano	9
<i>Articoli</i>	
GRECO G., Le commissioni di ricorso delle Agenzie dell'Unione europea e il controllo sulle valutazioni tecniche complesse (alla luce della giurisprudenza <i>Aquind</i>), 5 ottobre 2023	13
GRIECO C., Abrogazione del controllo concomitante sulle iniziative del PNRR e accordi raggiunti in sede europea: quali i possibili rischi?, 7 settembre 2023	35
GIUDICI S., Quando c'è la salute c'è tutto... fuorché un'attività economica. L'esclusione degli ospedali pubblici dalla nozione di impresa alla luce della recente giurisprudenza, 19 novembre 2023	59
LATORRE E., La nozione di sovvenzione estera nel regolamento (UE) 2022/2560, 18 settembre 2023	77
MANZINI P., Antitrust e privacy: la strana coppia, 15 settembre 2023	97
MANZINI P., L'AGCM fa novanta? Il termine decadenziale di novanta giorni per l'applicazione delle sanzioni dell'AGCM al vaglio della Corte di giustizia, 8 novembre 2023	121
MIGLIO A., Riforma dell'Unione e integrazione differenziata: l'eterno ritorno di un binomio classico, 8 ottobre 2023	133
PESCE C., Il Fondo sociale per il clima: prime riflessioni in tema di giustizia delle transizioni, 28 novembre 2023;	147
ROSANÒ A., La prossima tappa nell'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alla materia penale: la proposta di regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali, 20 giugno 2023	165

BlogDUE

- BARBIERI S., Le immunità dei deputati europei tra Parlamento, autorità giudiziarie degli Stati membri e giudice dell'Unione: il triangolo giurisdizionale e istituzionale nei casi *Puigdemont, Comín e Ponsatí*, 12 novembre 2023 187
- BURELLI C., Le concessioni demaniali turistico-ricreative e il requisito della "scarsità delle risorse naturali" ex art. 12, par. 1, della direttiva servizi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, 10 settembre 2023 199
- CIRCOLO A., L'impugnabilità di atti "preparatori" dell'Unione nel contesto di procedimenti amministrativi compositi. Note a margine di TAR Napoli, sent. 26 luglio 2023, n. 4478, 20 settembre 2023 215
- CORRERA A., La Corte di giustizia si pronuncia (ancora una volta) sulla riforma della magistratura polacca, 26 luglio 2023 225
- FERRI F., Can data collected to combat serious crime be used in subsequent administrative investigations pursuant to the *e-privacy* Directive? Some thoughts on the *Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra* judgment, 12 novembre 2023 235
- GUALCO E., United in diversity...but please put your headscarf away: the CJEU, religious discrimination and Member States' gasp for neutrality, 24 luglio 2023 243
- IZZO S., La questione israelo-palestinese e l'Unione europea dopo gli attacchi del 7 ottobre 2023: più ombre che luci, 14 novembre 2023 251
- KOMPATSCHER A., The CJEU says no to systematic pushbacks within the EU. A comment to case C-143/22 of the CJEU about the limits of refusing entry to third-country nationals crossing internal EU borders, 10 dicembre 2023 263
- LANOTTE M., La posizione dell'Unione europea nella prospettiva della modifica del Regolamento Sanitario Internazionale e dell'adozione di un Trattato pandemico, 10 novembre 2023 271
- MINUCCI B., Le conclusioni dell'Avvocato generale Ćapeta nella prima causa EPPO, 27 luglio 2023 281

INDICE	7
MINUCCI B., Dall'incremento della quota di energia rinnovabile alla semplificazione delle procedure autorizzative per i nuovi impianti: una prima lettura della direttiva RED III, 23 novembre 2023	289
PERILLO E., Una Costituzione italiana che sia al passo con lo Stato di diritto dell'Unione europea: un aggiornamento davvero difficile?, 16 settembre 2023	297
PEROTTO G., <i>L'arm's length principle</i> nel diritto dell'Unione europea. Riflessioni a margine delle conclusioni dell'AG Kokott nel caso <i>Amazon</i> , 15 novembre 2023	309
RISTUCCIA F., Di addii e benvenuti: l'applicazione della giurisprudenza <i>Ruiz Zambrano</i> alla residenza del familiare non UE di un cittadino UE che non ha mai vissuto nell'Unione, 3 ottobre 2023	317
ROSANÒ A., Sul rapporto tra regola di specialità e nozione di autorità giudiziaria di emissione nell'ambito del MAE: la sentenza <i>Minister for Justice and Equality</i> (Demande de consentement - Effets du mandat d'arrêt européen initial), 5 settembre 2023	327
SPITALERI F., Rinvio pregiudiziale e obbligo di sospensione del giudizio principale: note alla sentenza <i>BK e ZbP</i> , 26 luglio 2023	337
TINTIE., Il regolamento sul controllo degli investimenti esteri diretti al vaglio della Corte: giudici liberisti, Avvocato generale protezionista?, 29 ottobre 2023	351
ZACCARONI G., La recente proposta di regolamento sull'euro digitale: problemi giuridici e caratteristiche tecniche, 23 ottobre 2023	361
 Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA) – Aggiornamenti sulla giurisprudenza (a cura di Erika Colombo e Francesco Luigi Gatta)	
Bollettino mensile n. 1 – gennaio 2023	371
Bollettino mensile n. 2 – febbraio 2023	381
Bollettino mensile n. 3 – marzo 2023	393
Bollettino mensile n. 4 – aprile 2023	403
Bollettino mensile n. 5 – maggio 2023	415

Bollettino mensile n. 6 – giugno 2023	423
Bollettino mensile nn. 7/8 – luglio e agosto 2023	433
Bollettino mensile n. 9 – settembre 2023	447
Bollettino mensile n. 10 – ottobre 2023	459
Bollettino mensile n. 11 – novembre 2023	467
Bollettino mensile n. 12 – dicembre 2023	481

Forum Immigrazione, Frontiere e Asilo (IFA) – Rassegna di atti, documenti e dottrina

(a cura di Valeria Amenta, Giulia Dal Ben, Michele Migliori e Agnese Palazzi)

Bollettino bimestrale n. 1 – gennaio e febbraio 2023	489
Bollettino bimestrale n. 2 – marzo e aprile 2023	509
Bollettino bimestrale n. 3 – maggio e giugno 2023	525
Bollettino bimestrale n. 4 – luglio e agosto 2023	539
Bollettino bimestrale n. 5 – settembre e ottobre 2023	549
Bollettino bimestrale n. 6 – novembre e dicembre 2023	567

L'ARM'S LENGTH PRINCIPLE NEL DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA. RIFLESSIONI A MARGINE
DELLE CONCLUSIONI DELL'AG KOKOTT NEL CASO AMAZON

Gabriella Perotto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Commissione europea e la sentenza del Tribunale. – 3. Le conclusioni dell'AG Kokott. – 4. Commento.

1. *Introduzione*

Le conclusioni dell'AG Kokott nel caso *Amazon* (conclusioni dall'AG Kokott dell'8 giugno 2023, causa C-457/21 P, *Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo, Amazon.com Inc., Amazon EU S.à.r.l.*) consentono di formulare alcune riflessioni relative all'*arm's length principle* e al ruolo che quest'ultimo svolge nell'ordinamento dell'Unione europea, con particolare riferimento alla disciplina sugli aiuti di Stato.

L'*arm's length principle*, solitamente tradotto in italiano come principio di libera concorrenza, è stato sviluppato nell'ambito dell'OCSE. Si tratta di uno standard internazionale relativo ai prezzi di trasferimento concordato fra i Paesi membri dell'OCSE utilizzabile dai gruppi di imprese multinazionali e dalle amministrazioni fiscali nazionali. (OECD, *The Arm's Length Principle*, in *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2022, OECD Publishing, Paris). La necessità di introdurre tale standard risiede nel fatto che le transazioni fra entità appartenenti al medesimo gruppo non sono soggette alle forze di mercato come invece accade fra imprese autonome. La funzione dell'*arm's length principle* è quella di simulare tale effetto nel calcolo dei prezzi di trasferimento in modo che non si creino effetti distorsivi.

L'applicazione di detto principio al calcolo dei prezzi di trasferimento da parte dall'amministrazione fiscale di uno Stato membro può assumere rilevanza nell'ambito dell'identificazione del reddito imponibile di una società parte di un gruppo. A detta identificazione, ovviamente, consegue la quantificazione dell'imposta che può essere cristallizzato in una decisione

* Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano – BLEST.

tributaria anticipata (*tax ruling* o *ruling* fiscale). Tuttavia, l'*arm's length principle* non consente di individuare un risultato certo. Si tratta di un'approssimazione che può essere ottenuta utilizzando metodi diversi fra loro e che consente di individuare un range ragionevole entro il quale la transazione può essere considerata "*at arm's length*".

Le decisioni delle amministrazioni fiscali sono misure nazionali che possono essere oggetto dello scrutinio della Commissione alla luce del divieto di aiuti di Stato previsto dall'articolo 107(1) TFUE. Affinché una misura nazionale possa essere qualificata come aiuto di Stato è necessario che sia data prova della sussistenza di tutti i requisiti ivi previsti. Nello specifico, il beneficiario della misura deve essere un'impresa, la misura deve essere imputabile allo Stato e concessa mediante l'utilizzo di risorse statali, deve essere selettiva e comportare un vantaggio economico al beneficiario e, infine, deve incidere sugli scambi tra Stati membri e falsare o minacciare di falsare la concorrenza.

Come si evince dal quadro brevemente descritto, in questo contesto è di centrale importanza comprendere quale sia il ruolo dell'*arm's length principle* nell'ordinamento dell'Unione europea e se questo possa essere utilizzato dalla Commissione come parametro per stabilire se una certa misura sia un aiuto di Stato. Le conclusioni dell'AG Kokott nel caso *Amazon*, facendo eco all'importante sentenza nel caso *Fiat* del novembre 2022 (cause riunite C-885/19 P, C-898/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*; si veda, al riguardo, S. DALY, *Fiat v Commission: A Misconception at the Heart of the Tax Ruling Cases*, in *The Modern Law Review*, 2023, p. 1; A. P. DOURADO, *Editorial: The FIAT Case and the Hidden Consequences*, in *Intertax*, 2023, p. 2; T. VAN HELFTEREN, *A Restriction on the Commission's State Aid Enforcement in Fiscal Aid Cases: Fiat and Ireland v Commission*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2023, p. 168; T. G. ILIOPOULOS, *The Fiat Case and a Judicial Epilogue in the Tax Rulings Saga*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2023, p. 188 e il mio precedente post su questo blog), chiariscono tale rapporto rendendo espliciti i limiti entro cui la Commissione può considerare l'*arm's length principle* parte del quadro di riferimento per la valutazione del vantaggio selettivo della misura.

2. La decisione della Commissione europea e la sentenza del Tribunale

La misura statale che ha dato origine al caso *Amazon* consiste in una

decisione tributaria anticipata adottata dall'amministrazione fiscale lussemburghese nei confronti di Amazon.com avente ad oggetto il tasso di *royalty* appropriato tra due società figlie. Queste ultime sono Amazon Europe Holding Technologies SCS ("LuxSCS") e Amazon EU Sàrl (LuxOpCo), società stabilite in Lussemburgo parte del gruppo Amazon.com create a seguito di una ristrutturazione delle attività del gruppo. In particolare, il 30 aprile 2006 è stato stipulato un accordo di licenza relativo a diritti di proprietà intellettuale (tecnologia, dati clienti e marchi) secondo il quale LuxOpCo aveva diritto a sfruttare tali beni immateriali quale licenziatario a fronte del pagamento di una *royalty* alla LuxSCS. Il *ruling* fiscale controverso, emesso nel novembre 2003 dalle autorità lussemburghesi, riguardava il calcolo del tasso delle *royalty* che LuxOpCo avrebbe dovuto versare alla LuxSCS a partire dalla stipula dell'accordo di licenza. Il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento e il risultato di tale calcolo incide sulla quantificazione dell'imposta sul reddito delle società che doveva essere pagata da LuxOpCo. In particolare, all'aumentare della *royalty* sarebbe corrisposta una riduzione dell'imposta sul reddito per la società lussemburghese. Il metodo da utilizzare per effettuare tale calcolo è stato concordato fra Amazon.com e l'amministrazione fiscale lussemburghese.

A seguito dello scrutinio della Commissione, con decisione del 4 ottobre 2017 (decisione 2018/859) quest'ultima ha ritenuto che mediante tale *ruling* fiscale le autorità lussemburghesi stessero conferendo un aiuto di Stato in quanto il metodo utilizzato per la determinazione delle *royalty* non era conforme all'*arm's length principle* dell'OCSE. Infatti, secondo la Commissione, utilizzando un altro metodo di calcolo si raggiungeva un tasso di *royalty* inferiore. Pertanto, la concessione di una *royalty* più alta nell'ambito del *ruling* fiscale rappresentava un aiuto di Stato in quanto consentiva un'imposta sul reddito inferiore.

Contro la decisione della Commissione è stato proposto ricorso davanti al Tribunale da parte di Amazon (LuxOpCo e Amazon.com Inc.) e del Lussemburgo (cause riunite T-816/17 e T-318/18). L'argomentazione principale sostenuta dalle parti ricorrenti riguarda l'errore da parte della Commissione nella valutazione relativa al vantaggio selettivo e all'introduzione in tale analisi dell'*arm's length principle* in quanto previsto dalle linee guida dell'OCSE. Il Tribunale ha accolto il ricorso e ha annullato la decisione della Commissione.

Nel luglio 2021 la sentenza del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte da parte della Commissione, la quale ne richiede l'annullamento sulla base di due motivi: l'erronea applicazione da parte del Tribunale dell'*arm's*

length principle e l'esistenza di un vantaggio selettivo conferito dalla misura in questione.

3. *Le conclusioni dell'AG Kokott*

Nelle proprie conclusioni l'AG Kokott compie un'ampia analisi relativa al requisito del vantaggio selettivo che è solitamente quello maggiormente controverso in relazione a misure fiscali. Nella ricostruzione effettuata, l'AG inizia con il ricordare la consolidata giurisprudenza della Corte in merito secondo cui, per stabilire la selettività di una misura fiscale, è necessario procedere con il cosiddetto *three-step test* che richiede, in primo luogo, la determinazione del regime tributario normalmente applicabile che assume il ruolo di sistema di riferimento. Quest'ultimo va utilizzato per valutare se la misura introduca una deroga rispetto al trattamento fiscale normalmente applicato ad altri operatori che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga. Infine, il terzo passaggio del test richiede una valutazione circa l'eventuale giustificazione di tale deroga alla luce della natura del sistema di riferimento. Il quadro di riferimento è quindi il livello di tassazione a cui imprese comparabili sono normalmente soggette in un dato Stato membro ed è composto dalla normativa applicabile sia di derivazione sovranazionale che nazionale, rientrando la materia fiscale per buona parte nel cosiddetto *domaine réservé*. In particolare, come ricorda l'AG “non possono essere presi in considerazione parametri e regole esterni al sistema tributario nazionale di cui trattasi, a meno che, quest'ultimo non vi faccia esplicito riferimento” (punto 70). Tale obbligo è anche ricostruito come espressione del principio di legalità dell'imposta in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea secondo il quale l'obbligo di pagare un'imposta e gli elementi che definiscono e caratteristiche fondamentali di quest'ultima devono essere determinati per legge affinché il soggetto passivo sia in grado di prevederne l'esigibilità e l'importo.

L'AG individua due nodi problematici principali che vertono sul calcolo del prezzo di trasferimento corretto per la *royalty* in conformità all'*arm's length principle* dell'OCSE. In primo luogo, è necessario comprendere se tale principio possa essere inserito nel sistema di riferimento ai fini della valutazione relativa alla selettività della misura. In secondo luogo – e in via subordinata – è bene chiarire in che misura la Corte possa entrare nel merito di tale calcolo nell'ambito del giudizio di impugnazione. In altri termini, bisogna capire se si tratta di una questione di diritto censurabile anche

davanti alla Corte o di un profilo di merito rispetto al quale il solo Tribunale ha competenza.

Con riferimento al primo punto, l'argomentazione formulata dall'AG è imperniata sul rispetto dell'autonomia fiscale nazione che vige al di fuori degli ambiti armonizzati. Nello specifico, si afferma che “le decisioni tributarie fondamentali in materia di imposizione, in particolare le decisioni sulla tecnica di imposizione ma anche gli obiettivi e i principi della tassazione” rientrano nell'ambito di discrezionalità statale (conclusioni AG Kokott, punto 55). Pertanto, la fissazione di metodi e criteri che consentono di determinare un risultato “*at arm's length*” rientra in tale ambito di autonomia salvo, ovviamente, il caso di interventi di armonizzazione a livello europeo. Come già ricordato, l'*arm's length principle* è stato elaborato in ambito OCSE e non è stato recepito in quanto tale nell'ordinamento dell'Unione europea. Inoltre, gli Stati membri dell'OCSE pur riconoscendo il merito del ricorso a tale principio per stabilire la corretta attribuzione e ripartizione degli utili delle società di uno stesso gruppo, nel concreto hanno adottato forme diverse di applicazione di quest'ultimo. Peraltro, le stesse linee guida OCSE indicano diversi metodi per ottenere l'approssimazione dei prezzi di libera concorrenza. Ne consegue che, in linea teorica, l'*arm's length principle* potrebbe essere inserito nel quadro di riferimento ma solo nel caso in cui questo sia previsto dall'ordinamento nazionale. Non esistendo un metodo di calcolo autonomo a livello europeo che consenta di valutare se le transazioni rispettano l'*arm's length principle*, la Commissione può utilizzare tale parametro nella valutazione della selettività solo se espressamente previsto dalla normativa tributaria dello Stato membro che ha adottato la misura fiscale controversa. Poiché la corretta individuazione del sistema di riferimento è il punto di partenza per effettuare l'esame comparativo che è presupposto per la valutazione relativa alla selettività della misura, un errore al riguardo necessariamente inficia l'intera analisi sulla qualificazione di quest'ultima come aiuto di Stato.

L'AG passa poi a considerare il secondo punto (conclusioni AG Kokott, punto 81 ss.) per valutare se – nel caso in cui la Corte non aderisse a questa linea argomentativa e ritenesse adeguato il sistema di riferimento individuato dalla Commissione – l'analisi nel merito relativa alla corretta applicazione dell'*arm's length principle* sia da considerarsi una questione di fatto o di diritto. Ciò rileva in quanto “la valutazione dei fatti – nella quale rientra, in linea di principio, anche la valutazione quanto al diritto nazionale da parte del Tribunale – e delle prove non è (...) una questione di diritto che può essere esaminata dalla Corte nell'ambito di un'impugnazione” (conclusioni

AG Kokott, punto 84). La Corte ha già chiarito nel caso *Fiat* che la corretta determinazione del sistema di riferimento è una questione che può essere oggetto di un sindacato nel giudizio di impugnazione. Tuttavia, non è ancora stato specificato se possa rientrarvi anche “la concreta sussunzione in tale sistema di riferimento” (conclusioni AG Kokott, punto 87), cioè l’applicazione del diritto nazionale nel caso concreto. Secondo l’impostazione seguita dall’AG, questi due aspetti sono difficilmente separabili e auspica che “sia la corretta determinazione (interpretazione) del sistema di riferimento sia la corretta sussunzione (applicazione) in tale sistema di riferimento vengano trattate in modo identico” (conclusioni AG Kokott, punto 88).

In conclusione, l’AG ritiene che i motivi di impugnazione non possano essere accolti in quanto nella decisione controversa la Commissione ha utilizzato un sistema di riferimento errato non potendo quindi dimostrare il vantaggio selettivo. Anche nel caso in cui il sistema di riferimento individuato fosse considerato corretto, la Commissione non ha dimostrato che il metodo di calcolo utilizzato dalle autorità fosse manifestamente erroneo comportando il conferimento nei confronti del beneficiario di un vantaggio selettivo.

4. *Commento*

Le conclusioni dell’AG Kokott nel caso *Amazon* proseguono nella direzione impartita dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Fiat* del novembre 2022. È verosimile che questa impostazione verrà accolta anche nella sentenza della Corte in questo caso, in coerenza con la sua precedente giurisprudenza. Inoltre, la linea argomentativa già proposta dalla Corte e sposata dall’AG Kokott potrà trovare applicazione in altri casi ancora pendenti con questioni fattuali e giuridiche sottese simili a quelle in analisi come, ad esempio, il caso *Apple* (causa C-465/20 P, *Commissione c. Irlanda e a.*) nelle more del quale sono state recentemente pubblicate le conclusioni dell’AG Pitruzella (conclusioni del 9 novembre 2023, causa C-465/20 P, *Commissione c. Irlanda e a.*).

Come nelle conclusioni in analisi, anche la Corte nel caso *Fiat* pone l’attenzione sulla corretta individuazione del quadro di riferimento e sulla possibilità di includervi l’*arm’s length principle*. È importante ricordare che la Corte non esclude l’applicazione del principio e dei relativi metodi di calcolo in quanto tali. La motivazione poggia su elementi cardine dell’ordinamento dell’Unione europea, come il riparto delle competenze e il principio della

certezza del diritto, alla luce dei quali è evidente come una misura nazionale soggetta a una valutazione finalizzata alla sua qualificazione come aiuto di Stato o meno non può che essere analizzata alla luce di norme normalmente applicabili a imprese in condizioni fattuali e giuridiche comparabili. In questo contesto, l'*arm's length principle* è ipoteticamente applicabile ma solo se questo è parte dell'ordinamento nazionale. Ciò non esclude che possa entrarvi per il tramite di una normativa sovranazionale ma, ad oggi, quest'ultima non è ancora stata adottata.

In merito, può essere utile evidenziare il tentativo da parte della Commissione (si veda, ad esempio 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, par. 172) di intendere l'*arm's length principle* come parte dell'ordinamento dell'Unione europea in quanto asseritamente riconosciuto dalla Corte di giustizia nel caso *Forum 187* (cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione delle Comunità europee*) e come applicazione del principio generale di pari trattamento in materia fiscale. In realtà in quell'occasione, la Corte non faceva esplicito riferimento a tale principio ma si limitava ad affermare che per valutare se un regime fiscale (nella fattispecie un regime fiscale belga per i centri di coordinamento autorizzati) debba essere considerato una deroga al quadro di riferimento che concede un vantaggio economico, esso deve essere confrontato con "il sistema fiscale ordinario, basato sulla differenza tra gli utili e le uscite di un'impresa che svolge la propria attività in condizioni di libera concorrenza" (punto 95). Pertanto, è stato osservato che non è automatico considerare l'*arm's length principle* come un corollario implicito della valutazione *ex art. 107(1) TFUE* indipendentemente dal fatto che uno Stato membro abbia o meno incorporato tale principio nel proprio ordinamento giuridico nazionale unicamente sulla base del riferimento fatto alle "condizioni di libera concorrenza". Per poter essere inserito della valutazione relativa al vantaggio selettivo, l'*arm's length principle* deve quindi essere previsto espressamente dall'ordinamento dello Stato membro che ha concesso l'ipotetico aiuto.

La linea argomentativa utilizzata riporta l'attenzione sull'autonomia fiscale degli Stati membri, da un lato, e sulla *ratio* che sottende alla procedura per la valutazione degli aiuti di Stato, dall'altro. Questa impostazione è condivisibile in quanto rispettosa del riparto delle competenze fra Unione e Stati membri e della consolidata giurisprudenza relativa alla valutazione del vantaggio selettivo nell'ambito degli aiuti fiscali, oltre che garantistica nei con-

fronti delle imprese. È indubbio che le grandi imprese multinazionali debbano pagare la loro “*fair share of taxes*”, come spesso è stato affermato da Margrethe Vestager, ma gli aiuti di Stato hanno dato prova di non essere probabilmente il miglior strumento da utilizzare a questo proposito a livello europeo. Infatti, come censurato dalla Corte nel caso *Fiat*, il tentativo di introdurre l’*arm’s length principle* nell’ordinamento dell’Unione europea nel modo già illustrato rappresenta un tentativo di “*backdoor tax harmonisation*” e quindi, in ultimo, una violazione della discrezionalità statale in materia fiscale e delle norme dei Trattati che permettono e regolano le procedure per l’armonizzazione in questo settore.

Al contrario, l’introduzione di strumenti di armonizzazione fiscale per la tassazione sulle imprese rappresenta senza dubbio la via maggiormente auspicabile per raggiungere questo obiettivo. La recente proposta BEFIT, acronimo di *Business in Europe: Framework for Income Taxation*, adottata dalla Commissione rappresenta un passaggio chiave in questo senso (Imprese in Europa: quadro per l’imposizione dei redditi - BEFIT). Si tratta di un pacchetto di misure volte a ridurre costi di conformità, semplificare e rendere coerenti i meccanismi che regolano gli adempimenti fiscali delle grandi imprese multinazionali nell’Unione europea e, più in generale, introdurre un *corpus* di norme che faciliti il calcolo della base imponibile e consenta una distribuzione più efficace degli utili tra gli Stati membri. Peraltro, è anche prevista una proposta per armonizzare le norme sui prezzi di trasferimento. Fino a dicembre 2023, sulla piattaforma dedicata, sarà possibile esprimere il proprio parere sulla proposta che verrà successivamente presentata al Parlamento e al Consiglio per l’adozione dell’atto legislativo. Si tratta di un’iniziativa encomiabile che arriva a seguito di una serie di tentativi fallimentari per introdurre una base imponibile consolidata comune (in particolare, si fa riferimento alle proposte del 2016 e del 2011, rispettivamente COM(2016) 685 final; COM(2016) 683 final e COM(2011) 121 definitivo). Lo scoglio principale che in passato ha impedito l’adozione di atti di armonizzazione in questo ambito è stato quello di trovare una posizione condivisa fra gli Stati membri rispetto a quale debba essere la formula da applicare per stabilire la corretta imputazione degli utili. Sarà interessante vedere come la proposta BEFIT verrà accolta da Parlamento e Consiglio e se l’*impasse* che si è verificato nei tentativi precedenti potrà essere superato.