



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTI E ISTITUZIONI
XXXIII CICLO

**“La concorrenza fiscale nell’Unione europea e i
limiti imposti alla potestà fiscale degli Stati
membri”**

Tesi presentata da: dott.ssa Gabriella Perotto

Tutors: prof. Francesco Costamagna, prof.ssa Annamaria Viterbo

Anni accademici: 2017/2018 – 2018/2019 – 2019/2020

Settore scientifico-disciplinare di afferenza: IUS/14

Indice

Introduzione	3
Capitolo 1. Il quadro normativo europeo in materia fiscale e la concorrenza fiscale fra Stati membri	6
1.1. I poteri dell'Unione europea in materia fiscale: principio di attribuzione e <i>retained power</i> nazionale.	6
1.1.1. Il sistema delle competenze nel diritto dell'Unione europea: riparto formale e esercizio dei poteri	8
1.1.2. La competenza dell'Unione europea in materia fiscale	14
1.1.2.1. Il diritto primario	16
1.1.2.2. Il diritto derivato	25
1.1.3. Integrazione negativa e limitazioni alla discrezionalità fiscale nazionale: si può ancora parlare di <i>retained power</i> ?	34
1.2. La concorrenza fiscale fra Stati membri	39
1.2.1. La nozione di concorrenza fiscale fra ordinamenti	39
1.2.2. La concorrenza fiscale nell'Unione europea: evoluzione dell'approccio delle Istituzioni al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa	43
1.2.3. Il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa: principali profili problematici	48
Capitolo 2. Coordinamento e armonizzazione della tassazione sulle imprese	52
2.1. L'armonizzazione fiscale e la proposta di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società	53
2.1.1. Verso la proposta di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società	54
2.1.2. Il superamento del requisito dell'unanimità per l'armonizzazione in materia fiscale: l'articolo 116 TFUE come " <i>nuclear option</i> "?	61
2.2. Il coordinamento in materia fiscale	68
2.2.1. Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese	69
2.2.2. Strumenti di supporto al coordinamento in materia fiscale	75
Capitolo 3. Il divieto di aiuti di Stato come strumento di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa	80

3.1. La disciplina degli aiuti di Stato	80
3.1.1. La nozione di aiuto di Stato	85
3.1.1.1. Il beneficiario dell'aiuto: la nozione di impresa e di attività economica.	85
3.1.1.2. Il vantaggio economico.	89
3.1.1.3. L'origine statale della misura: l'utilizzo di risorse pubbliche e l'imputabilità della misura allo Stato.	95
3.1.1.4. Il requisito della selettività.	99
3.1.1.5. L'alterazione della concorrenza ed il pregiudizio al commercio degli Stati membri.	108
3.1.2. Le peculiarità degli aiuti fiscali: la selettività	111
3.1.2.1. Valutazione analitica di ciascun requisito o analisi complessiva della misura: i casi <i>Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna e Paint Graphos</i>	115
3.1.2.2. L'estensione della nozione di selettività: i casi <i>World Free Group SA e Hansestadt Lübeck</i>	121
3.2. Aiuti di Stato e concorrenza fiscale dannosa	130
3.2.1. <i>Tax Rulings</i> e aiuti di Stato	132
3.2.1.1. Le pronunce sui <i>tax rulings</i> e l'introduzione dell' <i>arm's lenght principle</i> nell'analisi sulla selettività della misura	134
3.2.1.2. L'estensione della nozione di selettività e la riduzione della discrezionalità fiscale nazionale	147
3.2.2. Aspetti critici dell'utilizzo degli aiuti di Stato come strumento per contrastare la concorrenza fiscale dannosa	151
3.2.3. L'allentamento del controllo sugli aiuti di Stato e gli effetti sulla concorrenza fiscale dannosa: l'esempio della crisi legata al COVID-19	155
Conclusioni	168
Bibliografia	174

Introduzione

Il potere tributario rappresenta il fondamento della sovranità nazionale essendo il presupposto essenziale che consente ad un ente l'esercizio autonomo delle proprie competenze, permettendo la realizzazione degli obiettivi che si propone grazie alla disponibilità delle risorse derivante dall'esercizio del proprio potere impositivo.¹ L'Unione europea, in considerazione della natura del proprio ordinamento basato sulla cessione di poteri circoscritti da parte degli Stati membri, non è titolare di un potere impositivo proprio né della sovranità che consentirebbe la creazione di una effettiva capacità fiscale europea. Infatti, in applicazione del principio di attribuzione, può agire solo entro i limiti delle competenze attribuite e degli obiettivi previsti dei Trattati.

Tuttavia, ciò non esclude che, nell'esercizio di dette competenze, si possano creare delle situazioni nelle quali la discrezionalità fiscale di cui godono gli Stati membri venga limitata. Importanti interventi di armonizzazione delle legislazioni nazionali in determinati ambiti, da un lato, e l'attività interpretativa della Corte di giustizia con misure di integrazione negativa, dall'altro, hanno contribuito a rendere il quadro del riparto delle competenze in materia fiscale sempre meno netto e definito. La concorrenza fiscale dannosa e gli strumenti posti in essere a livello europeo per il contrasto di queste pratiche sono un esempio di come si possano verificare delle interferenze fra l'azione europea e le scelte di politica fiscale nazionale.

La concorrenza fra ordinamenti su base fiscale è un fenomeno che opera a livello internazionale ma che trova un terreno particolarmente fecondo a livello europeo come conseguenza dell'alto livello di integrazione presente fra gli Stati membri.² Infatti, in questo contesto, considerando che lo scopo della creazione del mercato interno è quello di dare vita a "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei

¹ Giulia Rossolillo, 'Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea' (2018) 1 Il diritto dell'Unione europea 121, 121.

² Per una prima introduzione al tema della concorrenza fiscale si veda Manuel Chastagnaret, Alexandre Maitrot de la Motte, Michaël Karpenschif, Jean-Luc Albert, Lukasz Stankiewicz, 'La concurrence fiscale dans l'Union européenne' in Éric Carpano, Manuel Chastagnaret, Emmanuelle Mazuyer (a cura di), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne* (Lancier 2016).

capitali”³, l’assenza di armonizzazione fiscale nel campo della tassazione diretta ha inevitabilmente creato degli effetti distorsivi e il proliferare di pratiche dannose quali l’evasione o elusione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva. Ciò costituisce una minaccia alla creazione di un ambiente concorrenziale sano e può generare ingenti perdite di gettito, oltre che fenomeni di *dumping* fiscale fra Stati membri.

Alla luce del quadro brevemente tratteggiato, l’obiettivo del presente lavoro è quello di analizzare i modi con i quali il diritto dell’Unione europea tenta di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, individuando le basi giuridiche che permettono l’azione europea in questo contesto, identificando le istituzioni e organi coinvolti e gli strumenti utilizzati e tentando di valutarne l’adeguatezza e l’efficacia rispetto allo scopo, oltre che la coerenza del loro utilizzo rispetto all’ordinamento europeo. La prospettiva attraverso la quale si intendono affrontare questi profili problematici è quello del sistema delle competenze, contestualizzandoli nella continua tensione che sussiste in materia fiscale fra le esigenze europee e il supposto *retained power* nazionale. In particolare, si tenterà di stabilire in che misura tali strumenti siano limitativi della discrezionalità fiscale nazionale e se tale intervento europeo possa considerarsi in linea con le norme previste nei Trattati, sia con riguardo al fine che ai mezzi utilizzati. Rispetto a questi temi la dottrina tende ad essere molto settoriale, affrontando questi aspetti sotto il profilo del diritto tributario o del diritto della concorrenza, senza tenere in debita considerazione il quadro giuridico sotteso che implica necessariamente un’attenta riflessione rispetto ai poteri di cui gode l’Unione in materia fiscale. Al contrario, un approccio maggiormente comprensivo permette una migliore valutazione dell’azione europea volta al contrasto della concorrenza fiscale dannosa e dell’impatto di quest’ultima sulle politiche fiscali nazionali.

Dal punto di vista metodologico, la ricerca verrà condotta analizzando l’attuale quadro regolamentare europeo in materia, con l’obiettivo di offrire una rassegna degli strumenti presenti nel diritto dell’Unione europea, discuterne le criticità e

³ Articolo 26(2) TFUE.

proporre possibili approcci che consentano un'azione efficace a livello europea nel rispetto delle prerogative degli Stati membri. In particolare, il primo capitolo è dedicato all'individuazione del quadro normativo europeo in materia fiscale e alla nozione di concorrenza fiscale. Seguono due capitoli dedicati agli strumenti utilizzati nell'ordinamento europeo al fine di limitare le conseguenze negative di detto fenomeno che possono essere ricondotti alla categoria delle misure dirette al coordinamento e all'armonizzazione della tassazione sulle imprese (capitolo 2) e alla disciplina che regola la concessione di aiuti di Stato (capitolo 3). Infine, l'ultima parte sarà dedicata alla presentazione di alcune considerazioni finali alla luce dell'analisi svolta.

Capitolo 1. Il quadro normativo europeo in materia fiscale e la concorrenza fiscale fra Stati membri

La ricostruzione del quadro normativo di riferimento a livello europeo per la materia fiscale richiede l'individuazione delle basi giuridiche poste a fondamento dell'esercizio di tale competenza o potere. Lo studio del fenomeno della concorrenza fiscale nell'ordinamento europeo e degli strumenti posti in essere in tale sede per contrastarla non può prescindere da un'attenta analisi dei principi su cui è basata la divisione di poteri fra Unione europea e Stati membri. È dunque necessario individuare le fondamenta sui cui si regge il sistema delle competenze nell'ordinamento europeo per poter analizzare con maggiore chiarezza i suoi riflessi sulla materia fiscale e valutare la sussistenza di un *retained power* in capo agli Stati membri in questo settore (si veda *infra* par. 1.1). La sezione successiva sarà invece dedicata alla concorrenza fiscale fra Stati membri, ponendo particolare attenzione alla nozione di misura fiscale dannosa e all'approccio che le istituzioni dell'Unione europea hanno avuto verso questo fenomeno (si veda *infra* par. 1.2).

1.1. I poteri dell'Unione europea in materia fiscale: principio di attribuzione e *retained power* nazionale.

Il riparto delle competenze fra Unione europea e Stati membri può sembrare, ad una prima superficiale analisi, un ambito rispetto al quale non sussistono particolari questioni giuridiche da dipanare. Il principio di attribuzione, come descritto nei primi capitoli della manualistica di diritto dell'Unione europea, si basa su un assunto lineare, quasi elementare considerata la natura dell'Unione europea, secondo il quale quest'ultima agisce solamente nei limiti delle competenze attribuite dagli Stati membri. Tuttavia, come spesso accade, se si tenta di applicare tale principio tracciando un'ipotetica linea di demarcazione fra ciò che effettivamente rimane nel limite della competenza degli Stati membri e ciò che invece ricade nei poteri dell'Unione, risulta evidente come i confini non siano sempre così netti e definiti.¹

¹ Paul Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform* (Oxford University Press 2012) 155.

L'analisi dell'effettiva distribuzione delle competenze fra Unione europea e Stati membri è un aspetto che si rileva spesso centrale negli studi sull'integrazione europea,² tanto che questa branca del diritto è stata intesa fin dagli albori come volta principalmente a far fronte a “*the matter of defining spheres of competence and power relationships*”.³ Il carattere essenzialmente dinamico dell'ordinamento dell'Unione europea si riflette anche nell'attribuzione dei poteri. L'azione dell'Unione è costantemente tesa al raggiungimento degli obiettivi di integrazione sovranazionale pur non mutando formalmente il quadro di cessione della sovranità operato dagli Stati membri.⁴ Obiettivi e competenze possono infatti considerarsi le due componenti del principio di attribuzione interdipendenti fra loro. In particolare, gli obiettivi costituiscono il riferimento per l'esercizio delle competenze attribuite che non possono essere interpretate al di là di questi.⁵ La Corte di giustizia ricopre un ruolo fondamentale in detto sviluppo in quanto, mediante la propria attività ermeneutica, ha gradualmente limitato la discrezionalità statale alla stregua delle esigenze di integrazione sovranazionale.⁶ Questo può considerarsi un tratto peculiare dell'esperienza europea rispetto ad altre forme di integrazione sovranazionale nelle quali non è previsto un organo giurisdizionale comune e determinante per la dinamicità che la caratterizza.⁷

² Si veda, *ex multis*, Vlad Constantinesco, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1974); Alan Dashwood, 'The Limits of European Community Powers' (1996) 21 *European Law Review* 113; Udo di Fabio, 'Some Remarks on the Allocation of Competences Between the European Union and its Member States' (2002) 39(6) *Common Market Law Review* 1289; Armin von Bogdandy, Jürgen Bast, 'The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform' (2002) 39(2) *Common Market Law Review* 227; Paul Craig, 'Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration' (2004) 29 *European Law Review* 323; Stephen Weatherill, 'Better Competence Monitoring' (2005) 30 *European Law Review* 23; Robert Schütze, *From Dual to Cooperative Federalism: the Changing Structure of European Law* (Oxford University Press 2009); Armin von Bogdandy and Jürgen Bast (eds), *Principles of European Constitutional Law* (Hart-Beck 2010); Robert Schütze, *European Constitutional Law* (Cambridge University Press 2012); Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014).

³ Pierre Pescatore, *The Law of Integration. Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities* (Sijthoff 1974) 26, come riportato da Loïc Azoulay, 'Introduction: The Question of Competence' in Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014) 1.

⁴ Pasquale Pistone, *Diritto Tributario europeo* (Giappichelli 2018) 5.

⁵ Eleftheria Neframi, 'Le rapport entre objectifs et compétences: de la structuration et de l'identité de l'Union Européenne' in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* (Bruylant 2013) 5.

⁶ Pasquale Pistone, *Diritto Tributario europeo, cit.*, 6.

⁷ *Ibid.*

L'analisi prenderà quindi le mosse dallo studio del principio di attribuzione ponendo particolare attenzione alla distinzione fra l'attribuzione formale delle competenze e le condizioni effettive di esercizio dei poteri (si veda *infra* par. 1.1.1), per poi concentrarsi sulle competenze fiscali e la loro ripartizione fra Unione europea e Stati membri. In particolare, in primo luogo verrà ricostruito il quadro normativo europeo rilevante (si veda *infra* par. 1.1.2), per poi passare all'analisi relativa alle limitazioni imposte alla discrezionalità fiscale nazionale (si veda *infra* par. 1.1.3).

1.1.1. Il sistema delle competenze nel diritto dell'Unione europea: riparto formale e esercizio dei poteri

Le aree entro le quali l'Unione europea può esercitare la propria competenza sono limitate dal principio di attribuzione la cui nozione è enucleata nell'articolo 5 TUE.⁸ Come noto, infatti, l'Unione europea non gode di poteri propri ed autonomi ma può agire esclusivamente nei limiti delle competenze ad essa attribuiti dagli Stati membri nei Trattati e per la realizzazione degli obiettivi ivi individuati.⁹ La dinamicità che ha contraddistinto i rapporti fra Unione e Stati membri e l'approfondimento dell'integrazione hanno comportato un'estensione dell'intervento europeo in aree originariamente lasciate alla discrezionalità statale.

Ciò è dovuto alla natura stessa dell'Unione che unisce elementi intergovernativi e sovranazionali rispecchiando la storia della sua origine e del lungo percorso di integrazione di cui è il risultato. Infatti, la legittimazione dei poteri dell'Unione è data dal trasferimento di competenze effettuato dagli Stati membri al fine di raggiungere gli scopi prefissati.¹⁰ Un'attribuzione generica non sarebbe stata ipotizzabile in quanto in questo modo l'Unione avrebbe avuto anche la capacità di decidere sulla propria competenza – la *Kompetenz-Kompetenz*, cioè il potere di definire la propria competenza senza dover fare riferimento a soggetti terzi –¹¹

⁸ Articolo 5 para. 1 e 2 TUE. Inoltre, l'articolo 3 para. 6 TUE prevede che “L'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati.”

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Robert Schütze, ‘EU Competences: Existence and Exercise’ in Anthony Arnull, Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015) 76.

¹¹ Nigel Foster, *Foster on EU Law* (Oxford University Press 2019) 79; *cfr* Andréas Kallergis, *La compétence fiscale* (Dalloz-Sirey 2018) para. 771.

principio che risultava inaccettabile da parte degli Stati membri nei primi anni dell'integrazione europea come ora.

In questo senso, la funzione simbolica del principio di attribuzione non è meno importante di quella pratica in quanto l'individuazione di un confine, seppur ampio, entro il quale un'entità può esercitare i poteri che gli vengono assegnati da altre entità è un tratto fondamentale per la definizione della natura giuridica della prima.¹² Infatti, le organizzazioni internazionali non sono mai dotate della piena competenza che caratterizza le entità statali.¹³ Le prime, infatti, si possono solamente spingere a interpretare in modo estensivo le restrizioni imposte agli Stati membri per l'esercizio dei loro poteri per tentare di allargare il proprio spettro di competenza oltre a quanto esplicitamente attribuito.¹⁴ Tuttavia, se dal punto di vista teorico tale approccio è corretto, l'Unione europea e il quadro istituzionale che le è proprio rappresenta una forma di organizzazione che sfugge alla tradizionale alternativa fra autorità pienamente autodeterminata o subordinata.¹⁵ La discussione sulle competenze dell'Unione europea deve quindi essere necessariamente articolata tenendo in considerazione questo aspetto che influisce sul margine di discrezionalità di ciascuno Stato membro.

La necessità di individuare una chiara allocazione delle competenze, messa in primo piano sin dal Consiglio europeo di Nizza del 2000¹⁶ e dalla successiva Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001,¹⁷ ha portato all'introduzione nel testo del Trattato di Lisbona¹⁸ di articoli dedicati espressamente a questa finalità che

¹² Enzo Cannizzaro, 'L'interaction entre objectifs politiques et compétences matérielles dans le système normatif de l'Union européenne' in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* (Bruylant 2013) 212.

¹³ Al riguardo si veda, *ex multis*, Criseide Novi, 'Le competenze delle organizzazioni internazionali' in Piero Pennetta, Susanna Cafaro, Angela di Stasi, Ivan Ingravallo, Gerardo Martino, Criseide Novi, *Diritto delle organizzazioni internazionali* (Wolters Kluwer 2018) 137 ss.; Ugo Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali* (Giuffrè Francis Lefebvre 2020) 110 ss.

¹⁴ Andréas Kallergis, *op. cit.*, para. 769.

¹⁵ Enzo Cannizzaro, *op. cit.*, 213.

¹⁶ Trattato di Nizza che modifica il trattato sull'Unione europea, i trattati che istituiscono le Comunità europee e alcuni atti connessi, Dichiarazione relativa al futuro dell'Unione (n.23), GU C 80/85.

¹⁷ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001.

¹⁸ Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, GU C 306/1.

propongono una ripartizione per materia.¹⁹ In particolare, la Dichiarazione di Laeken, aveva evidenziato tre elementi di centrale importanza: la necessità di rendere trasparente la ripartizione delle competenze, di sistematizzarle e, nel far questo, garantire che ciò non si traducesse in un “ampliamento strisciante” delle competenze dell’Unione (corrispondente a un indebito debordamento in settori rientranti nella competenza esclusiva degli Stati membri) o a un ostacolo per il processo di integrazione europea.²⁰

Infatti, prima del trattato di Lisbona, risultava maggiormente complesso determinare il riparto delle competenze in quanto la disciplina in merito era disseminata in diverse previsioni del Trattato²¹ rendendo difficoltosa la ricostruzione di un quadro complessivo. Ciò alimentava i timori secondo i quali c’era un crescente ed incontrollato spostamento delle competenze verso l’Unione europea,²² fenomeno che è stato talvolta evocativamente definito “*competence creep*”.²³ In particolare, le nuove previsioni incluse nei trattati sono state il frutto di tre principali forze bilanciate fra loro che hanno operato su più fronti, cioè il desiderio di chiarezza ed i concetti di “attribuzione”, inteso nel senso positivo per il quale all’Unione devono essere conferiti i poteri di cui necessita per poter raggiungere gli obiettivi individuati dai Trattati, e di “limitazione”, nozione che rifletteva i timori circa il rischio di un’attribuzione di potere eccessiva in capo all’Unione.²⁴ La conseguenza di questo cambio di approccio ha comportato un

¹⁹ Al riguardo, si veda Ornella Porchia, ‘La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze’ (2010) 3 Studi sull’Integrazione europea 631, 631-651; Andréas Kallergis, *op. cit.*, para. 772; Nigel Foster, *op. cit.*, 91.

²⁰ Ornella Porchia, *op. cit.*, 631. In particolare, nel testo della dichiarazione di Laeken (p. 4-5) viene espressamente affermato che “Spesso il cittadino nutre nei confronti dell’Unione europea attese alle quali questa non sempre corrisponde. E viceversa, il cittadino ha talvolta l’impressione che l’Unione sia troppo attiva in settori nei quali il suo intervento non sempre è indispensabile. È pertanto necessario chiarire la ripartizione delle competenze tra l’Unione e gli Stati membri, semplificarla e adeguarla alla luce delle nuove sfide che si presentano all’Unione. (...) Si pone infine il quesito su come assicurare che un riassetto della ripartizione delle competenze non si traduca in un ampliamento strisciante delle competenze dell’Unione, oppure in un’interferenza in settori di competenza esclusiva degli Stati membri e, laddove previsto, delle regioni. Come vigilare, al contempo, affinché la dinamica europea non subisca una battuta d’arresto?”

²¹ Paul Craig, Gráinne De Búrca, *EU Law. Text, Cases, and Materials*. (Oxford University Press 2015) 74, Andréas Kallergis, *op. cit.*, para. 772.

²² Paul Craig, Gráinne De Búrca, *op. cit.*, 74.

²³ Stephen Weatherill, ‘Competence creep and competence control’ (2004) 23 *Yarbook of European Law* 1, 1.

²⁴ Paul Craig, Gráinne De Búrca, *op. cit.*, 74.

corrispondente spostamento del dibattito sul tema che è passato dalla discussione sull'esistenza di determinate competenze in capo all'Unione europea alla modalità di esercizio.²⁵ Inoltre, si rileva che la lettura sistematica delle disposizioni del Trattato permette di individuare tre schemi di distribuzione delle competenze: la cessione di poteri da parte degli Stati membri senza una corrispondente attribuzione nei confronti dell'Unione (ad esempio in materia doganale nella sua dimensione interna), la cessione con rispettiva attribuzione di competenze all'Unione coincidenti o meno e una ripartizione non uniforme rispetto a tutti gli Stati membri, come avviene nei casi di cooperazione rafforzata.²⁶

Il Trattato distingue tre tipi di competenze: esclusive, concorrenti e di coordinamento. Le competenze esclusive sono facilmente individuabili in quanto l'articolo 3 TFUE elenca in modo esaustivo le materie in cui gli Stati membri hanno devoluto interamente il proprio potere all'Unione.²⁷ Ne deriva che nei settori ivi riportati “solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti [mentre] gli Stati membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione.”²⁸ Nonostante l'indicazione puntuale fornita dal Trattato delle categorie che rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, il fatto stesso che l'individuazione della competenza sia fatta per settori può talvolta creare dubbi circa la linea di demarcazione fra competenze esclusive e concorrenti.²⁹

²⁵ Jacob Oberg, *Limits to EU Powers: A Case Study of EU Regulatory Criminal Law* (Hart 2017). L'autore esprime questa considerazione con riferimento alla materia penale ma la *ratio* è applicabile anche a un contesto più ampio e può dirsi valida anche in materia fiscale.

²⁶ Andréas Kallergis, *op. cit.*, 773.

²⁷ Articolo 3 TFUE: “1. L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori:

- a) unione doganale;
- b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno;
- c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro;
- d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca;
- e) politica commerciale comune.

2. L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata”.

²⁸ Articolo 2 (1) TFUE.

²⁹ Paul Craig, *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform*, *op. cit.*, 159-161; Paul Craig, Gráinne De Búrca, *op. cit.*, 78-79, dove si fa riferimento, ad esempio, alle ambiguità che sono sorte nel caso del brevetto europeo (Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 16 aprile 2013, Cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Regno di Spagna e Repubblica italiana c. Consiglio dell'Unione europea*,

L'individuazione dei settori coperti dalle competenze concorrenti è maggiormente complessa. Infatti, l'articolo 4 TFUE stabilisce che "l'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i Trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6"³⁰ e individua un'elencazione non esaustiva dei principali settori che rientrano in questo tipo di competenza. Alla luce della definizione fornita dal Trattato, è evidente che al fine di individuare l'effettivo riparto di competenze fra Unione e Stati membri nei settori coperti dall'ombrello dell'articolo 4 TFUE è necessario analizzare la disciplina che regola le singole materie. Il potenziale "conflitto di competenze"³¹ viene regolato dal principio della *preemption*: l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore ma questi ultimi esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non abbia già esercitato la propria e possono esercitarla nuovamente solo nel caso in cui l'Unione cessi di esercitarla.³²

Infine, l'Unione europea gode dell'attribuzione di competenze per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri senza che ciò precluda o sostituisca la competenza statale³³ nei settori indicati nell'articolo 6 TFUE.³⁴ Pur essendo il tipo di competenza meno limitativa della discrezionalità statale, gli Stati membri saranno comunque vincolati nel caso di misure europee adottate alla stregua di detto potere che non potranno però avere una finalità di armonizzazione.³⁵ Anche in questo caso è possibile rinvenire un problema di categorizzazione in quanto la distinzione fra una misura legalmente vincolante e

para. 18-24) in relazione al rapporto fra diritto della concorrenza (competenza esclusiva) e il mercato interno (competenza concorrente) oppure fra quest'ultima e altre competenze esclusive come l'unione doganale (rispetto agli articoli 110-113 TFUE) e la politica commerciale comune (Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, *Commissione europea c. Consiglio dell'Unione europea*).

³⁰ Articolo 4 (1) TFUE.

³¹ Christiaan Timmermans, 'ECJ Doctrines on Competences' in Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014) 159.

³² Articolo 2 (2) TFUE. Al riguardo, si veda Amedeo Arena, *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale* (Editoriale Scientifica 2013).

³³ Articolo 2 (5) TFUE.

³⁴ La lista non è esaustiva in quanto nei Trattati sono presenti altri esempi in cui l'Unione gode di una competenza di questo tipo (ad esempio gli artt. 153 e 147 TFUE relativi a aspetti di politica sociale e del lavoro).

³⁵ Paul Craig, Gráinne De Búrca, *op. cit.*, 87.

legittima che rientra nei settori dell'articolo 6 e una illegittima armonizzazione delle legislazioni nazionali può essere talvolta difficile da effettuare *in concreto*.³⁶

L'analisi degli articoli che il Trattato espressamente dedica al riparto di competenze fra Unione europea e Stati membri non è sufficiente per ricostruire in modo esaustivo i poteri attribuiti. Infatti, nonostante offrano un importante contributo in termini di sistematizzazione, per avere un quadro complessivo è necessario fare riferimento alle norme nelle quali sono indicati gli obiettivi perseguiti dall'Unione e prendere in considerazione sia le competenze normative che quelle di esecuzione.³⁷ Inoltre, il riparto di competenze fra l'Unione e gli Stati è derivabile non solo a partire dalle norme dei trattati in cui vi è un'esplicita attribuzione, ma anche quelle che si possono "ricostruire" dalle altre disposizioni ivi previste.³⁸ Pertanto, la ripartizione formale delle competenze, come indicata dai Trattati e qui brevemente descritta, non sempre permette di individuare l'effettiva allocazione dei poteri fra Unione europea e Stati membri.³⁹

Il processo di integrazione implica evidentemente per sua stessa natura una limitazione alla sovranità nazionale degli Stati membri in quanto l'Unione europea "costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani".⁴⁰ Nei settori in cui il legislatore europeo non è intervenuto con strumenti che permettano l'integrazione positiva e salvo il caso di competenze attribuite in modo esclusivo all'Unione, in via di principio gli Stati membri sono liberi di regolare tali aree del diritto nel modo che ritengono più opportuno.⁴¹ Tuttavia, l'intervento della Corte di Giustizia è stato determinante nel limitare l'ambito nel quale gli Stati membri potevano effettivamente essere liberi da vincoli europei. Ciò, ad esempio, mediante l'interpretazione estensiva della

³⁶ *Ibid*, 88.

³⁷ Andréas Kallergis, *op. cit.*, para. 772.

³⁸ *Ibid*, 770.

³⁹ Loïc Azoulay, 'Introduction: The Question of Competence', *op. cit.*, 3.

⁴⁰ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26-62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. l'Amministrazione olandese delle imposte*, 23.

⁴¹ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *European Tax Law* (Kluwer Law International 2012) 36.

clausola di flessibilità e dell'articolo 114 TFUE e all'elaborazione di alcune dottrine come quella dei poteri impliciti.⁴²

In questo contesto, la valutazione dell'impatto di tale cessione di sovranità in relazione alla materia fiscale risulta particolarmente interessante in quanto questa non risulta nell'elencazione delle competenze attribuite all'Unione europea e le scarse basi giuridiche utilizzabili in questo ambito richiedono l'unanimità degli Stati membri. Infatti, come peraltro recentemente ricordato dall'Avvocato Generale Kokott, varie disposizioni del TFUE prevedono "requisiti formali più rigorosi per la legislazione dell'Unione in materia fiscale e pongono in tal modo l'accento sulla sovranità fiscale dello Stato membro".⁴³

1.1.2. La competenza dell'Unione europea in materia fiscale

Gli articoli 4 e 5 TUE prevedono espressamente che "qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri".⁴⁴ L'Unione doganale è chiaramente una competenza esclusiva dell'Unione europea⁴⁵ in quanto elemento genetico della sua struttura che presuppone l'abolizione di tutte le barriere tariffarie interne e l'applicazione di una tariffa doganale comune nei confronti dei Paesi terzi.⁴⁶ In particolare, l'articolo 31 TFUE stabilisce che i dazi della tariffa doganale comune devono essere stabiliti dal Consiglio su proposta della Commissione e sono disciplinati ad oggi dal Regolamento n. 2658/87, come

⁴² Lena Boucon, 'EU Law and Retained Powers of Member States' in Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014) 168.

⁴³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 5 settembre 2013, causa C-385/12, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi Kft. c. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Közép-dunántúli Regionális Adó Főigazgatósága*, para. 84.

⁴⁴ Articolo 4 (1) TUE e Articolo 5 (2).

⁴⁵ Articolo 3 (1) a) TFUE.

⁴⁶ Articolo 28 para. 1 TFUE: "L'Unione comprende un'unione doganale che si estende al complesso degli scambi di merci e comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente, come pure l'adozione di una tariffa doganale comune nei loro rapporti con i paesi terzi". Si vedano inoltre gli artt. 28-34 TFUE relativi alla libera circolazione delle merci e l'unione doganale e, *ex multis*, Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (Oxford University Press 2019) 42-50; Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 9-10; Pieter Van Cleynenbreugel 'Regulating Tax Competition in the Internal Market: Is the European Commission Finally Changing Course?' (2019) 4(1) *European Papers* 225, 228-229.

integrato e modificato.⁴⁷ Inoltre l'Unione si è dotata di un Codice dogale istituito con il Regolamento n. 952/2013.⁴⁸

Tralasciando il peculiare settore doganale, la materia fiscale non è una delle competenze attribuite all'Unione ma, al contrario, rimane una delle più importanti prerogative degli Stati membri. Tuttavia, poiché il mercato interno è una competenza concorrente fra Stati membri e Unione,⁴⁹ le Istituzioni europee possono intervenire in questa materia nel caso in cui l'applicazione di una misura fiscale nazionale crei degli ostacoli al suo funzionamento.⁵⁰ Infatti, la costituzione di un Mercato interno inteso come “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”⁵¹ è il concetto cardine su cui si basa la struttura europea.⁵² La mancanza di armonizzazione fiscale è spesso considerata un possibile ostacolo per il raggiungimento di tale fine in quanto potrebbe contrastare con le libertà fondamentali e distorcere la concorrenza.⁵³ In questo contesto assume primaria importanza la Corte di giustizia dell'Unione europea che, utilizzando lo strumento dell'integrazione negativa,⁵⁴ impone limiti all'esercizio della discrezionalità fiscale

⁴⁷ Regolamento (CEE) n. 2658/87 del 23 luglio 1987 relativo alla nomenclatura tariffaria e statistica ed alla tariffa doganale comune, GU L 256/1.

⁴⁸ Regolamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013 che istituisce il codice doganale dell'Unione, GU L 269/1.

⁴⁹ Articolo 4 (2) a) TFUE.

⁵⁰ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 9; Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, ‘Coordination of Tax Laws and Tax Policies in the EU’ in Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer (eds), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* (Spiramus 2018) 36.

⁵¹ Articolo 26 (2) TFUE.

⁵² Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, ‘The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation’ in Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer (eds), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* (Spiramus 2018) 3; Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 35.

⁵³ *Ibid*; Gloria Marín Benítez, ‘The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms’ in José Manuel Almudí Cid, Jorge A. Ferreras, Gutiérrez, Pablo A. Hernández González-Barreda (eds.), *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (Kluwer Law International 2019) 40.

⁵⁴ Per “integrazione negativa” si intende l'insieme degli strumenti che impongono limitazioni alla sovranità degli Stati membri o all'autonomia delle imprese ai fini della creazione e mantenimento del mercato unico. In particolare, si fa riferimento alle regole relative alle quattro libertà di circolazione che vietano qualsiasi ostacolo ai movimenti fra Stati membri di merci, persone, servizi e capitali e alle norme in materia di concorrenza e aiuti di Stato. L'integrazione negativa si distingue da quella “positiva” in quanto con quest'ultima espressione si fa riferimento agli strumenti che non si limitano a stabilire dei divieti ma attribuiscono alle istituzioni dell'Unione europea il potere di porre in essere un'azione positiva volta all'instaurazione e al corretto funzionamento del mercato unico. Sul punto si veda, *ex multis*, Robert Schütze, *European Union Law* (Oxford University Press 2021) 502 ss.

nazionale.⁵⁵ In particolare, l'esercizio della discrezionalità degli Stati membri in materia fiscale è limitato dal principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale e dall'interpretazione del diritto primario – soprattutto le norme relative alle libertà fondamentali e agli aiuti di Stato – effettuato dalla Corte di Giustizia.

Prima di passare all'analisi dell'ambito di competenza fiscale nazionale e alle valutazioni in merito alla sussistenza di un effettivo *retained power* in capo agli Stati membri, è necessario esaminare le previsioni normative in materia previste dal diritto primario (si veda *infra* par. 1.1.2.1.) e derivato dell'Unione europea (si veda *infra* par. 1.1.2.2.).

1.1.2.1. Il diritto primario

Uno dei più importanti gruppi di norme che il Trattato dedica alla materia fiscale sono gli articoli dal 110 al 113 TFUE. Questi mirano a impedire l'instaurazione di dinamiche protezionistiche vietando l'applicazione diretta o indiretta ai prodotti degli altri Stati membri di “imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili”⁵⁶ o “imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni.”⁵⁷ Alla luce dell'ampia interpretazione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha fornito rispetto a questa norma, gli Stati membri non possono porre in essere un sistema impositivo discriminatorio su beni provenienti da altri Stati membri come strumento concorrenziale o protezionistico.⁵⁸ Inoltre, queste norme vietano sussidi fiscali su prodotti esportati in altri Stati membri⁵⁹ e, per quanto riguarda la tassazione diretta, il divieto si estende ad esoneri e rimborsi all'esportazione negli altri Stati membri e all'introduzione di tasse di compensazione applicabili alle

⁵⁵ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, *op. cit.*, 3; Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 35. Gloria Marín Benítez, *op. cit.*, 40.

⁵⁶ Articolo 110 (1) TFUE.

⁵⁷ Articolo 110 (2) TFUE.

⁵⁸ Pieter Van Cleynenbreugel, *op. cit.*, 228-229. In generale, si veda Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, *cit.*, 50-67.

⁵⁹ Articolo 111 TFUE: “I prodotti esportati nel territorio di uno degli Stati membri non possono beneficiare di alcun ristorno di imposizioni interne che sia superiore alle imposizioni ad essi applicate direttamente o indirettamente”.

importazioni provenienti dagli Stati membri salvo che tali misure siano state preventivamente approvate per un periodo limitato dal Consiglio, su proposta della Commissione.⁶⁰ Inoltre, l'articolo 113 TFUE⁶¹ fornisce una base giuridica specifica per l'adozione di atti che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative all'imposizione indiretta “nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza”, prevedendo una procedura legislativa speciale nella quale è richiesta la deliberazione all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale.

Per quanto riguarda la base giuridica per l'armonizzazione nell'area della tassazione diretta, nel Trattato non è presente una norma che ne faccia espressamente riferimento.⁶² Tuttavia, l'articolo 115 TFUE⁶³ permette al Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, di stabilire “direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno” nei casi esclusi dall'ambito di applicazione dell'articolo 114 TFUE. Quest'ultimo esclude espressamente che le disposizioni fiscali possano essere oggetto di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri ai fini dell'instaurazione ed il funzionamento del Mercato interno mediante l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria. Pertanto, la procedura prevista

⁶⁰ Articolo 112 TFUE.

⁶¹ Al riguardo, si veda Elsa Milanesi, ‘Commento all'articolo 113 TFUE’ in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea* (CEDAM 2014) 899-904; Pierluigi Simone, ‘Commento all'articolo 113 TFUE’ in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè 2014) 1218-1260; Daniel-Erasmus Khan, Nadine Lichtblau, ‘Article 113’ in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015) 552-554.

⁶² Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 22.

⁶³ Al riguardo, si veda Antonietta Damato, ‘Commento all'articolo 115 TFUE’ in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea* (CEDAM 2014) 910-912; Patrizia de Pasquale, Oreste Pallotta, ‘Commento all'articolo 115 TFUE’ in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè 2014) 1269-1271; Daniel-Erasmus Khan, Dominik Eisenhut, ‘Article 115’ in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015) 563-565.

dall'articolo 115 TFUE può essere considerata una valida base giuridica per l'armonizzazione nell'area della tassazione diretta.

Una procedura che permette di portare avanti delle iniziative in ambito fiscale nonostante la necessità di raggiungere il necessario voto unanime è la cooperazione rafforzata, come prevista dall'articolo 20 TUE e disciplinata dagli articoli da 326 a 334 TFUE. L'utilizzo di questo strumento al momento non ha avuto un ruolo significativo nel processo di integrazione positiva in materia fiscale.⁶⁴ In particolare, si ricorda che l'utilizzo di tale procedura è stata autorizzata nel 2013 per l'adozione dell'imposta sulle transazioni finanziarie⁶⁵ (progetto già discusso da tutti gli Stati membri nel 2011)⁶⁶ ma senza che si sia poi raggiunto un esito positivo al riguardo, soprattutto a causa della partecipazione di un numero esiguo di Paesi.⁶⁷ Infatti, l'utilizzo della cooperazione rafforzata in materia fiscale sconta la sua intrinseca incapacità di garantire un'integrazione coerente per il mercato interno nel suo complesso.⁶⁸ Allo stesso modo, anche l'utilizzo della clausola di flessibilità prevista all'articolo 352 TFUE è stato modesto nonostante sia ipoteticamente possibile⁶⁹ anche a causa dei requisiti previsti per la sua attivazione. Infatti, il ricorso a tale strumento può avvenire nel caso in cui “un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine.” In tal caso il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate secondo una procedura legislativa speciale. Ad esempio, l'articolo 352 TFUE (allora articolo 235 del Trattato che istituisce la Comunità

⁶⁴ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, *op. cit.*, 10-11.

⁶⁵ Decisione del Consiglio 2013/52/UE del 22 gennaio 2013 che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, GU L 22/11.

⁶⁶ Proposta di direttiva del Consiglio del 14.2.2013 che attua una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie (COM(2013) 71 final, 2013/0045 (CNS)).

⁶⁷ Decisione del Consiglio 2013/52/UE, *cit.*, articolo 1: “Il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica d'Austria, la Repubblica portoghese, la Repubblica di Slovenia e la Repubblica slovacca sono autorizzati a instaurare tra loro una cooperazione rafforzata ai fini dell'istituzione di un sistema comune d'imposta sulle transazioni finanziarie, applicando le pertinenti disposizioni dei trattati”.

⁶⁸ Comunicazione della Commissione del 15 gennaio 2019, ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’ (COM(2019) 8 final) 10.

⁶⁹ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 22.

Economica Europea) è stato usato come base giuridica per l'adozione del Regolamento che ha istituito il gruppo europeo di interesse economico (GEIE),⁷⁰ ente che è volto a facilitare e incoraggiare la cooperazione interstatale e che implica anche riflessi di natura fiscale, seppur limitati.

Nel proseguire la rassegna delle norme che i Trattati dedicano alla materia fiscale, gli articoli 116 e 325 TFUE rappresentano delle eccezioni alla regola dell'unanimità, procedura di voto dominante in questo settore. L'articolo 116 TFUE risulta particolarmente rilevante con riferimento al tema della concorrenza fiscale in quanto può considerarsi una norma il cui oggetto è riconducibile ai rapporti che sussistono fra la disciplina europea che regola i fenomeni concorrenziali e le normative nazionali concernenti l'esercizio delle attività economiche delle imprese.⁷¹ Infatti, la norma fa riferimento alle disparità esistenti fra disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri che falsino le condizioni di concorrenza nel mercato interno provocando un effetto distorsivo. Nel caso in cui la Commissione constati la presenza di tali disparità e ritenga che queste debbano essere eliminate, può avviare una consultazione con gli Stati membri interessati. Se questa non porta ad un accordo che elimini la distorsione in questione, "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le direttive all'uopo necessarie. Può essere adottata ogni altra opportuna misura prevista dai trattati." La previsione normativa contenuta in questo articolo viene intesa come *lex specialis* rispetto alla disciplina generale della materia collocata nell'articolo 115 TFUE.⁷² Nonostante la potenziale applicabilità dell'articolo 116 TFUE alle previsioni normative nazionali in materia fiscale (la norma non è limitata in questo senso relativamente alla sua portata sostanziale), al momento non viene utilizzata per contrastare la concorrenza fiscale

⁷⁰ Regolamento (CEE) n. 2137/85 del Consiglio del 25 luglio 1985 relativo all'istituzione di un gruppo europeo di interesse economico (GEIE), GU L 199/1.

⁷¹ Amedeo Arena, 'Commento all'articolo 116 TFUE' in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè 2014) 1271-1275; Delfina Boni, 'Commento all'articolo 116 TFUE' in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea* (CEDAM 2014) 913.

⁷² *Ibid.*

dannosa.⁷³ Per un approfondimento in merito, si rimanda alla sezione 2.1.2. del presente elaborato.

L'articolo 325 TFUE può invece essere applicato nel caso di misure specifiche, volte a contrastare le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, mediante l'utilizzo di una procedura di voto a maggioranza qualificata. In particolare, detto articolo prevede che "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione".⁷⁴ Si tratta dunque di misure volte a contrastare le frodi fiscali, segnatamente in materia di IVA e dazi doganali che costituiscono (solo parzialmente rispetto alla prima) risorse proprie dell'Unione europea.⁷⁵

Il TFUE contiene altri riferimenti alla materia fiscale rispetto a specifici settori. L'articolo 65 TFUE,⁷⁶ relativo alla libera circolazione dei capitali, preserva la discrezionalità statale rispetto alle decisioni "di applicare le pertinenti disposizioni della [propria] legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale [e] di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle

⁷³ Daniel-Erasmus Khan, Dominik Eisenhut, 'Article 116' in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015) 566.

⁷⁴ Articolo 325 (4) TFUE.

⁷⁵ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 23.

⁷⁶ L'articolo 65 TFUE in materia di libera circolazione dei capitali prevede che "Le disposizioni dell'articolo 63 non pregiudicano il diritto degli Stati membri: a) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale; b) di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale (...)" (para. 1). Inoltre, "In assenza di misure in applicazione dell'articolo 64, paragrafo 3, la Commissione o, in mancanza di una decisione della Commissione entro un periodo di tre mesi dalla richiesta dello Stato membro interessato, il Consiglio può adottare una decisione che conferma che le misure fiscali restrittive adottate da uno Stato membro riguardo ad uno o più paesi terzi devono essere considerate compatibili con i trattati nella misura in cui sono giustificate da uno degli obiettivi dell'Unione e compatibili con il buon funzionamento del mercato interno. Il Consiglio delibera all'unanimità su richiesta di uno Stato membro." (para. 4). Per una descrizione più approfondita delle implicazioni giuridiche dell'articolo 65 TFUE si veda, *ex multis*, Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 30-33.

regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza.”⁷⁷ Inoltre prevede che, in presenza delle condizioni indicate al paragrafo 4, la Commissione o il Consiglio (deliberando all’unanimità su richiesta di uno Stato membro) possono adottare una decisione che “conferma che le misure fiscali restrittive adottate da uno Stato membro riguardo ad uno o più paesi terzi devono essere considerate compatibili con i trattati nella misura in cui sono giustificate da uno degli obiettivi dell’Unione e compatibili con il buon funzionamento del mercato interno.”⁷⁸

Gli articoli 192⁷⁹ e 194 TFUE⁸⁰ ripropongono la regola dell’unanimità per l’adozione di misure fiscali in materia ambientale o rientranti nell’ambito dell’energia come previsto in generale dagli articoli 113, 115 e 352 TFUE.

L’articolo 179 TFUE⁸¹ in materia di ricerca e sviluppo tecnologico e spazio si limita invece all’enunciazione di un obiettivo politico che mira a rimuovere le barriere giuridiche e fiscali al fine di sostenere gli sforzi di cooperazione in questo ambito. Tuttavia, questo risulta troppo vago per avere effetto diretto e non aggiunge quindi nulla di specifico al quadro giuridico che si sta definendo.⁸²

⁷⁷ Articolo 65 (1) TFUE. Si veda inoltre Corte di Giustizia dell’UE, sentenza del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, para. 30-31.

⁷⁸ Art 65 (4) TFUE.

⁷⁹ Art 192 (2) TFUE in materia ambientale: “In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 [cioè la procedura legislativa ordinaria] e fatto salvo l’articolo 114, il Consiglio, deliberando all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adotta: a) disposizioni aventi principalmente natura fiscale; (...)”

⁸⁰ Articolo 194 (3) TFUE in materia di energia: “In deroga al paragrafo 2 [che prevede l’utilizzo della procedura legislativa ordinaria], il Consiglio, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all’unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo, stabilisce le misure ivi contemplate se sono principalmente di natura fiscale.”

⁸¹ Articolo 179 (2) TFUE in materia di ricerca e sviluppo tecnologico e spazio: “(...) [L’Unione incoraggia] le imprese, comprese le piccole e le medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità; essa sostiene i loro sforzi di cooperazione, mirando soprattutto a permettere ai ricercatori di cooperare liberamente oltre le frontiere e alle imprese di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno grazie, in particolare, all’apertura degli appalti pubblici nazionali, alla definizione di norme comuni ed all’eliminazione degli ostacoli giuridici e fiscali a detta cooperazione.”

⁸² Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 19.

Infine, l'articolo 173 TFUE⁸³ non fa che confermare la volontà degli Stati membri di preservare la propria discrezionalità fiscale escludendo la possibilità di utilizzare tale norma come base giuridica per l'adozione di misure fiscali collegate al miglioramento della competitività dell'industria dell'Unione.

Per completare questa rassegna di previsioni normative di diritto primario, è interessante notare che il Trattato CE conteneva l'articolo 293 dove veniva richiesto l'impegno da parte degli Stati membri nell'avviare negoziati intesi a garantire, fra l'altro, "l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità". L'eliminazione dall'attuale testo del Trattato di questa previsione, che aveva principalmente un valore di dichiarazione politica priva di effetti diretti,⁸⁴ non significa che l'Unione europea non includa l'eliminazione della doppia imposizione fiscale fra i suoi obiettivi.⁸⁵ Non è certo quali siano stati i motivi che hanno condotto alla mancata introduzione di questa previsione normativa anche nel nuovo testo del Trattato⁸⁶ ma, in ogni caso, ciò non consente di giungere alla conclusione che l'Unione europea non ricomprende fra i suoi obiettivi anche l'abolizione della doppia imposizione, aspetto che è al contrario imprescindibile per garantire la tutela della quattro libertà fondamentali nel mercato interno.

In materia tributaria le norme di rango primario sulla produzione del diritto secondario sono particolarmente importanti alla luce dell'assenza di una politica fiscale comune.⁸⁷ L'analisi del quadro normativo fornito dal diritto primario dimostra come la competenza attribuita all'Unione europea in questa materia sia estremamente limitata: le basi giuridiche utilizzabili non sono molte e spesso le

⁸³ Articolo 173 (3) TFUE in materia di industria: "L'Unione contribuisce alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1 [cioè la competitività dell'industria dell'Unione] attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni dei trattati. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, possono decidere misure specifiche, destinate a sostenere le azioni svolte negli Stati membri al fine di realizzare gli obiettivi di cui al paragrafo 1, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. Il presente titolo non costituisce una base per l'introduzione da parte dell'Unione di qualsivoglia misura che possa generare distorsioni di concorrenza o che comporti disposizioni fiscali o disposizioni relative ai diritti ed interessi dei lavoratori dipendenti".

⁸⁴ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*.

⁸⁵ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, *op. cit.*, 11.

⁸⁶ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 20-22.

⁸⁷ Pasquale Pistone, *Diritto Tributario europeo, cit.*, 27.

procedure decisionali ivi previste richiedono l'unanimità in seno al Consiglio nell'ambito di una procedura legislativa speciale, oltre che la rilevanza della misura ai fini del funzionamento del Mercato interno. In particolare, l'articolo 113 TFUE richiede che l'"armonizzazione sia *necessaria per assicurare* l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza" mentre l'articolo 115 TFUE fa riferimento a "direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano *un'incidenza diretta* sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno" (enfasi aggiunta). Si segnala inoltre che la diversa formulazione dei due articoli rispetto al tipo di misura adottabile, esclusivamente direttive nel caso dell'articolo 115 e non specificata nell'articolo 113, non ha molta rilevanza nella prassi in quanto si tende in ogni caso a preferire lo strumento della direttiva, salvo che in materia doganale.⁸⁸

Nonostante ci siano spinte verso l'introduzione di un processo decisionale più efficiente e democratico in ambito fiscale mediante l'eliminazione del requisito dell'unanimità, al momento questa materia è soggetta a procedure legate a logiche intergovernative e l'intervento europeo è limitato oltre che principalmente circoscritto alla tassazione indiretta. Considerazioni di particolare interesse in merito possono essere trovate nella comunicazione della Commissione del gennaio 2019 'Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE'⁸⁹ nella quale viene proposta una graduale transizione dall'attuale sistema basato sull'unanimità verso la procedura legislativa ordinaria che vede il coinvolgimento del Parlamento e decisioni in seno al Consiglio assunte a maggioranza qualificata. In particolare, tale modifica delle procedure decisionali potrebbe avvenire sulla base dell'articolo 48 paragrafo 7 TUE. Infatti, quest'ultimo consente al Consiglio di adottare delle misure mediante voto a maggioranza qualificata o attraverso la procedura legislativa ordinaria in settori in cui è richiesta l'unanimità, previa decisione notificata dal Consiglio europeo ai parlamenti

⁸⁸ *Ibid*, 28.

⁸⁹ Comunicazione della Commissione 'Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE', *cit.* Si veda in merito Piergiorgio Valente, 'Less Agreement for More EU? The Commission QMV Proposal', Kluwer International Tax Blog, 3 settembre 2019.

nazionali. Nel caso in cui non ci sia l'opposizione di nessun parlamento nazionale entro sei mesi, il Consiglio europeo può adottare tale decisione all'unanimità, previo assenso del Parlamento europeo. Inoltre, l'articolo 192 paragrafo 2 TFUE prevede una clausola "passerella" specifica per misure nel settore ambientale, comprese disposizioni "aventi principalmente natura fiscale".

È interessante notare come nella comunicazione la Commissione sottolinei a più riprese che il passaggio dalla regola dell'unanimità al voto a maggioranza qualificata non implichi in nessun modo una modifica delle competenze attribuite all'Unione ma si proponga unicamente di modificare le modalità con cui quest'ultima le esercita nel settore dell'imposizione.⁹⁰ In particolare afferma che:

“Le rispettive competenze degli Stati membri e dell'Unione resterebbero immutate. Si tratterebbe semplicemente di una modifica della procedura decisionale per il futuro, convenuta all'unanimità dagli Stati membri nell'esercizio della loro sovranità. Il passaggio al voto a maggioranza qualificata sarebbe in ogni caso una decisione democratica interamente sotto il controllo degli Stati membri. La ‘clausola passerella’ è stata inclusa nel trattato di Lisbona con la loro decisione unanime. Sarà necessaria un'altra decisione unanime del Consiglio europeo per attivare la passerella. Inoltre, ogni parlamento nazionale può opporsi a tale cambiamento e il Parlamento europeo dovrebbe validarlo.”⁹¹

Il tentativo di minimizzare l'effetto dirompente che un tale cambiamento avrebbe sulle politiche europee, pur non nascondendone la necessità e gli effetti positivi che ne deriverebbero, sembra essere sintomo del fatto che gli Stati membri sono ancora estremamente restii a fare concessioni in questo ambito. Tuttavia, nonostante l'*impasse* politico di difficile soluzione, come evidenziato dal passaggio riportato il superamento del metodo di votazione ad unanimità è giuridicamente possibile grazie alle “clausole passerella” previste dai Trattati.

⁹⁰ Comunicazione della Commissione ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’, *cit.*, 3, 7 ss., 11 ss.

⁹¹ *Ibid*, 12.

Per l'attuazione di questa proposta la Commissione suggerisce un approccio strutturato in quattro fasi⁹² cominciando dalle questioni fiscali meno controverse per passare poi a quelle che incontrano maggiore resistenza da parte degli Stati membri. Il voto a maggioranza qualificata dovrebbe essere utilizzato inizialmente per le misure che non incidono direttamente sui diritti, sulle basi o sulle aliquote d'imposizione degli Stati membri ma risultano essenziali per la lotta contro le frodi, l'evasione e l'elusione fiscali e per agevolare il rispetto degli obblighi fiscali delle imprese nel mercato unico (fase 1). Successivamente, dovrebbe essere esteso a misure principalmente di natura fiscale intese a sostenere altri obiettivi politici come la lotta contro i cambiamenti climatici, la protezione dell'ambiente, il miglioramento della salute pubblica o la politica dei trasporti (fase 2), ai settori della tassazione già ampiamente armonizzati che devono evolversi e adattarsi a circostanze nuove come IVA e accise (fase 3) e ad altre iniziative nel settore fiscale necessarie per il mercato unico e per un'imposizione equa e competitiva in Europa come ad esempio l'introduzione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (fase 4). La proposta viene portata avanti dalla Commissione sostenendo che questo cambiamento alzerebbe il livello di democraticità ed efficienza, oltre che permettere di avere delle norme in materia fiscale meno orientate al compromesso e quindi, in ultima analisi, più efficaci. Si segnala, in particolare, il riferimento ai benefici che ne deriverebbero rispetto al contrasto alla concorrenza fiscale sleale e alla pianificazione fiscale aggressiva e, più in generale, alla mitigazione degli effetti transfrontalieri della concorrenza fiscale.⁹³

1.1.2.2. Il diritto derivato

La scelta di attribuire una competenza ridotta all'Unione europea in materia fiscale, ed in particolare il mancato riferimento nei Trattati alla tassazione diretta, viene spiegata dalla dottrina considerando, da un lato, l'importanza di quest'ultima per il perseguimento delle finalità sociali ed economiche degli Stati membri e, dall'altro, la mancata percezione della necessità dell'armonizzazione di questo settore per la

⁹² *Ibid*, 12-14.

⁹³ *Ibid*, 7-8.

costituzione del mercato interno.⁹⁴ La scelta di porre maggiore attenzione all'armonizzazione della fiscalità indiretta rivela inoltre l'origine dell'allora Comunità europea come area di libero scambio nella quale, dopo il completamento della libera circolazione delle merci, ha assunto rilevanza il più complesso ambito della tassazione diretta e gli effetti distorsivi che può comportare.⁹⁵ Di conseguenza la discussione a livello europeo ha iniziato a concentrarsi maggiormente sul settore della tassazione diretta intesa come strumento indispensabile per l'eliminazione degli ostacoli ancora presenti nel mercato interno con posizioni talvolta contrastanti fra Commissione e Stati membri rispetto al livello di armonizzazione necessario e all'opportunità di optare per un approccio meno invasivo come il coordinamento fiscale.⁹⁶ Infatti se l'armonizzazione positiva richiede l'applicazione in modo uniforme a tutti gli Stati membri di uno strumento europeo comune, il coordinamento fiscale si limita ad eliminare le incoerenze fra i diversi sistemi fiscali senza la necessaria adozione di una fonte di diritto secondario.⁹⁷

La valutazione rispetto all'incisività dell'intervento dell'Unione in questa materia deve dunque tenere necessariamente conto del diverso approccio adottato rispetto all'armonizzazione della fiscalità diretta e indiretta che si evince dalla lettera dei Trattati e dalle diverse basi giuridiche individuate. Di conseguenza l'analisi che segue prenderà prima in considerazione gli atti di diritto derivato adottati *ex* articolo 113 TFUE per poi passare a quelli che hanno come base giuridica l'articolo 115. TFUE.

L'articolo 113 TFUE è la base giuridica relativa all'imposizione indiretta nell'Unione europea, sistema che è stato armonizzato per evitare che le divergenze fra ordinamenti creassero degli ostacoli al commercio internazionale e alla concorrenza.⁹⁸ In particolare, si fa riferimento al coordinamento e all'armonizzazione della legislazione relativa all'imposta sul valore aggiunto (IVA) e ai diritti d'accise oltre che all'adozione di strumenti che impediscano

⁹⁴ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, *op. cit.*, 9.

⁹⁵ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 13.

⁹⁶ Lukasz Adamczyk, Alicja Majdańska, *op. cit.*, 17.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, 11.

l'instaurazione di dinamiche anticoncorrenziali nel mercato interno mediante la tassazione indiretta. Le fonti di diritto secondario ad oggi adottate sulla base dell'articolo 113 TFUE sono le direttive in materia di IVA e accise⁹⁹ e il

⁹⁹ Direttiva (UE) 2020/284 del Consiglio del 18 febbraio 2020 che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda l'introduzione di taluni obblighi per i prestatori di servizi di pagamento, GU L 62/7; Direttiva (UE) 2020/285 del Consiglio del 18 febbraio 2020 che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto per quanto riguarda il regime speciale per le piccole imprese e il regolamento (UE) n. 904/2010 per quanto riguarda la cooperazione amministrativa e lo scambio di informazioni allo scopo di verificare la corretta applicazione del regime speciale per le piccole imprese, GU L 62/13; Direttiva (UE) 2020/262 del Consiglio del 19 dicembre 2019 che stabilisce il regime generale delle accise (rifusione) GU L 58/4; Direttiva (UE) 2019/2235 del Consiglio del 16 dicembre 2019 recante modifica della direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto e della direttiva 2008/118/CE relativa al regime generale delle accise per quanto riguarda gli sforzi di difesa nell'ambito dell'Unione GU L 336/10; Direttiva (UE) 2019/1995 del Consiglio del 21 novembre 2019 che modifica la direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006 per quanto riguarda le disposizioni relative alle vendite a distanza di beni e a talune cessioni nazionali di beni GU L 310/1; Direttiva (UE) 2019/475 del Consiglio, del 18 febbraio 2019, recante modifica delle direttive 2006/112/CE e 2008/118/CE per quanto riguarda l'inclusione del comune italiano di Campione d'Italia e delle acque italiane del Lago di Lugano nel territorio doganale dell'Unione e nell'ambito di applicazione territoriale della direttiva 2008/118/CE GU L 83/42; Direttiva (UE) 2018/2057 del Consiglio, del 20 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto con riguardo all'applicazione temporanea di un meccanismo generalizzato di inversione contabile alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi al di sopra di una determinata soglia GU L 329/3; Direttiva (UE) 2018/1910 del Consiglio, del 4 dicembre 2018, che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto concerne l'armonizzazione e la semplificazione di determinate norme nel sistema d'imposta sul valore aggiunto di imposizione degli scambi tra Stati membri GU L 311/3; Direttiva (UE) 2018/1713 del Consiglio, del 6 novembre 2018, che modifica la direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda le aliquote dell'imposta sul valore aggiunto applicate a libri, giornali e periodici GU L 286/20; Direttiva (UE) 2018/1695 del Consiglio, del 6 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2006/112/CE, relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto, con riguardo al periodo di applicazione del meccanismo facoltativo di inversione contabile alla cessione di determinati beni e alla prestazione di determinati servizi a rischio di frodi e del meccanismo di reazione rapida contro le frodi in materia di IVA GU L 282/5; Direttiva (UE) 2018/912 del Consiglio, del 22 giugno 2018, che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto in relazione all'obbligo di rispettare un'aliquota normale minima GU L 162/1; Direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio, del 5 dicembre 2017, che modifica la direttiva 2006/112/CE e la direttiva 2009/132/CE per quanto riguarda taluni obblighi in materia di imposta sul valore aggiunto per le prestazioni di servizi e le vendite a distanza di beni GU L 348/7; Direttiva (UE) 2016/1065 del Consiglio, del 27 giugno 2016, recante modifica della direttiva 2006/112/CE per quanto riguarda il trattamento dei buoni GU L 177/9; Direttiva (UE) 2016/856 del Consiglio, del 25 maggio 2016, che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto per quanto riguarda la durata dell'obbligo di applicazione di un'aliquota normale minima GU L 142/12; Direttiva 2013/61/UE del Consiglio, del 17 dicembre 2013, che modifica le direttive 2006/112/CE e 2008/118/CE in relazione alle regioni ultraperiferiche francesi, in particolare Mayotte GU L 353/5; Direttiva 2011/64/UE del Consiglio, del 21 giugno 2011, relativa alla struttura e alle aliquote dell'accisa applicata al tabacco lavorato GU L 176/24; Direttiva 2010/88/UE del Consiglio, del 7 dicembre 2010, che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto, in relazione alla durata dell'obbligo di applicazione di un'aliquota normale minima GU L 326/1; Direttiva 2010/66/UE del Consiglio, del 14 ottobre 2010, recante modifica della direttiva 2008/9/CE che stabilisce norme dettagliate per il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto, previsto dalla direttiva 2006/112/CE, ai soggetti passivi non stabiliti nello Stato membro di rimborso, ma in un altro Stato membro GU L 275/1; Direttiva 2010/45/UE del Consiglio, del 13 luglio 2010, recante modifica della direttiva

regolamento che riguarda lo scambio di informazioni ai fini del monitoraggio della corretta applicazione del regime di *call-off stock*.¹⁰⁰ Inoltre, nel medesimo settore si possono individuare le decisioni relative alla conclusione e firma del protocollo sull'eliminazione del commercio illegale dei prodotti derivati dal tabacco della convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta al tabagismo, che hanno come basi giuridiche ulteriori anche gli articoli 33, 114, 207 e 218 TFUE.¹⁰¹

Fra gli atti che riportano come esclusiva base giuridica l'articolo 113 TFUE si evidenzia poi un gruppo di strumenti relativi alla cooperazione fra le autorità fiscali. Si tratta di regolamenti sulla cooperazione amministrativa per la lotta contro le frodi IVA¹⁰² e in materia di accise¹⁰³ e di decisioni relative all'accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia riguardante la cooperazione amministrativa, la lotta contro la frode e il recupero dei crediti in materia di imposta sul valore aggiunto.¹⁰⁴

2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto per quanto riguarda le norme in materia di fatturazione GU L 189/1.

¹⁰⁰ Regolamento (UE) 2018/1909 del Consiglio del 4 dicembre 2018 che modifica il regolamento (UE) n. 904/2010 per quanto riguarda lo scambio di informazioni ai fini del monitoraggio della corretta applicazione del regime di *call-off stock*, GU L 311/1.

¹⁰¹ Decisione (UE) 2016/1749 del Consiglio, del 17 giugno 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo sull'eliminazione del commercio illegale dei prodotti derivati dal tabacco della convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta al tabagismo, fatta eccezione per le disposizioni soggette all'applicazione del titolo V della parte terza del trattato sul funzionamento dell'Unione europea GU L 268/1; Decisione del Consiglio, 2013/745/UE del 9 dicembre 2013, relativa alla firma, per conto dell'Unione europea, del protocollo sull'eliminazione del commercio illegale dei prodotti del tabacco della convenzione quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità per la lotta contro il tabagismo, fatta eccezione per le disposizioni relative agli obblighi concernenti la cooperazione giudiziaria in materia penale, la definizione dei reati e la cooperazione di polizia GU L 333/75.

¹⁰² Regolamento (UE) 2020/283 del Consiglio del 18 febbraio 2020 che modifica il regolamento (UE) n. 904/2010 per quanto riguarda misure di rafforzamento della cooperazione amministrativa per lottare contro la frode in materia di IVA GU L 62 /1; Regolamento (UE) 2018/1541 del Consiglio, del 2 ottobre 2018, che modifica i regolamenti (UE) n. 904/2010 e (UE) 2017/2454 per quanto riguarda misure di rafforzamento della cooperazione amministrativa in materia di imposta sul valore aggiunto GU L 259/1; Regolamento (UE) 2017/2454 del Consiglio del 5 dicembre 2017 che modifica il regolamento (UE) n. 904/2010 relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto GU L 348/1; Regolamento (UE) n. 904/2010 del Consiglio del 7 ottobre 2010 relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto GU L 268/1.

¹⁰³ Regolamento (UE) 2020/261 del Consiglio del 19 dicembre 2019 recante modifica del regolamento (UE) n. 389/2012 relativo alla cooperazione amministrativa in materia di accise per quanto concerne il contenuto dei registri elettronici GU L 58/1; Regolamento (UE) n. 389/2012 del Consiglio del 2 maggio 2012 relativo alla cooperazione amministrativa in materia di accise e che abroga il regolamento (CE) n. 2073/2004 GU L 121/1.

¹⁰⁴ Decisione (UE) 2019/425 del Consiglio, del 12 marzo 2019, sulla posizione da adottare a nome dell'Unione europea in sede di comitato congiunto istituito dall'accordo tra l'Unione europea e il

In particolare, alcune direttive e decisioni relative allo scambio di informazioni e cooperazione amministrativa in materia fiscale riportano sia l'articolo 113 che l'articolo 115 TFUE come basi giuridiche. Si tratta della direttiva 2011/2016 e successive modifiche,¹⁰⁵ della direttiva 2010/24 in materia di assistenza reciproca nel recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte e altre misure¹⁰⁶ e delle decisioni del Consiglio sulla conclusione di specifici accordi in merito (le quali hanno chiaramente come base giuridica ulteriore l'articolo 218 TFUE).¹⁰⁷

Infine, un numero inferiore di fonti di diritto secondario ha come base giuridica l'articolo 115 TFUE. Si tratta di direttive dedicate al coordinamento amministrativo in materia fiscale (in particolare in relazione allo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale),¹⁰⁸ alla direttiva concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi e successive

Regno di Norvegia riguardante la cooperazione amministrativa, la lotta contro la frode e il recupero dei crediti in materia di imposta sul valore aggiunto GU L 74 /67; Decisione (UE) 2018/1089 del Consiglio, del 22 giugno 2018, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia riguardante la cooperazione amministrativa, la lotta contro la frode e il recupero dei crediti in materia di imposta sul valore aggiunto GU L 195/1; Decisione (UE) 2017/2381 del Consiglio, del 5 dicembre 2017, relativa alla firma, a nome dell'Unione, dell'accordo tra l'Unione europea e il Regno di Norvegia riguardante la cooperazione amministrativa, la lotta contro la frode e il recupero dei crediti in materia di imposta sul valore aggiunto GU L 340/4.
¹⁰⁵ Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica GU L 139/1; Direttiva (UE) 2016/2258 del Consiglio, del 6 dicembre 2016, che modifica la direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio GU L 342/1; Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale GU L 146/8; Direttiva 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE GU L 64/1.

¹⁰⁶ Direttiva 2010/24/UE del Consiglio, del 16 marzo 2010, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da dazi, imposte ed altre misure GU L 84/1.

¹⁰⁷ Decisione del Consiglio 2014/793/UE, del 7 novembre 2014, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica francese che prevede l'applicazione, con riguardo alla collettività di Saint-Barthélemy, della legislazione dell'Unione sulla tassazione del risparmio e sulla cooperazione amministrativa nel settore della fiscalità GU L 330/10; Decisione del Consiglio 2013/671/UE, del 15 novembre 2013, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica francese che prevede l'applicazione, con riguardo alla collettività di Saint-Barthélemy, della legislazione dell'Unione sulla tassazione del risparmio e sulla cooperazione amministrativa nel settore della fiscalità GU L 31/1.

¹⁰⁸ Direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale GU L 332/1; Direttiva 2014/107/UE del Consiglio, del 9 dicembre 2014, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale GU L 359/1.

modifiche,¹⁰⁹ ai meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale,¹¹⁰ alla lotta contro l'elusione fiscale¹¹¹ e di decisioni¹¹² (che hanno come base giuridica l'articolo 115 TFUE in combinato disposto con l'articolo 218 TFUE).

¹⁰⁹ Direttiva (UE) 2015/121 del Consiglio, del 27 gennaio 2015, che modifica la direttiva 2011/96/UE concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi GU L 21/1; Direttiva 2014/86/UE del Consiglio, dell'8 luglio 2014, recante modifica della direttiva 2011/96/UE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi GU L 219/40; Direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi GU L 345/8.

¹¹⁰ Direttiva (UE) 2017/1852 del Consiglio, del 10 ottobre 2017, sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea GU L 265/1; Direttiva (UE) 2015/2060 del Consiglio, del 10 novembre 2015, che abroga la direttiva 2003/48/CE in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 301/1.

¹¹¹ Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno GU L 193/1; Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi GU L 144/1.

¹¹² Decisione (UE) 2016/1830 del Consiglio, dell'11 ottobre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato di Monaco che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio GU L 280/1; Decisione (UE) 2016/1751 del Consiglio, del 20 settembre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato di Andorra che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 268/38; Decisione (UE) 2016/1392 del Consiglio, del 12 luglio 2016, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, e all'applicazione provvisoria del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato di Monaco che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio GU L 225/1; Decisione (UE) 2016/828 del Consiglio, del 21 aprile 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di San Marino che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 140/1; Decisione (UE) 2016/242 del Consiglio, del 12 febbraio 2016, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato di Andorra che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 45/10; Decisione (UE) 2015/2469 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, relativa alla firma, a nome dell'Unione, e all'applicazione provvisoria del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e la Repubblica di San Marino che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 346/1; Decisione (UE) 2015/2453 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato del Liechtenstein che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 339/1; Decisione (UE) 2015/2400 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 333/10; Decisione (UE) 2015/1994 del Consiglio, del 26 ottobre 2015, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e il Principato del Liechtenstein che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 290/16; Decisione (UE) 2015/860 del Consiglio, del 26

Le poche fonti di diritto secondario vincolanti e il fatto che lo strumento giuridico più utilizzato sia la direttiva dimostra che si tratta di un settore in cui l'Unione europea interviene in modo limitato e, in ogni caso, con strumenti che tentano al più di armonizzare e ravvicinare le legislazioni. Non si può dunque parlare in alcun modo di uniformità nel settore fiscale a livello europeo, salvo che per la materia doganale e le strette maglie intessute nelle direttive in materia di IVA che lasciano un margine di discrezionalità estremamente ristretto agli Stati membri.¹¹³ Inoltre, è possibile individuare una differenza fondamentale fra le fonti che regolano la materia della tassazione indiretta e quella diretta. Le prime sono un ampio corpo normativo estremamente dettagliato e tecnico che danno luogo a procedimenti davanti alle Corti europee che riguardano principalmente la trasposizione di dette norme e la loro interpretazione e raramente in quella sede sono in discussione le libertà fondamentali o principi generali dell'Unione europea.¹¹⁴ Invece in materia di tassazione diretta, visto il limitato numero di norme di diritto secondario, i casi che vengono portati davanti alla Corte di Giustizia raramente riguardano la trasposizione di queste norme quanto eventuali contrasti fra le norme di diritto primario e la normativa fiscale nazionale non armonizzata.¹¹⁵

Alla luce del quadro descritto è evidente come in questo ambito, nel quale gli strumenti di *hard law* rimangono imbrigliati nelle rigidità procedurali di stampo intergovernativo previste dai Trattati, le fonti di *soft law* assumono un ruolo molto importante dal punto di vista del processo di integrazione europea. Come si vedrà ad esempio con riferimento al Codice di codice in materia di tassazione delle imprese (si veda *infra* par. 2.2.1.), questo tipo di strumenti possono essere utili sotto diversi punti di vista come, ad esempio, svolgendo un ruolo prodromico rispetto al

maggio 2015, relativa alla firma, a nome dell'Unione europea, del protocollo di modifica dell'accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi GU L 136/5.

¹¹³ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 36.

¹¹⁴ *Ibid.*, 37 dove inoltre si osserva che “this part of EU tax law is really *tax law* rather than *EU law*”.

¹¹⁵ *Ibid.*, in particolare, facendo eco all'osservazione precedente relativa alla tassazione indiretta, gli autori sottolineano che “direct tax issues before the Court do not so much concern interpretation of *tax law* as they concern (principles of) general *EU law*”.

passaggio ad una disciplina vincolante sul tema oppure come strumento interpretativo per le Corti, nazionali e europee, e le Amministrazioni statali.

Il limitato margine di azione di cui godono le Istituzioni in materia di tassazione diretta implica l'impossibilità di creare una vera e propria capacità fiscale europea.¹¹⁶ I Trattati non attribuiscono all'Unione europea competenza in materia di imposizione fiscale ma, affinché questa possa realizzare azioni volte a raggiungere i propri obiettivi, l'articolo 311 TFUE prevede che sia dotata dei mezzi necessari a tal fine nel rispetto delle prerogative statali. Si parla in questo senso di "risorse proprie" dell'Unione europea. Il meccanismo per la determinazione delle risorse proprie che finanziano il bilancio dell'Unione, così come la loro riscossione dipendono dagli Stati membri, che mantengono quindi il loro potere impositivo in modo esclusivo.¹¹⁷ In particolare, i Trattati prevedono che il Consiglio adotti una decisione al riguardo, deliberando secondo una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo (articolo 311 TFUE). In questa fase è possibile modificare, istituire o sopprimere le categorie di risorse e tale decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Nell'ambito dell'adozione del quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 e del pacchetto per la ripresa, nel dicembre 2020 il Consiglio ha adottato una nuova decisione dove viene prevista l'inclusione nel sistema delle risorse proprie dell'Unione europea delle entrate provenienti:

“a) dalle risorse proprie tradizionali costituite da prelievi, premi, importi supplementari o compensativi, importi o elementi aggiuntivi, dazi della tariffa doganale comune e altri dazi fissati o da fissare da parte delle istituzioni dell'Unione sugli scambi con paesi terzi, dazi doganali sui prodotti che rientrano nell'ambito di applicazione del trattato, ormai scaduto, che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, nonché contributi e altri dazi

¹¹⁶ Susanna Cafaro, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?* (Edizioni Scientifiche Italiane 2017) 81-89.

¹¹⁷ Giulia Rossolillo, *op. cit.*, 121.

previsti nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero;

b) dall'applicazione di un'aliquota uniforme di prelievo dello 0,30 % per tutti gli Stati membri al gettito IVA totale riscosso per tutte le forniture imponibili diviso per l'aliquota IVA media ponderata calcolata per l'anno civile pertinente, come previsto dal regolamento (CEE, Euratom) n. 1553/89 del Consiglio. Per ciascuno Stato membro, la base imponibile IVA da prendere in considerazione a tal fine non supera il 50 % dell'RNL;

c) dall'applicazione di un'aliquota uniforme di prelievo sul peso dei rifiuti di imballaggio di plastica non riciclati generati in ciascuno Stato membro. L'aliquota uniforme di prelievo è pari a 0,80 EUR per chilogrammo. Ad alcuni Stati membri si applica una riduzione forfettaria annua definita al paragrafo 2, terzo comma;

d) dall'applicazione di un'aliquota uniforme di prelievo, da determinare nel quadro della procedura di bilancio, tenuto conto di tutte le altre entrate, alla somma dell'RNL di tutti gli Stati membri.”¹¹⁸

Come si evince dall'elencazione riportata, lo strumento della tassazione diretta non viene utilizzato ai fini della raccolta di risorse proprie e non esiste un'imposta sul reddito a livello europeo.¹¹⁹ Il dibattito sulle criticità dell'attuale sistema e sull'opportunità di un ampliamento delle risorse proprie è in corso da molti anni e, in particolare, è stato sollevato in occasione dell'istituzione del Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie nel 2014 presieduto da Mario Monti che ha portato nel gennaio 2017 alla redazione di una relazione finale con proposte relative alla modalità di finanziamento del bilancio europeo in modo da renderle più “semplici, trasparenti, eque e democraticamente responsabili”.¹²⁰ La situazione è divenuta

¹¹⁸ Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, GU L 424/1 articolo 2.

¹¹⁹ Marjaana Helminen, *EU Tax Law: Direct Taxation* (IBFD 2019) 4.

¹²⁰ Gruppo ad alto livello sulle risorse proprie, *Sintesi e Raccomandazioni*, (Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea 2017).

ancora più problematica a seguito della crisi legata alla pandemia da COVID-19. Per far fronte a tali criticità, alla Commissione è stato conferito il potere di contrarre sui mercati dei capitali prestiti per conto dell'Unione europea per un importo massimo di 750.000 milioni di euro, di cui fino a 360.000 milioni di euro possono essere usati per erogare prestiti e fino a 390.000 milioni di euro possono essere destinati alle spese.¹²¹ Inoltre, i massimali normalmente previsti¹²² sono stati incrementati in via temporanea di 0,6 punti percentuali al fine di coprire tutte le passività risultanti dalle assunzioni di tali prestiti.¹²³

Nonostante detti correttivi, la natura del sistema che regola le risorse proprie rimane saldamente ancorato alle dinamiche intergovernative che lo caratterizzano. In questo senso, se è pur vero che sono presenti spinte che mirano all'estensione di queste ultime, permane la mancanza di un effettivo potere fiscale a livello europeo. Infatti, come si rileva dall'elencazione riportata, le risorse proprie non sono delle imposte europee bensì tasse nazionali collegate a settori dell'economia regolati dal diritto dell'Unione europea che non costituiscono dunque una capacità fiscale europea.¹²⁴

1.1.3. Integrazione negativa e limitazioni alla discrezionalità fiscale nazionale: si può ancora parlare di *retained power*?

Il potere di tassare è un tratto caratterizzante della sovranità nazionale che tuttavia si trova ad essere sempre più circoscritto dalla necessità di cooperare in modo da

¹²¹ Decisione (UE, Euratom) relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, *cit.*, articolo 5.

¹²² *Ibid.*, articolo 3. In particolare, viene previsto che “L'importo totale delle risorse proprie attribuite all'Unione per coprire gli stanziamenti annuali di pagamento non supera l'1,40 % della somma dell'RNL (*n.d.r.* Reddito Nazionale Lordo) di tutti gli Stati membri.” (para. 1) e “L'importo totale degli stanziamenti annuali di impegno iscritti nel bilancio dell'Unione non supera l'1,46 % della somma dell'RNL di tutti gli Stati membri.” (para. 2).

¹²³ *Ibid.*, articolo 6.

¹²⁴ Al riguardo, si veda Luca Lionello, Giulia Rossolillo, ‘Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?’ (2019) 3 Il Federalista 179, 185, dove viene richiamata la necessità, al fine della creazione di imposte europee, dell'istituzione di un nuovo quadro giuridico che preveda nuove norme in materia di sovranità fiscale. In particolare, rimandando al Rapporto Monti sulle risorse proprie, viene ricordato che “per creare vere e proprie imposte europee (e dunque per dar vita ad una capacità fiscale dell'Unione) è necessario che queste ultime: i) siano decise dall'Unione sulla base delle proprie scelte di politica economica; ii) confluiscono direttamente nel bilancio dell'Unione (il cui ammontare non sarebbe più deciso all'unanimità dagli Stati membri); iii) che il livello sovranazionale venga dotato di un'amministrazione in grado di esigere il pagamento di tali imposte da parte dei privati.”

poter far fronte a dinamiche derivanti dalla forte integrazione giuridica ed economica quali, ad esempio, la concorrenza fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva¹²⁵ e, più in generale, dal rispetto del diritto dell'Unione europea. In tal senso, assumono particolare rilievo le norme sulla libera circolazione, il diritto della concorrenza (nel quale rientra il divieto di aiuti di Stato) e il coordinamento delle politiche economiche. In questo contesto, l'attività interpretativa della Corte di Giustizia ha avuto un ruolo fondamentale nel processo di integrazione negativa che ha portato all'ampliamento di fatto della possibilità di intervento da parte dell'Unione europea, soprattutto in materia di tassazione diretta.¹²⁶ Chiaramente, tale attività è caratterizzata da limiti intrinseci che non permettono di impedire la creazione o la sussistenza di regimi fiscali nazionali differenti o di decidere su questioni che riguardano scelte discrezionali degli Stati membri di natura meramente politica.¹²⁷ Inoltre, la discrezionalità fiscale nazionale non è limitata solamente dalle fonti di *hard law* adottate a livello europeo ma anche da quelle di *soft law* che, portando avanti istanze di cooperazione interstatale, cercano di incanalare le scelte nazionali verso soluzioni condivise.¹²⁸

Come si è già evidenziato, se la tassazione indiretta è stata oggetto di armonizzazione, l'intervento europeo in materia di tassazione diretta è molto più limitato sia rispetto al numero di strumenti adottati sia per la loro incisività sulla discrezionalità statale.¹²⁹ Di conseguenza, la natura dei procedimenti in materia di tassazione diretta che vengono portati davanti alla Corte di Giustizia è diversa rispetto a quelli in materia di tassazione indiretta che solitamente hanno ad oggetto l'interpretazione della disciplina europea in merito. Infatti, in questi casi, soprattutto a causa dello scarso livello di armonizzazione della materia, le previsioni per le quali si richiede l'interpretazione rispetto alla disciplina nazionale non sono norme

¹²⁵ António Carlos dos Santos, Cidália Mota Lopes, 'Tax Sovereignty, Tax Competition and The Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment' (2016) 25 EC Tax Review 296, 296.

¹²⁶ Hanno Kube, Ekkehart Reimer, Christoph Spengel, 'Tax Policy: Trends in the Allocation of Powers Between the Union and Its Member States' (2016) 25 EC Tax Review 247, 247.

¹²⁷ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 37-38.

¹²⁸ António Carlos dos Santos, Cidália Mota Lopes, *op. cit.*, 300.

¹²⁹ Il dualismo fra tassazione diretta e indiretta, inteso come una caratteristica del diritto tributario europeo degli ultimi 60 anni che trova le sue radici nei Trattati e nei sistemi fiscali degli Stati membri, viene in particolare sottolineato in Hanno Kube, Ekkehart Reimer, Christoph Spengel, *op. cit.*, 247.

strettamente tributarie ma piuttosto regole derivate dai trattati relativi alle quattro libertà fondamentali, al mantenimento di un ambiente concorrenziale sano o principi generali come l'abuso di diritto o la non discriminazione.¹³⁰ In questo senso si evidenzia un forte contrasto fra la specificità e il tecnicismo delle disposizioni tributarie nazionali rispetto alle quali la Corte è chiamata ad effettuare un confronto e le norme rispetto alle quali si richiede un'interpretazione: la differenza di astrazione dei due corpi normativi coinvolti, il fatto che la Corte è competente a interpretare solo le norme europee e l'implicazione anche di un terzo corpo normativo composto dai trattati bilaterali in essere fra gli Stati membri rende la giurisprudenza relativa all'integrazione negativa della tassazione diretta particolarmente complessa e caotica.¹³¹

Come efficacemente osservato da Giulia Rossolillo con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema e, in particolare, alla peculiare selezione della terminologia utilizzata, per un verso le pronunce in materia di fiscalità fanno spesso riferimento al fatto che le imposte dirette rientrano nella competenza esclusiva degli Stati membri – che possono definire liberamente i criteri di ripartizione del loro potere impositivo – e all'esistenza di una *fiscal sovereignty* degli stessi mentre, per l'altro, la Corte ha messo in luce come la competenza degli Stati in materia fiscale debba essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione europea, fino a giungere ad affermare che gli Stati membri godono solo “di una certa autonomia”.¹³² Questa formula secondo la quale anche se la materia in questione rientra nelle competenze “trattenute” degli Stati membri, essi devono esercitare tali poteri coerentemente al diritto dell'Unione europea, è stata per la prima volta espressa in questa forma nella sentenza *Schumacker* per poi essere utilizzata analogamente in altre aree come la sicurezza sociale, i diritti sociali e l'istruzione.¹³³

¹³⁰ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 37, dove efficacemente viene osservato che “In direct tax cases, the Court is a balancing artist between the interests of the single internal market and the 27 legitimate interests of separate Member States to protect their tax bases, rather than Montesquieu's *bouche qui prononce les paroles de la loi*”.

¹³¹ *Ibid.*

¹³² Giulia Rossolillo, *op. cit.*, 132-133.

¹³³ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, para. 21 “Per risolvere tale questione, si deve rilevare che, se è vero

Un aspetto importante da sottolineare nel prendere in considerazione il rapporto fra le libertà fondamentali e le misure fiscali nazionali è la valutazione circa la possibilità di sfruttare le prime per poter accedere a regimi fiscali più favorevoli, profilo che è bene chiarire anche alla luce dell'analisi che seguirà nei paragrafi successivi relativi alla concorrenza fiscale.¹³⁴ Infatti, a partire dalla sentenza *Centros*¹³⁵ la Corte di Giustizia ha ripetutamente sostenuto che il semplice fatto di esercitare le libertà fondamentali previste dall'ordinamento europeo al fine di trarre vantaggio dall'applicazione di un quadro normativo diverso da quello del proprio Stato membro (sia in materia fiscale che in altri ambiti) non costituisce di per sé un esercizio abusivo di tali diritti.¹³⁶ Pertanto, lo sfruttamento delle differenze di regime fiscali fra Stati membri al fine di essere in una posizione più vantaggiosa rappresenta un possibile modo di esercitare le libertà garantite a livello europeo senza che ciò impedisca la concorrenza fiscale fra ordinamenti.¹³⁷

Oltre all'attività condotta dalla Corte di giustizia volta all'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione di natura fiscale, negli ultimi anni si è reso sempre più evidente come le regole sugli aiuti di Stato stiano diventando un importante strumento di integrazione negativa.¹³⁸ Come dimostrato recentemente dai noti casi relativi ai *tax rulings* concessi da alcuni Stati membri a importanti multinazionali ma anche, più in generale, dalla tendenza interpretativa degli ultimi anni della Commissione e della Corte rispetto alla nozione di aiuto di Stato, questa attività comporta l'erosione di spazi precedentemente lasciati alla discrezionalità statale. Le questioni inerenti alla disciplina degli aiuti di Stato verranno trattate in modo

che allo stato attuale del diritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario (v. sentenza 4 ottobre 1991, causa C-246/89, Commissione/Regno Unito, Race, pag. 1-4585, punto 12).” Il riferimento è alla causa *Factortame*, oggi ricordata principalmente per le sue implicazioni rispetto al principio del primato ma con riflessi importanti anche rispetto alle questioni legate al riparto di competenze. Sul punto si veda Lena Boucon, ‘EU Law and Retained Powers of Member States’, *op. cit.*, 185.

¹³⁴ Gloria Marín Benítez, *op. cit.*, 40.

¹³⁵ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*.

¹³⁶ *Ibid*, para. 27.

¹³⁷ Gloria Marín Benítez, *op. cit.*, 40.

¹³⁸ Per una concisa ricostruzione dei principali punti di contatto fra la disciplina degli aiuti di Stato e la sovranità fiscale nazionale si veda Raymond H.C Lujia, ‘Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?’ (2016) 25 EC Tax Review 312, 312-324.

approfondito poiché rilevano sia sotto il profilo dell'ingerenza dell'Unione europea nelle scelte di politica fiscale nazionale che rispetto al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa. Al riguardo, si rimanda allo specifico approfondimento nella seconda parte del presente elaborato dedicata agli strumenti utilizzati per il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa fra cui figura anche l'applicazione di tale disciplina (si veda *infra* cap. 3). Tuttavia, si evidenzia fin d'ora come l'interpretazione data a queste norme, che ne permette l'applicazione in contesti in certa misura nuovi, coniugata con misure sempre più incisive da parte europea in materia di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio ha portato a una forte compressione della sovranità degli Stati membri.¹³⁹ In particolare, rispetto a questi ultimi strumenti, si tratta di meccanismi che prevedono la concessione di fondi vincolati al principio di condizionalità e che pertanto implicano “un intervento positivo delle istituzioni dell'Unione, che tocca il nucleo essenziale della competenza fiscale degli Stati giungendo ad indicare le modalità di esercizio della loro potestà tributaria”.¹⁴⁰ Inoltre, l'estensione dei criteri dell'articolo 107(1) TFUE (si veda *infra* par. 3.2.1.2.) pone dei problemi non solo in termini di compressione della discrezionalità fiscale nazionale e di rispetto delle prerogative statali, ma anche di deficit democratico. Rispetto a questo ultimo elemento, è importante sottolineare che la Commissione, nel vigilare sulla concessione di aiuti fiscali, limita la discrezionalità e influenza le scelte di politica fiscale nazionale, sia in fase di controllo che di recupero, senza detenere tuttavia alcuna legittimazione democratica.¹⁴¹

Come già sottolineato in precedenza nell'analizzare le competenze attribuite all'Unione dai Trattati in questa materia, le limitazioni che l'integrazione europea impone alla discrezionalità fiscale nazionale, sia nella sua connotazione positiva che negativa, non sono accompagnate dall'istituzione di una effettiva capacità fiscale europea. Questo può certamente intendersi come un argomento a favore dell'esistenza di un *retained power* in favore degli Stati membri, che mantengono

¹³⁹ Giulia Rossolillo, *op. cit.*, 137-138. In merito, si veda anche Pieter Van Cleynenbreugel, *op.cit.*, 241-246.

¹⁴⁰ Giulia Rossolillo, *op. cit.*, 138.

¹⁴¹ Ioanna Papadamaki, *Les aides d'État de nature fiscale en droit de l'Union européenne* (Bruylant 2018) para. 725 e ss., para. 792.

la propria sovranità fiscale attraverso il controllo della fiscalità diretta. Tuttavia, come ricordato, l'azione dell'Unione posta in essere attraverso gli strumenti che rientrano nella propria competenza comporta una compressione sempre maggiore di detta sovranità e “*une sorte de ruissellement continu du droit de l'Union sur les champs de compétences réservés des États membres*”.¹⁴² Il discorso si sposta dunque sulla conformità di tale intervento rispetto alle norme previste nei Trattati e alla definizione di limiti, se sussistenti, a queste ultime.

1.2. La concorrenza fiscale fra Stati membri

Per permettere una migliore comprensione del fenomeno oggetto della presente analisi, si rende necessaria una prima ricostruzione della nozione di concorrenza fiscale fra ordinamenti, distinguendola dalla più ristretta definizione di concorrenza fiscale dannosa (si veda *infra* par. 1.2.1). Il tentativo da parte dell'Unione europea di controllare questo fenomeno e di gestire le pratiche distorsive che ne derivano comporta azioni che limitano la discrezionalità fiscale nazionale. Vista la natura delle misure in questione è necessaria una gestione a livello sovranazionale che, evidentemente, deve essere attuata a scapito delle scelte di politica fiscale degli Stati membri. Pertanto, seguirà una attenta analisi della concorrenza fiscale dannosa nell'ordinamento europeo, avendo cura di segnalare le principali tappe che hanno portato le istituzioni europee all'approccio correntemente adottato al riguardo (si veda *infra* par. 1.2.2.). Infine, è importante fin d'ora individuare i principali profili critici che riguardano l'azione dell'Unione nel contrasto a detto fenomeno e che saranno poi approfonditi con riferimento ai vari strumenti analizzati nei capitoli successivi (si veda *infra* par. 1.2.3).

1.2.1. La nozione di concorrenza fiscale fra ordinamenti

La concorrenza fiscale è il fenomeno per il quale diverse giurisdizioni entrano in competizione fra loro mediante l'utilizzo della leva tributaria al fine di attrarre investimenti e capitali stranieri.¹⁴³ In particolare la riduzione del carico fiscale

¹⁴² Jacqueline Dutheil de la Rochere, 'Préface' in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* (Bruylant 2013) 3.

¹⁴³ Christian Keuschnigg, Simon Loretz, Hannes Winner, 'Tax Competition and Tax Coordination in the European Union: a Survey' (2014) 04 Working Papers in Economics and Finance, University

rispetto al *benchmark* internazionale sui capitali e sulle imprese (solitamente imprese multinazionali o con una vocazione internazionale) ha uno scopo attrattivo rispetto alle scelte di localizzazione di queste ultime.¹⁴⁴ Si tratta di una nozione neutra che descrive un assetto di rapporti internazionali attinenti all'utilizzo del rispettivo potere fiscale che non è tuttavia caratterizzato in modo intrinseco da una connotazione positiva o negativa.

La dottrina non ha una posizione unitaria rispetto alla valutazione degli effetti economici della concorrenza fiscale. Da un lato, si può ritenere che si tratti di uno strumento di politica economica volto a favorire l'incremento di alcuni dei fattori di produzione nazionali.¹⁴⁵ Infatti, la concorrenza fiscale può considerarsi virtuosa quando è posta in essere mediante l'utilizzo di misure fiscali generali non discriminatorie che comportano anche un rispettivo vantaggio per la produttività e una sana concorrenza fra le imprese presenti sul mercato.¹⁴⁶ Dall'altro lato, il *dumping* fiscale che ne consegue può incidere negativamente sulla possibilità per governi nazionali di mantenere sistemi economici efficienti ed equi.¹⁴⁷ A titolo di esempio, le misure fiscali di uno Stato membro intese ad attrarre basi imponibili mobili (come il reddito da capitale) tendono a ridurre il livello dell'imposizione su questo tipo di reddito in tutti gli Stati membri e, per compensare tale riduzione, spesso è necessario aumentare la tassazione di basi imponibili meno mobili (come

of Salzburg, Department of Social Sciences and Economics, Salzburg, 2, dove gli autori sottolineano che la nozione di concorrenza fiscale era “originally based on the analysis of optimal tax assignment in federal states as developed by Oates (Wallace E. Oates, *Fiscal Federalism*, New York: Harcourt Brace Jovanovich 1972) and the subsequent research on fiscal federalism, showing that tax rates on mobile factors might end up at inefficiently low levels. Subsequent theoretical developments extend this approach to competition between independent jurisdictions, with widely varying policy implications depending on the particular assumptions made. (...) this notion of intercountry competition (...) [defines] tax competition in a broad sense and along the lines of Devereux and Loretz (Michael P. Devereux, Simon Loretz, ‘What Do We Know about Corporate Tax Competition?’ (2013) 66 *National Tax Journal*) as ‘... the uncooperative setting of taxes where a country is constrained by the tax setting behaviour of other countries’”.

¹⁴⁴ Pietro Boria, ‘La concorrenza fiscale tra Stati: verso un nuovo ordine della fiscalità internazionale’ in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019) 5.

¹⁴⁵ *Ibid*, 6-7.

¹⁴⁶ Giovanni Pitruzzella, ‘La concorrenza fiscale nel processo di integrazione europea’ in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019) 40.

¹⁴⁷ *Ibid*; Richard Teather, ‘Harmful Tax Competition?’ (2002) 22 *Economic Affairs* 58; Adina Violeta Trandafir, ‘Tax Competition – Beneficial or Harmful? How Various Tax Measures Affect the Allocation of Resources?’ (2010) 15 *Studies and Scientific Researches Economic Edition* 173.

il reddito da lavoro o i consumi).¹⁴⁸ Di conseguenza aumenta il livello di imposizione che deve essere sostenuto da lavoratori, consumatori e imprese nazionali.¹⁴⁹ In ogni caso, è evidente che la scelta di uno Stato di attuare politiche fiscali volte alla delocalizzazione delle imprese verso il proprio territorio implica una valutazione di convenienza fra i proventi socio-economici che ne derivano (come ad esempio l'aumento dell'occupazione, della richiesta di beni o servizi nazionali, deposito di liquidità nelle banche nazionali) e le ricadute positive che si avrebbero, al contrario, con un livello di tassazione ordinario.¹⁵⁰ Si innesca dunque un meccanismo di *trade off* nella scelta fra l'utilizzo degli strumenti del mercato, cioè i benefici derivanti dalla localizzazione delle imprese sul territorio, e la tassazione per il raggiungimento di un maggiore benessere collettivo.¹⁵¹

La definizione della concorrenza fiscale in chiave negativa, in questo senso qualificata come *harmful*, cioè dannosa o sleale, si è sviluppata a partire dagli ultimi anni del XX secolo e solitamente implica una politica di detassazione selettiva¹⁵² ma può anche essere attuata mediante altri strumenti giuridici come, ad esempio, quelli offerti dal diritto societario.¹⁵³ La concorrenza fiscale dannosa non risulta quindi volta a creare delle ricadute positive che la delocalizzazione può avere se collegata a un piano di sviluppo del sistema produttivo interno ma ha lo scopo precipuo di attrarre capitali esteri. Questi ultimi comportano un relativo aumento di ricchezza finanziaria che, nella migliore delle ipotesi, si riflette solo su una parte molto limitata della popolazione¹⁵⁴ ma che, talvolta, guardando all'esempio europeo, si limita a “transita[re] per breve tempo da “scatole vuote” finanziarie, prima di collocarsi verso paradisi fiscali extra-UE, senza rilevanti introiti per le casse nazionali, sottraendo invece risorse a tutti gli altri Stati membri”.¹⁵⁵ Ne deriva che la nozione di concorrenza fiscale dannosa risulta estremamente sfuggente dal

¹⁴⁸ Comunicazione della Commissione ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’, *cit.*, 8.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ Pietro Boria, *op. cit.*, 6.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*, 7.

¹⁵³ Giandonato Caggiano, ‘Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale’ (2020) II Annali AISDUE 1, 6.

¹⁵⁴ Pietro Boria, *op. cit.*, 7.

¹⁵⁵ Giandonato Caggiano, ‘Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale’, *op. cit.*, 6.

punto di vista giuridico. Questa rischia infatti di essere relegata ad una mera scelta di natura politica che, seppur censurabile dal punto di vista ideologico alla luce del fatto che tende a favorire soggetti che si trovano già in una posizione di privilegio all'interno della società, non può essere soggetta ad un vaglio circa la sua compatibilità con norme giuridiche.

Il fenomeno della concorrenza fiscale può essere osservato sia a livello globale che regionale: l'alta mobilità dei capitali che deriva da una sempre maggiore integrazione economica spinge alla concorrenza fra Stati¹⁵⁶ che devono prendere in considerazione i fattori che possono influenzare le scelte di localizzazione delle imprese. Tra queste, le politiche fiscali giocano un ruolo chiave. Il mercato interno rappresenta un interessante caso studio per analizzare il funzionamento della concorrenza fiscale in quanto si tratta di un ambiente giuridico nel quale la concorrenza intergiurisdizionale è stimolata e facilitata dalle quattro libertà fondamentali.¹⁵⁷ Infatti, con l'approfondimento dell'integrazione europea, la crescente pressione causata dalla liberalizzazione dei mercati di beni, servizi e capitali ha portato a un aumento della concorrenza fiscale e all'abbassamento dell'imposizione fiscale sui capitali.¹⁵⁸ Negli ultimi anni, la concorrenza fiscale dannosa e la pianificazione fiscale aggressiva sono diventate questioni chiave nel dibattito giuridico e politico europeo. Infatti, l'attenzione rivolta al tema dell'equità dei sistemi impositivi e della tassazione è di fondamentale importanza per l'Unione Europea in quanto permette entrate sostenibili e, allo stesso tempo, un ambiente commerciale competitivo nell'ambito di un'economia che sia nel suo complesso maggiormente stabile, capace di garantire crescita, occupazione e investimenti.¹⁵⁹

Nei primi anni del processo di integrazione europeo, la concorrenza fiscale era considerata come una controversa ma inevitabile conseguenza dello sviluppo del

¹⁵⁶ Alexander Haupt, Wolfgang Peters, 'Restricting Preferential Tax Regimes to Avoid Harmful Tax Competition' (2005) 35 *Regional Science and Urban Economics* 493, 493-494.

¹⁵⁷ Christian Keuschnigg, Simon Loretz, Hannes Winner, *op. cit.*, 3.

¹⁵⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 21 dicembre 2000, 'Il contributo delle finanze pubbliche alla crescita e all'occupazione: migliorare la qualità e la sostenibilità' (COM(2000) 846 definitivo), 30.

¹⁵⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 15 luglio 2020 sulla buona governance fiscale nell'UE e oltre (COM (2020) 313 final), 1.

mercato interno.¹⁶⁰ La *ratio* alla base della creazione di “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”¹⁶¹ era il rafforzamento dei movimenti transfrontalieri.¹⁶² L’utilizzo delle politiche fiscali come strumento per attrarre le imprese non sembrava quindi in contrasto con tale impostazione,¹⁶³ soprattutto alla luce del *retained power* degli Stati membri in questo ambito. Infatti, come già ampiamente discusso nei precedenti capitoli del presente elaborato, è necessario tenere in considerazione il quadro complessivo nel quale rientra il problema della mancanza di armonizzazione della tassazione diretta, un ambito che non viene nemmeno menzionato nei Trattati. Ciò è storicamente giustificabile dal fatto che le imposte vengono considerate un importante strumento di politica sociale e di redistribuzione del reddito, appannaggio tipicamente nazionale.¹⁶⁴ Con l’aumento dell’integrazione, la linea di demarcazione tra le competenze dell’UE e quelle degli Stati membri in materia fiscale si è fatta più labile. Come già accennato, attualmente alcune voci chiedono un processo decisionale più efficiente e democratico in materia di politica fiscale dell’UE e propongono, in particolare, di adattare il processo decisionale abbandonando il requisito dell’unanimità che ostacola il progresso in questo campo. Tuttavia, al momento la questione è ancora soggetta a procedure governate da logiche intergovernative e l’azione europea è limitata e principalmente limitata alla fiscalità indiretta.

1.2.2. La concorrenza fiscale nell’Unione europea: evoluzione dell’approccio delle Istituzioni al fenomeno della concorrenza fiscale dannosa

A livello europeo, la presa di coscienza della potenziale dannosità di una concorrenza fiscale incontrollata è iniziata a metà degli anni ’90,¹⁶⁵ quando

¹⁶⁰ Pieter Van Cleynenbreugel, *op. cit.*, 226.

¹⁶¹ Articolo 26 (2) TFEU.

¹⁶² Pieter Van Cleynenbreugel, *op. cit.*, 231-232.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Franco Gallo, ‘La concorrenza fiscale fra Stati’ in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019) 51.

¹⁶⁵ Per un’attenta analisi dello sviluppo dell’approccio adottato dall’Unione europea verso la concorrenza fiscale dannosa rispetto all’uso della disciplina degli aiuti di Stato, si veda Edoardo Traversa, Pierre M. Sabbadini, ‘State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax policy in Disguise?’ in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017) 107-134.

cominciarono ad essere espressi i primi timori circa le conseguenze del *dumping* fiscale, dell'evasione ed elusione fiscale e della pianificazione fiscale aggressiva.¹⁶⁶ Ciononostante, le istituzioni europee non hanno mai condannato apertamente la concorrenza fiscale *per se*, considerando che quest'ultima possa anche portare ad effetti positivi come, ad esempio, maggiore trasparenza fra Stati membri e la tendenza alla convergenza dei loro regimi fiscali e limitando il proprio intervento al fronteggiare misure che rientrano nella nozione maggiormente restrittiva di concorrenza fiscale dannosa.¹⁶⁷ Infatti, la concorrenza fiscale non è di per sé problematica ma, in un mercato unico in cui le libertà previste dal trattato aumentano la mobilità dei profitti e degli investimenti, è necessario che vi siano regole comuni sulla misura in cui gli Stati membri possono utilizzare i loro regimi e le loro politiche fiscali per attirare imprese e profitti.¹⁶⁸ In ogni caso, l'esercizio dei poteri da parte degli Stati membri deve essere conforme al diritto dell'Unione europea, fra cui le norme sugli aiuti di Stato, come sarà ampiamente discusso in seguito. Trovare un equilibrio tra la conservazione di un ambiente equo e competitivo nel mercato interno e il rispetto del potere discrezionale nazionale in materia fiscale è una delle sfide più controverse e importanti per l'Unione europea.

Il dibattito in materia è stato avviato dal “Pacchetto Monti”,¹⁶⁹ che riconosceva l'esistenza di fenomeni di concorrenza fiscale dannosa nell'Unione europea a seguito dell'impulso fornito dalla Commissione nel 1996 con la proposta di una strategia fiscale europea.¹⁷⁰ In questi documenti la Commissione ha dimostrato

¹⁶⁶ Le strategie di pianificazione fiscale aggressiva hanno lo scopo di minimizzare la tassazione effettiva del reddito d'impresa e comportano l'uso di metodi diversi come interpretazioni elusive delle disposizioni applicabili o lo sfruttamento dei vuoti normativi esistenti nel diritto fiscale nazionale o derivanti dal coordinamento di diverse giurisdizioni. Per un'ampia analisi delle nozioni di evasione fiscale, elusione fiscale e pianificazione fiscale, si veda Paulus Merks, 'Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning' (2006) 34(5) *Intertax*, 272–281. Inoltre, più nello specifico rispetto al fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva nell'ordinamento europeo, si veda Franklin Cachia 'Aggressive Tax Planning: an Analysis from an EU Perspective' (2017) 26(5) *EC Tax Review*, 257-273.

¹⁶⁷ Pieter Van Cleynenbreugel, *op. cit.*, 235.

¹⁶⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 15 luglio 2020 sulla buona governance fiscale nell'UE e oltre, *cit.*, 3.

¹⁶⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio del 1 ottobre 1997, 'Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea - Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa' (COM/97/0495 def).

¹⁷⁰ Commissione, 'Taxation in the European Union – Discussion Paper for the Informal Meeting of ECOFIN Ministers' (SEC (1996) 487 final).

come la concorrenza fiscale possa essere dannosa per il mercato interno, soprattutto rispetto alle consistenti perdite di gettito tributario e alla tendenza all'aumento del carico impositivo sul lavoro dipendente rispetto alle basi imponibili caratterizzate da maggiore mobilità.¹⁷¹ Infatti, con l'aumento dell'integrazione, sotto la crescente pressione della liberalizzazione dei mercati dei beni, dei servizi e dei capitali, gli Stati membri si trovano a far fronte ad una concorrenza fiscale sempre maggiore che contribuisce alla riduzione delle imposte sul capitale.¹⁷² Un'altra iniziativa collegata che ha fornito un grande contributo alla discussione su questi temi è stata l'istituzione di un High Level Group, stabilito in occasione del Consiglio ECOFIN di Verona del 13 aprile 1996, con lo scopo di affrontare la questione della necessità di adottare un approccio il più possibile comprensivo in materia fiscale. La posizione espressa dai membri dell'High Level Group è stata riassunta nella 'Relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari' insieme alla valutazione della Commissione sulle questioni sollevate.¹⁷³

Su questa base, la Commissione ha sviluppato la sua proposta per un pacchetto finalizzato al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa nell'Unione europea,¹⁷⁴ consistente in un codice di condotta in materia di fiscalità delle imprese e, in parallelo, una comunicazione della Commissione in materia di aiuti di Stato di natura fiscale, misure atte ad eliminare le distorsioni derivanti dalla tassazione dei redditi da capitale e le ritenute d'imposta sul pagamento transfrontaliero di interessi e di *royalties* tra società, oltre che misure intese ad eliminare le distorsioni rilevanti nel settore delle imposte indirette. La proposta della Commissione è stata recepita dal Consiglio ECOFIN includendo nelle Conclusioni in materia di politica fiscale del 1 dicembre 1997 una risoluzione relativa all'adozione di un Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (al riguardo, si veda *infra* par. 2.2.1.).¹⁷⁵ La

¹⁷¹ Comunicazione della Commissione, 'Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea - Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa', *cit.*, para. 2.

¹⁷² Comunicazione della Commissione del 21 dicembre 2000, 'Il Contributo Delle Finanze Pubbliche Alla Crescita E All'occupazione: Migliorare La Qualità E La Sostenibilità' (COM(2000) 846 Definitivo) 32.

¹⁷³ Commissione, 'La Politica tributaria nell'unione europea - Relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari', 22 ottobre 1996, COM(96)546def).

¹⁷⁴ Comunicazione della Commissione, 'Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea - Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa', *cit.*

¹⁷⁵ Conclusioni del Consiglio Ecofin del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale, (1998) GU C2/2. Le altre due misure relative alla tassazione diretta sono state realizzate successivamente con

risoluzione del Consiglio ECOFIN ha anche stabilito la creazione di un gruppo chiamato, dal nome del presidente, “Gruppo Primarolo” che ha il compito di valutare le misure fiscali che possono rientrare nell’ambito di applicazione del codice e supervisionare la comunicazione delle informazioni relative a tali misure.¹⁷⁶

È importante sottolineare che il Codice di condotta, strumento di *soft law* che esprime una volontà politica, senza, ovviamente, poter imporre alcun obbligo in capo agli Stati, effettua un esplicito rimando alle norme sugli aiuti di Stato. Si tratta di un corpo normativo che è parte del diritto dell’Unione europea basato sul divieto stabilito dall’articolo 107(1) TFUE e il Codice fa riferimento al fatto che, in alcuni casi, ci potrebbe essere una sovrapposizione fra le misure che rientrano nel proprio ambito di applicazione e talune misure fiscali qualificabili come aiuti. L’affinità fra le misure fiscali che generano concorrenza fiscale dannosa e quelle che rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 107 (1) TFUE consiste principalmente nel fatto che in entrambi i casi si tratta di agevolazioni tributarie. Le modalità con le quali questi strumenti vengono utilizzati e interagiscono nell’ordinamento europeo con la finalità di contrastare la concorrenza fiscale dannosa verranno approfonditamente analizzate nella seconda parte del presente elaborato. Tuttavia, è necessario segnalare la commistione fra questi due strumenti fin da subito in quanto rilevante anche per descrivere il successivo sviluppo dell’approccio seguito dalle istituzioni europee verso il fenomeno in analisi.

Proprio nella parte in cui viene effettuato il rimando alla disciplina degli aiuti di Stato, viene specificato che

“il Consiglio prende atto dell’impegno della Commissione di pubblicare gli orientamenti per l’applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle

la direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi e la *Interest and Royalties Directive*.

¹⁷⁶ Conclusioni del Consiglio Ecofin del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale, Allegato 1, ‘Risoluzione del Consiglio e dei Rappresentanti di Governi degli Stati Membri, Riuniti in sede di Consiglio del 1 dicembre 1997 su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese’ (di seguito, “Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese”), (1998) GU C2/2 lett. H; cf. Consiglio, ‘Report from the Code of Conduct Group (Business Taxation) to the ECOFIN Council on 29 November 1999 on the Code of Conduct (Business Taxation)’ (SN 4901/99).

misure di tassazione diretta delle imprese entro la metà del 1998, dopo aver presentato agli esperti degli Stati membri un progetto nell'ambito di una riunione multilaterale, nonché dell'impegno di perseguire una rigorosa applicazione delle norme relative agli aiuti in questione, tenendo conto, tra l'altro, degli effetti negativi degli aiuti evidenziati dall'applicazione del codice. Il Consiglio prende altresì atto dell'intenzione della Commissione di esaminare o riesaminare caso per caso i regimi fiscali in vigore e i nuovi progetti degli Stati membri, assicurando la coerenza e la parità di trattamento nell'attuazione delle disposizioni e degli obiettivi del trattato.”¹⁷⁷

Infatti, in concomitanza con la pubblicazione del primo rapporto avente ad oggetto la concorrenza fiscale dannosa in una prospettiva globale redatto dall'OCSE nel 1998,¹⁷⁸ la Commissione ha emanato le proprie linee guida sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese.¹⁷⁹ Inoltre, a seguito dell'adozione del codice di condotta e sulla base di detta comunicazione, la Commissione ha aperto una serie di indagini su schemi fiscali nazionali considerati in violazione delle regole sugli aiuti di Stato.¹⁸⁰ Il risultato di tali indagini è stata riassunta nella 'Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese'.¹⁸¹

L'importanza attribuita agli aiuti di Stato in questo contesto e l'incremento di casi aventi ad oggetto misure fiscali hanno comportato un intenso lavoro da parte della Commissione e della Corte di Giustizia rispetto allo sviluppo della nozione di aiuto fiscale. Per quanto riguarda la giurisprudenza, la nozione di selettività si è rivelata come uno degli aspetti maggiormente controversi e complessi che ha, tuttavia, un ruolo decisivo nel determinare l'ambito di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE

¹⁷⁷ “Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese”, *cit.*, lett. J.

¹⁷⁸ OCSE, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue* (OCSE 1998).

¹⁷⁹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (1998) GU C384/3.

¹⁸⁰ Per una panoramica della prassi decisionale della Commissione al riguardo, si veda: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html.

¹⁸¹ Commissione, 'Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese' (COM (2004) 434).

con riferimento alle misure fiscali (si veda *infra* par. 3.1.1.4. e 3.1.2.)¹⁸² La comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato,¹⁸³ di cui una sezione è appositamente dedicata alle misure fiscali,¹⁸⁴ è un utile strumento per ricostruire lo sviluppo della nozione di aiuto fiscale e di selettività. Inoltre, quest'ultima fa specifico riferimento a una delle questioni maggiormente dibattute in merito agli aiuti fiscali e strettamente collegata al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa: l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato a *ruling* fiscali emessi dalle autorità competenti nazionali (si veda *infra* par. 3.2.1.).¹⁸⁵

Lo studio dell'approccio seguito in ambito europeo per il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa sarà integrato dalla puntuale analisi degli strumenti qui accennati nella seconda parte dell'elaborato. Tuttavia, al fine di fornire un quadro di insieme il più possibile chiaro e completo è opportuno individuare sin d'ora i profili maggiormente problematici che riguardano questa materia.

1.2.3. Il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa: principali profili problematici

¹⁸² Si veda, in particolare, Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 6 settembre 2006, causa C-88/03, *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee.*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 11 settembre 2008, cause riunite C-428/06 to C434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri.*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 22 dicembre 2008, causa C-487/06 P *British Aggregates Association contro Commissione delle Comunità europee e Regno Unito*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 8 settembre 2011, causa C-279/08 P, *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 8 settembre 2011, cause riunite C-78/08 to C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08), Adige Carni Soc. coop. arl, in liquidation v Agenzia delle Entrate and Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08) and Ministero delle Finanze v Michele Franchetto (C-80/08)*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P and C107/09 P, *Commissione europea (C-106/09 P) e Regno di Spagna (C-107/09 P) contro Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 21 dicembre 2016, causa C-20/15 P, *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a.*

¹⁸³ Commissione, 'Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea' (2016) GU C 262/1.

¹⁸⁴ *Ibid.*, para. 5.4.

¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 5.4.4. Inoltre, si veda Commissione (DG Competition), 'Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016 - DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings' (Internal Working Paper), disponibile online: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf.

La discussione in merito alla concorrenza fiscale nell'ordinamento europeo è incentrata su due principali questioni: il rispetto dell'azione dell'Unione europea nei confronti del potere discrezionale degli Stati membri in materia fiscale e la possibilità di utilizzare la disciplina sugli aiuti di Stato per limitare l'adozione di misure fiscali dannose nel mercato interno. Entrambe implicano una serie di ulteriori problematiche che sono fra loro strettamente collegate come la difficoltà di individuare una chiara distinzione fra i poteri attribuiti all'Unione europea e i *retained powers* degli Stati membri in materia fiscale, la nozione di misura fiscale dannosa e le differenze che intercorrono fra quest'ultima e la definizione di aiuto di Stato.

Le criticità relative alla difficoltà dell'individuare una chiara distinzione fra competenze nazionali e dell'Unione materia in questo ambito sono evidenti. Per comprendere l'estensione di un intervento europeo per contrastare la concorrenza fiscale dannosa che sia coerente con i Trattati è necessario uno studio analitico dei possibili strumenti utilizzabili. In questo senso, gli aspetti maggiormente sensibili sono l'individuazione della nozione di misura fiscale dannosa ai fini dell'applicazione del codice di condotta (si veda *infra* par. 2.2.1.) e di aiuto di stato di natura fiscale *ex* articolo 107(1) TFUE, con particolare attenzione al criterio della selettività (si veda *infra* par. 3.1.1.4., 3.1.2. e 3.2.). Infatti, la definizione dell'estensione di entrambe le nozioni rivela l'effettivo ambito di discrezionalità che risulta in capo agli Stati.

Gli strumenti individuati, oltre a sollevare problemi che rientrano nell'alveo del rapporto fra Stati membri e Unione europea rispetto al riparto delle rispettive competenze, devono essere valutati prendendo anche in considerazione l'efficacia della loro attuazione rispetto all'obiettivo del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Questa chiave di lettura richiede un'analisi delle regole che governano il loro funzionamento nell'ottica di individuare quale sia lo strumento più adeguato rispetto agli obiettivi che si intendono perseguire. Un esempio fra tutti: la "sanzione" per l'erogazione di un aiuto fiscale incompatibile con il mercato interno che, come si vedrà più nel dettaglio, può anche costituire una misura dannosa ai fini della concorrenza fiscale è il semplice recupero dell'aiuto. Il problema in questo

caso è macroscopico, stante la mancanza di capacità deterrente del corpo normativo di riferimento rispetto all'introduzione da parte degli Stati membri di misure di questo tipo.

Infine, le sfide poste dalla concorrenza fiscale nel mercato interno possono essere in buona misura tradotte in un problema relativo alla tassazione dei gruppi multinazionali e l'attuazione da parte di questi ultimi di pratiche volte allo sfruttamento dell'opportunità offerte dal mercato interno a fini elusivi. Pertanto, un profondo lavoro di adeguamento degli attuali meccanismi fiscali dovrebbe essere incentivato. In particolare, l'adozione di uno strumento normativo che introduca una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (Common Consolidated Corporate Tax Base - CCCTB) potrebbe essere un buon modo per affrontare la concorrenza fiscale dannosa scoraggiando attività come la pianificazione fiscale aggressiva (si veda *infra* par. 2.1.1.) Ed è proprio qui che il cerchio intorno al tema della concorrenza fiscale dannosa si chiude e si torna alla questione delle competenze attribuite all'unione in questa materia. Infatti, l'articolo 116 TFEU, che fino ad oggi non ha mai trovato applicazione, potrebbe essere utilizzato come base giuridica per l'adozione della CCCTB (si veda *infra* par. 2.1.2.). Questa norma è applicabile quando “una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata.”¹⁸⁶ Un'interpretazione estensiva di questo articolo, che includa le generali ma gravi disparità fiscali nel suo campo di applicazione, potrebbe essere un buon terreno per perseguire la realizzazione di questo progetto superando il requisito dell'unanimità.¹⁸⁷

Le pratiche che possono essere fatte rientrare nel complesso fenomeno della concorrenza fiscale sono variegata e sfuggenti nella loro definizione. L'attuazione da parte delle imprese che operano nel mercato europeo di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e di trasferimento degli utili con la finalità di avvalersi di benefici

¹⁸⁶ Article 116 TFEU.

¹⁸⁷ Joachim Englisch, 'Article 116 TFEU – The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?' (2020) 29(2) Editorial in EC Tax Review 58, 61.

fiscali è il corollario e, in certi casi, la conseguenza della posizione che gli Stati membri assumono rispetto alle proprie politiche. Infatti, questi ultimi possono inserirsi in questa dinamica concorrenziale concedendo tali misure fiscali che riducono l'onere fiscale che grava sulle imprese a fronte dell'attrazione di maggiori capitali e investimenti. Il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa può essere affrontato con approcci diversi che implicano l'attuazione di altrettanti strumenti differenti. In particolare, possono essere identificati due filoni di intervento. Il primo consiste in un ulteriore coordinamento e armonizzazione nel campo della tassazione delle imprese in modo da limitare le pratiche fiscali dannose (si veda *infra* capitolo 2), mentre il secondo implica l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato come strumento di contrasto (si veda *infra* capitolo 3).

Capitolo 2. Coordinamento e armonizzazione della tassazione sulle imprese

Il coordinamento e l'armonizzazione fiscale sono evidentemente gli strumenti ottimali ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Questa affermazione non necessita di argomentazioni particolarmente elaborate se si considera la causa della concorrenza fiscale. Infatti, quest'ultima è la conseguenza della coesistenza di sistemi fiscali diversi nel mercato interno e quindi, in ultima analisi, deriva proprio dalla mancanza di coordinamento fra questi ultimi. L'apparente banalità di questa osservazione porta dunque a domandarsi quale sia il motivo per il quale l'Unione europea abbia difficoltà ad intervenire in questo senso con strumenti vincolanti ed efficaci.

Volendo concentrare l'attenzione sui profili di maggiore criticità, il percorso verso una maggiore integrazione in materia fiscale fra gli Stati membri è ostacolato da due fattori principali: il requisito del voto all'unanimità in materia fiscale e la mancanza di percezione del problema da parte degli Stati membri in termini più ampi. In particolare, sarebbe necessario superare la volontà di tutelare la propria discrezionalità in questa materia ad ogni costo, prendendo in considerazione anche gli aspetti negativi di questo stallo decisionale sia dal punto di vista economico che sociale.¹ Infatti, gli Stati membri spesso sono particolarmente sensibili in relazione al costo in termini di perdita di sovranità derivante da un maggiore coordinamento, tuttavia non viene attribuito molto peso alle conseguenze negative derivanti dall'impossibilità di giungere ad un accordo su questi temi nel contesto di un'economia come quella dell'Unione europea. Ciò comporta una perdita di sovranità *de facto* in favore del mercato attraverso l'erosione fiscale, specialmente rispetto alle basi imponibili maggiormente mobili, fenomeno descritto dalla Commissione come “*an unconscious surrender of sovereignty by each [Member State] to market forces, in a field that should remain the prerogative of public policy*”.² Questa concessione si traduce pertanto in un vantaggio per gli Stati membri che riescono a sfruttare a proprio favore la mancanza di coordinamento

¹ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 489-490.

² Commissione, ‘Taxation in the European Union. Discussion paper for the Informal Meeting of ECOFIN Ministers’ (20 marzo 1996, SEC(96) 487 final) 11.

fiscale. Si potrebbe quindi aggiungere un terzo fattore che ostacola l'attuazione di un maggiore coordinamento in materia fiscale: la convenienza che alcuni Stati membri hanno nel mantenimento dello *status quo* e il conseguente disinteresse a impegnarsi nel superare le differenze esistenti su questo piano.

La presente trattazione si concentra sul coordinamento della tassazione sulle imprese, in quanto le differenze delle normative nazionali in materia rileva rispetto al tema della concorrenza fiscale. Tuttavia, preme precisare che anche altre differenze che sussistono fra i vari ordinamenti in materia fiscale, come ad esempio le imposte sul reddito delle persone fisiche e l'imposta sulla successione, hanno un importante effetto sul mercato interno limitando la libera circolazione dei lavoratori e dei capitali.³ Ai fini della presente analisi, l'attenzione verrà rivolta esclusivamente alla tassazione sulle imprese che, nel corso del tempo, si è concretizzato in tentativi di armonizzazione (si veda *infra* par. 2.1) e coordinamento (si veda *infra* par. 2.2).

2.1. L'armonizzazione fiscale e la proposta di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società

Il fenomeno della concorrenza fiscale può essere essenzialmente letto come un problema legato alla tassazione delle multinazionali e ai margini lasciati a queste ultime per sfruttare a fini elusivi le possibilità offerte dal mercato interno.⁴ Infatti, le norme nazionali in materia di tassazione sulle società risultano inadatte al contesto economico attuale caratterizzato da una forte globalizzazione, mobilitazione e digitalizzazione, in cui i modelli imprenditoriali e le strutture societarie sono sempre più complessi.⁵ Ciò crea, da un lato, difficoltà per le imprese che operano su base europea ma rappresenta anche un'opportunità che queste ultime sfruttano a fini elusivi. Dall'altro lato, la disomogeneità presente fra i vari

³ Si veda, ad esempio, Edoardo Traversa, 'EU and International Income Tax Coordination After the Pandemics: It Is Time to Take It Personal' (2021) 49(5) Intertax 390- 392; Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 40.

⁴ Giovanni Pitruzzella, *op. cit.*, 42.

⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 17 giugno 2015, 'Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento' (COM(2015) 302 Final) 2.

modelli fiscali presenti consente lo sviluppo di politiche fiscali nazionali che tentano di sfruttare questo sistema con finalità attrattive e con effetti distorsivi sul mercato. Chiaramente, le conseguenze che l'assenza di armonizzazione ha sulla concorrenza nel mercato interno sono valutate in modo non unanime da parte degli Stati membri: alcuni ritengono che ciò permetta di ottimizzare i sistemi tributari nazionali mentre altri sono più attenti alle forme di concorrenza fiscale dannosa che ne possono derivare.⁶

Alla luce del contesto descritto, nel corso del tempo la Commissione europea ha promosso varie proposte con la finalità di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia di tassazione sulle imprese. In merito, è particolarmente rilevante la proposta di adozione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società formalizzata per la prima volta nel 2011, successivamente rilanciata nel 2016 e che, come annunciato nel maggio 2021 dalla Commissione,⁷ sarà riproposta nel '*Business in Europe: Framework for Income Taxation - BEFIT*' (si veda *infra* par. 2.1.1). Questo tema porta inevitabilmente con sé il dibattito relativo alla base giuridica che sarebbe opportuno utilizzare per l'adozione di un atto normativo di questo tipo e, in particolare, alla possibilità di superare il requisito dell'unanimità che mina il processo di armonizzazione in questo ambito. A tal proposito, il ricorso all'articolo 116 TFUE - norma che richiede l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria con conseguente maggiore coinvolgimento del Parlamento nella procedura e voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio - rappresenterebbe di certo un punto di svolta (si veda *infra* par. 2.1.2).

2.1.1. Verso la proposta di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società

I primi tentativi di apertura del dibattito sull'opportunità di armonizzare la tassazione sulle imprese per contrastare gli effetti negativi derivanti dalla coesistenza di sistemi fiscali differenti all'interno dell'Unione europea sono

⁶ Pasquale Pistone, *Diritto Tributario europeo, cit.*, 306.

⁷ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 18 maggio 2021, 'Tassazione delle imprese per il 21° secolo' (COM/2021/251 finale).

rilevabili nelle proposte della Commissione a partire dagli anni '70.⁸ In particolare, si ricordano la proposta di direttiva concernente l'armonizzazione dei sistemi di imposta sulle società e dei regimi di ritenute alla fonte sui dividendi del 1975 finalizzata all'allineamento delle aliquote tra il 45% e il 55% e la proposta del 1984 sulla compensazione delle perdite.⁹ Queste proposte sono state portate avanti in seguito ad alcuni studi di impatto¹⁰ ma non sono state accolte positivamente dagli Stati membri e, dunque, sono successivamente state ritirate dalla Commissione. Inoltre, nonostante il *Ruding Report* del 1992 avesse raccomandato una strategia di ampio respiro, negli anni seguenti la Commissione ha optato per un approccio cauto verso l'armonizzazione, propendendo per un ravvicinamento graduale e per settori specifici.¹¹ Infatti, sono state adottate misure con un campo di applicazione limitato in quanto queste ultime risultavano meno sensibili dal punto di vista politico e un compromesso al riguardo era più facile da raggiungere.

Un passaggio importante può essere individuato nella comunicazione 'Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società'¹² in cui la Commissione, oltre ad avanzare soluzioni mirate per consentire progressi verso la soppressione di alcuni ostacoli fiscali, proponeva l'introduzione di una base imponibile consolidata. In questo documento la Commissione prospettava la chiara necessità di attuare un sistema di questo tipo, in quanto

“solo mettendo a disposizione delle società multinazionali un regime fiscale con base imponibile consolidata per le loro attività di dimensioni comunitarie

⁸ Si veda Carlo Garbarino, 'Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union' (2016) 5-6 EC Tax Review 277, 277-278 per una sintetica ricostruzione dei principali passaggi che hanno portato dal Neumark Report del 1962 alla formulazione di una proposta di CCCTB. Inoltre, si veda Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 41-45, sullo sviluppo dell'approccio adottato dalle istituzioni europee verso l'armonizzazione fiscale e, in particolare, sul percorso che ha portato all'elaborazione della CCTB.

⁹ Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 40.

¹⁰ Neumark Committee, *The EEC Reports on tax harmonization : the report of the Fiscal and Financial Committee and the reports of the Sub-groups A, B and C* (1963); Jan Van den Tempel, *Corporation tax and individual income tax in the European Communities* (1970).

¹¹ Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 41.

¹² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale del 23 ottobre 2001, 'Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società' (COM(2001) 582 definitivo).

si potranno eliminare realmente e sistematicamente, attraverso un unico regime d'imposizione delle imprese, la maggior parte degli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel mercato unico. (...) [Ciò] contribuirebbe ad aumentare l'efficienza, l'efficacia, la semplicità e la trasparenza dei regimi d'imposizione delle società e colmerebbe le discrepanze tra i sistemi fiscali nazionali, che offrono un terreno fertile all'evasione fiscale e agli abusi.”¹³

L'introduzione di una base imponibile consolidata viene dunque prospettata come la miglior soluzione per affrontare in modo comprensivo gli ostacoli che inevitabilmente si creano dalla coesistenza di più sistemi fiscali nel mercato interno.

Inoltre, nel 2006, la Commissione ha proposto una serie di iniziative contenute nella comunicazione ‘Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno’¹⁴ con lo scopo di raggiungere un adeguato livello di coordinamento e di cooperazione tra gli Stati membri e consentire la realizzazione degli obiettivi di politica fiscale nazionale e proteggere le loro basi imponibili, garantendo nel contempo l'eliminazione delle discriminazioni e della doppia imposizione e riducendo i costi di conformità. In questo contesto, la Commissione ha ricordato come l'introduzione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB) rappresenti anche la soluzione per far fronte in maniera sistemica agli ostacoli di carattere fiscale incontrati dalle società che operano in più Stati membri. Infatti, nella visione della Commissione, l'attuazione di questa misura rappresenterebbe una soluzione olistica alla pratica del *profit-shifting*, permettendo la rimozione dei problemi relativi ai prezzi di trasferimento e alla doppia imposizione, consentendo maggiore trasparenza e rinforzando il collegamento che deve necessariamente sussistere fra creazione del profitto e la tassazione.¹⁵

¹³ *Ibid*, 16-17.

¹⁴ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo del 19 dicembre 2006, ‘Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno’ (COM(2006) 823 definitivo).

¹⁵ Georg Kofler, Michael Tumpel, ‘Recent EU Initiatives in Direct and Indirect Taxation’ in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017) 281. Per un parere contrario, si veda Maarten Floris de Wilde, ‘The CCCTB

La prima proposta di direttiva per l'introduzione di una CCCTB è avvenuta nel 2011.¹⁶ Con tale proposta la Commissione mirava a fornire alle imprese un insieme unico di norme in materia di imposta sulle società per operare in tutto il mercato unico. Trattandosi di una normativa in materia di imposte dirette, la proposta indicava l'articolo 115 TFUE come fondamento giuridico per l'adozione dell'atto.¹⁷ La finalità dichiarata di tale proposta era dunque quella di consentire alle imprese di considerare l'Unione come un mercato unico ai fini dell'imposta sulle società, facilitando in tal modo la loro attività transfrontaliera e promuovendo scambi e investimenti. La CCCTB è un progetto ambizioso. Infatti, prevede l'introduzione di norme comuni che consentano il calcolo della base imponibile delle società multinazionali prendendo in considerazione l'insieme delle attività svolte e permettendo così il consolidamento dei risultati del gruppo a livello europeo. Questo significa che il gruppo è trattato come una singola entità ai fini fiscali e pertanto tutte le transazioni infragruppo sono ignorate nel calcolo dei profitti aggregati.¹⁸ Successivamente al calcolo della base imponibile, la CCCTB introduce un secondo passaggio nel quale i profitti consolidati sono ripartiti e attribuiti agli Stati membri in cui le imprese parte del gruppo sono attive sulla base di una formula definita preliminarmente che prende in considerazione vari fattori, fra cui lavoro, attività e fatturato. La parte di profitti attribuita a ciascuno Stato viene poi tassata in conformità all'aliquota dell'imposta sulle società nazionale.¹⁹ Il meccanismo di allocazione su cui si basa la CCCTB è rivoluzionario in quanto la sua attuazione

Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification' in Pasquale Pistone (ed), *European Tax Integration: Law, Policy and Politics* (IBFD 2018) 50 ss.

¹⁶ Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società del 16 marzo 2011 (COM(2011) 121 definitivo).

¹⁷ La regola dell'unanimità prevista dall'articolo 115 ha sempre rappresentato il principale ostacolo giuridico all'approvazione della CCCTB. Per questo motivo, il Consiglio aveva proposto di affiancare l'articolo 136 TFUE all'articolo 115, in quanto detta norma permette l'adozione, a maggioranza qualificata, di specifiche misure necessarie per "rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio" degli Stati che adottano l'euro. Tuttavia, tale proposta non ha avuto seguito poichè il coordinamento sulle politiche di bilancio degli Stati membri non poteva considerarsi un obiettivo, nemmeno secondario, della CCCTB (Relazione sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, Parere del Presidente del Comitato sugli Affari Economici e Monetari del 28 marzo 2012 (COM(2011)0121)). Al riguardo si veda Daniele Cané, 'La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi' (2012) 6 Rassegna Tributaria 1511, 1513-1514.

¹⁸ Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 42.

¹⁹ Per un'analisi dettagliata della CCCTB si veda Leon Bettendorf, Michael P. Devereux, Albert van der Horst, Simon Loretz, Ruud A. de Mooij, Bas Jacobs and Etienne Wasmer, 'Corporate Tax Harmonization in the EU' (2010) 25 Economic Policy, 537-590.

consentirebbe una tassazione maggiormente equa ed efficiente dei profitti delle imprese. Infatti, i fattori presi in considerazione nella formula di allocazione consentono l'attribuzione del reddito dove il valore viene effettivamente realizzato rendendo il sistema resistente alle pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e limitando la concorrenza fiscale fra Stati.²⁰ Nonostante ciò, questo progetto si è rivelato fallimentare in quanto gli Stati membri hanno contestato la proposta su più fronti, soprattutto non raggiungendo un accordo rispetto alla definizione della formula, elemento essenziale per l'allocazione dei profitti.²¹

Il fallimento del primo tentativo e la reviviscenza dell'interesse verso il progetto, derivante soprattutto dal crescente dibattito intorno al tema del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa portato alla ribalta da una serie di scandali fiscali estremamente mediatizzati che arrivavano sulla scia della crisi finanziaria,²² hanno indotto la Commissione a rilanciare il progetto. Così nel giugno 2015, sull'onda dell'importanza politica che veniva attribuita alla lotta contro l'elusione fiscale e i fenomeni di “*Base Erosion and Profit Shifting*” (in breve, BEPS),²³ con la comunicazione ‘Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione

²⁰ Giovanni Pitruzzella, *op. cit.*, 43-44.

²¹ Katarina Köszeghy, ‘Corporate Tax Harmonization: C(C)CTB 2.0?’ in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017) 306. Inoltre, si segnala che nel quadro del protocollo n.2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, le camere parlamentari dei seguenti Paesi si sono espresse negativamente sulla conformità della proposta con il principio di sussidiarietà: il Parlamento bulgaro, la Camera dei deputati irlandese, il Parlamento maltese, la Camera dei deputati dei Paesi Bassi, la Dieta polacca, la Camera dei deputati rumena, il Parlamento slovacco, il Parlamento svedese e la Camera dei comuni del Regno Unito (Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 19 aprile 2012 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società - P7_TA(2012)0135). Le principali riserve riguardano il consolidamento obbligatorio e la formula di distribuzione della base imponibile. I più critici sono gli Stati membri con aliquote fiscali più basse i quali lamentano che la CCCTB minerebbe la competitività del loro regime fiscale, rendendolo meno attrattivo per le imprese estere. Si veda al riguardo Daniele Cané, *op. cit.*, 1513-1514. La proposta è stata formalmente ritirata dalla Commissione il 28 febbraio 2017 (GU del 28 febbraio 2017 C 64/5).

²² Soprattutto Luxleaks (novembre 2014) e Panama Papers (aprile 2015), ma anche Offshore leaks (aprile 2013), Swiss Leaks (febbraio 2015), Bahamas Leaks (settembre 2016), Football Leaks I (novembre 2016), Paradise Papers (novembre 2017), Dubai Papers (settembre 2018), Football Leaks II (novembre 2018), Cum-Ex Files (novembre 2018). Si veda Comunicazione della Commissione ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’, *cit.*, 6.

²³ Per fenomeni BEPS si intendono l'insieme di strategie di pianificazione fiscale che le imprese multinazionali attuano, sfruttando le lacune e le discrepanze normative sussistenti, con la finalità di erodere la base imponibile e traslare i propri profitti da Stati ad alta imposizione a Paesi a tassazione nulla o ridotta. Secondo quanto stimato dall'OCSE, le pratiche BEPS costano 100-240 miliardi di dollari in mancate entrate ogni anno (al riguardo, si veda <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>).

europea: i 5 settori principali d'intervento'²⁴ la Commissione è tornata sul tema CCCTB, presentandola come importante strumento di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Tuttavia, in considerazione delle difficoltà incontrate con la prima versione di CCCTB sottoposta, la Commissione nel 2016 ha proposto un nuovo progetto che prevedeva un'attuazione progressiva per fasi introducendo, in prima battuta, norme sulla base imponibile comune,²⁵ lasciando a un secondo momento la definizione dell'elemento fonte di maggiore criticità, cioè l'individuazione della formula di allocazione.²⁶ Inoltre, a differenza della proposta formulata nel 2011, il nuovo regime di imposizione delle società si prospettava come obbligatorio per i grandi gruppi multinazionali in ragione della loro maggiore capacità di pianificazione fiscale aggressiva e di attuazione di sistemi di elusione fiscale su vasta scala. In particolare, le imprese con ricavi complessivi superiori a 750 milioni di EUR all'anno dovevano essere tassate dove avrebbero realizzato effettivamente i propri profitti. È importante sottolineare che la CCCTB non riguarda le aliquote dell'imposta sul reddito delle società poiché queste ultime rimangono una competenza nazionale. Tuttavia, l'introduzione della CCCTB comporterebbe una riforma sostanziale del sistema della tassazione societaria nell'UE, creando un meccanismo più trasparente, efficiente ed equo per il calcolo della base imponibile delle società transfrontaliere. Ciò permetterebbe di eliminare i disallineamenti tra sistemi nazionali (attualmente sfruttati nell'attuazione di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva), oltre che i prezzi di trasferimento e i regimi preferenziali che sono, ad oggi, tra i principali strumenti che consentono l'elusione fiscale.

La procedura relativa all'adozione della direttiva relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società (CCTB) basata sull'articolo 115 TFUE si è al momento arenata.²⁷ Infatti, l'ultimo resoconto dello stato dei lavori rilasciato dal

²⁴ Comunicazione della Commissione, 'Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento', *cit.*

²⁵ Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società del 25 ottobre 2016 (COM(2016) 685 final).

²⁶ Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società del 25 ottobre 2016 (COM(2016) 683 final).

²⁷ Si segnala che nel quadro del protocollo n.2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, le camere parlamentari dei seguenti Paesi si sono espresse negativamente sulla conformità della proposta con il principio di sussidiarietà: Parlamento danese, Camera dei deputati e Senato irlandesi, Camera dei deputati lussemburghese, Parlamento maltese, Prima e Seconda camera dei Paesi Bassi e il Parlamento svedese (Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del

Consiglio è datato 27 novembre 2019,²⁸ ed è stato preceduto da una risoluzione del Parlamento europeo con gli emendamenti introdotti il 15 marzo 2018²⁹ e dal parere del Comitato Economico e Sociale del 20 settembre 2017.³⁰ Rileva sottolineare che la CCCTB non è l'unica proposta di riforma in questo ambito che non riesce ad essere portata avanti a causa della mancanza del requisito dell'unanimità richiesto dall'articolo 115 TFUE. In particolare, al momento si sono arrestate le procedure relative all'adozione delle proposte di direttive che stabiliscono norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa³¹ e per l'imposta sui servizi digitali.³²

Nonostante il mancato raggiungimento di questi traguardi, l'attività della Commissione in questo settore non è per nulla sopita ma, anzi, è oggetto di nuove ed importanti iniziative. Con la recente Comunicazione sulla tassazione delle imprese per il XXI secolo del 18 maggio 2021,³³ la Commissione ha annunciato che le proposte attualmente pendenti relative all'introduzione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società verranno ritirate e sostituite dal BEFIT, acronimo di '*Business in Europe: Framework for Income Taxation*'. Si tratta di un nuovo quadro per l'imposizione dei redditi basato, come la CCCTB, su due elementi: la base imponibile consolidata comune e l'allocazione

15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società - P8_TA(2018)0087). Per una breve presentazione delle motivazioni addotte da ciascuna camera parlamentare si veda Juho Mäki-Lohiluoma, 'The CCCTB Initiative as a Possible Solution to the Conflict Between the Internal Market and National Tax Autonomy' (2019) 13(1) Helsinki Law Review 150, 163-166.

²⁸ Consiglio, 'Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società (CCTB) Stato dei lavori' al 27 novembre 2019 (ST 14291 2019 INIT).

²⁹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società (COM(2016)0685 – C8-0472/2016 – 2016/0337(CNS))

³⁰ Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (COM(2016) 683 final e COM(2016) 685 final).

³¹ Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa (COM/2018/0147 final).

³² Commissione, Proposta di direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (COM(2018) 148 final). Come evidenziato in Giandonato Caggiano, 'Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale', *op. cit.*, 3, questa proposta sarà probabilmente rilanciata a seguito della decisione del Consiglio europeo del 17-22 luglio 2020 di introdurre una web tax, cioè un prelievo fiscale digitale, nel quadro del rinnovato regime delle risorse proprie.

³³ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 18 maggio 2021, 'Tassazione delle imprese per il 21° secolo' (COM/2021/251 finale).

dei profitti fra Stati membri sulla scorta di una formula di allocazione. Questi ultimi vengono poi tassati in conformità all'aliquota dell'imposta sulle società nazionale. Alla luce di quanto riportato nella recente comunicazione della Commissione, il BEFIT sembra differenziarsi dalle precedenti proposte di CCCTB in quanto si tenterà di tenere maggiormente in considerazione il mercato nel quale un gruppo multinazionale svolge la propria attività e il modo con il quale i suoi assets (inclusi quelli immateriali) e il lavoro (personale e salari) devono essere inseriti nella formula di allocazione per consentire una distribuzione bilanciata dei profitti fra Stati membri. In particolare, la Commissione sottolinea che la nuova proposta, la cui pubblicazione è prevista entro il 2023, rifletterà i cambiamenti sostanziali che sono intervenuti nell'economia e nel contesto internazionale dal marzo 2011, cioè da quanto la CCCTB è stata originariamente proposta. Al riguardo, si evidenzia la volontà di predisporre una nuova formula di allocazione che rispecchi in modo effettivo l'economia del mondo odierno, ponendo particolare attenzione alle sfide poste dalla digitalizzazione. Gli obiettivi che la Commissione intende perseguire mediante l'adozione del BEFIT sono dunque chiari: costituire un codice unico della tassazione delle imprese per l'Unione europea consentendo una più equa allocazione dei diritti di imposizione fra Stati membri, minimizzando le possibilità di elusione fiscale e, allo stesso tempo, riducendo gli oneri amministrativi e gli ostacoli fiscali che gravano sulle imprese che operano nel mercato unico. A ciò, si aggiunge la definizione di un'agenda fiscale che, facendo seguito a quanto previsto nel Piano d'azione in materia fiscale del luglio 2020,³⁴ è intesa a promuovere gli investimenti produttivi e l'imprenditorialità, a tutelare le entrate nazionali e a sostenere le transizioni verde e digitale.

2.1.2. Il superamento del requisito dell'unanimità per l'armonizzazione in materia fiscale: l'articolo 116 TFUE come “*nuclear option*”?

Come già evidenziato in precedenza, il percorso verso l'approvazione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società è difficoltoso in quanto gli Stati membri continuano ad essere restii nel cedere spazio all'Unione europea in

³⁴ Si veda: https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/package-fair-and-simple-taxation_en

questo ambito. Sicuramente, la necessità di adottare la direttiva mediante una procedura legislativa speciale (deliberazione all'unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale) è un'*impasse* di non poco conto. Uno dei modi previsti dal Trattato per sfuggire alle rigidità dell'articolo 115 TFUE è il ricorso alla procedura di cooperazione rafforzata. Tuttavia, l'utilizzo di questo strumento, seppur prospettata in talune sedi rispetto ai Paesi la cui moneta è l'euro come passaggio intermedio inteso a favorire una successiva maggiore integrazione,³⁵ in questo contesto non sembra adeguato. Infatti, affinché l'introduzione di una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società risulti utile e efficace anche ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, è fondamentale che venga applicata in tutto il territorio dell'Unione europea.

Un modo per facilitare l'adozione passando ad una modalità di deliberazione secondo la procedura legislativa ordinaria con voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio potrebbe essere l'utilizzo dell'articolo 116 TFUE come base giuridica al posto dell'articolo 115 TFUE. A tal proposito si ricorda che l'articolo 116 TFUE prevede che

“Qualora la Commissione constati che una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri falsa le condizioni di concorrenza sul mercato interno e provoca, per tal motivo, una distorsione che deve essere eliminata, essa provvede a consultarsi

³⁵ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 19 aprile 2012 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (COM(2011)0121 – C7-0092/2011 – 2011/0058(CNS)), Emendamento 6, Considerando 4 bis, dove viene affermato che “Il mercato interno comprende tutti gli Stati membri e di conseguenza è opportuno introdurre la CCCTB valida appunto in tutti gli Stati membri. Tuttavia, qualora non fosse possibile giungere a una decisione unanime in Consiglio in merito alla proposta di istituire una CCCTB, sarebbe opportuno avviare immediatamente la procedura per l'adozione di una decisione del Consiglio che autorizzi una cooperazione rafforzata nel settore della CCCTB. Tale cooperazione rafforzata dovrebbe inizialmente riguardare gli Stati membri la cui moneta è l'euro; gli altri Stati membri dovrebbero tuttavia avere la possibilità di parteciparvi in ogni momento, così come previsto dal trattato sul funzionamento dell'Unione europea.” La medesima posizione è stata ribadita nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (COM(2016)0683 – C8-0471/2016 – 2016/0336(CNS)), Emendamento 4, Considerando 4, in cui il Parlamento ha individuato nella cooperazione rafforzata una base giuridica adeguata ma residuale rispetto alle opzioni preferibili dell'adozione all'unanimità o mediante procedura legislativa ordinaria in applicazione dell'articolo 116 TFUE.

con gli Stati membri interessati. Se attraverso tale consultazione non si raggiunge un accordo che elimini la distorsione in questione, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le direttive all'uopo necessarie. Può essere adottata ogni altra opportuna misura prevista dai trattati.”

La norma può dunque essere letta come una sorta di valvola di sicurezza che permette alle Istituzioni europee di gestire le criticità del mercato senza essere paralizzate dalla regola dell'unanimità prevista dall'articolo 115 TFUE.³⁶

Il passaggio alla procedura legislativa ordinaria, oltre a superare il requisito dell'unanimità e non permettere quindi l'imposizione di un veto da parte di alcuni Stati membri, permetterebbe anche di rendere maggiormente democratico il processo decisionale mediante una partecipazione più incisiva del Parlamento europeo.³⁷ Infatti, con l'utilizzo dell'articolo 115 TFUE come base giuridica il Parlamento ha un ruolo meramente consultivo mentre, alla luce della previsione dell'articolo 116 TFUE che richiede l'applicazione della procedura legislativa ordinaria, quest'ultimo assume una posizione equivalente a quella del Consiglio all'interno del processo deliberativo. Questo passaggio dal metodo intergovernativo a quello sovranazionale rappresenterebbe un importante salto in avanti nel processo di integrazione europea che, se condotto di pari passo con la possibilità di finanziarsi con risorse proprie di natura fiscale, avvicinerrebbe sempre più l'Unione europea a una vera propria unione politica, allontanandola dall'idea di un'organizzazione composta da Stati membri sovrani.³⁸ Peraltro, la posizione del Parlamento al riguardo è chiaramente di apertura verso un metodo maggiormente

³⁶ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 29.

³⁷ Sul tema, si veda Frans Vanistendael, 'On Democratic Legitimacy of European Tax Law and the Role of the European Parliament', in Pasquale Pistone (ed), *European Tax Integration : Law, Policy and Politics* (IBFD 2018), 99 ss.

³⁸ Sul punto, si veda Giulia Rossolillo, *op. cit.*, 148 ss. dove l'autrice sottolinea questo aspetto e, al riguardo, va oltre evidenziando la necessità di un cambio di paradigma con un "passaggio da strumenti di governance a un vero e proprio governo" (p. 150). In questo contesto, la sostituzione dell'attuale cooperazione intergovernativa con il metodo dell'Unione si rivelerebbe inefficace in quanto quest'ultimo mostra i propri limiti e, al contrario, sarebbe necessaria "la creazione di un governo sovranazionale legittimato democraticamente che possa assumere decisioni politiche volte a garantire beni comuni ai cittadini e indirizzate direttamente a questi ultimi" (p. 150). Si veda anche: Giandomenico Caggiano, 'Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale', *op. cit.*, 3.

democratico e inclusivo che permetta di evitare l'insorgenza di dinamiche nazionalistiche poste in essere tramite l'imposizione di veti.³⁹

La Commissione ha ribadito a più riprese la propria volontà di avvalersi al meglio degli strumenti offerti dai Trattati che permettono l'adozione di proposte in materia fiscale mediante procedura legislativa ordinaria, fra cui l'articolo 116 TFUE.⁴⁰ Al riguardo, si può notare come l'interpretazione che la Commissione stessa ha fatto dell'articolo 116 TFUE non sia sempre stata coerente nel tempo. Infatti, pur includendo l'articolo 116 TFUE fra le norme astrattamente adatte a permettere il superamento dell'unanimità,⁴¹ la Commissione aveva del tutto escluso la possibilità di usare questo articolo come base giuridica per l'adozione di misure di armonizzazione fiscale e, in particolare, della CCCTB. Ciò è stato chiaramente affermato in occasione di una interrogazione in forma scritta proposta da alcuni parlamentari europei ed avente ad oggetto proprio l'uso dell'articolo 116 TFUE nel contesto delle riforme fiscali.⁴² In particolare, veniva formulato il seguente quesito:

“In May 2017, President Juncker committed before Parliament to using Article 116 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to overcome difficulties in achieving unanimity on certain tax files in the Council. Many are stalled there, in particular the proposals for a digital services tax (DST) and a common consolidated corporate tax base (CCCTB).

In its communication of 15 January 2019 entitled ‘Towards a more efficient and democratic decision making in EU tax policy’, the Commission

³⁹ Ad esempio, si veda Risoluzione del Parlamento europeo del 18 dicembre 2019 sull'equità fiscale in un'economia digitalizzata e globalizzata: BEPS 2.0 (2019/2901(RSP)).

⁴⁰ Opzioni ampiamente descritte in: Comunicazione della Commissione ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’, *cit.*, ma anche più recentemente confermate dalla Presidente Von der Leyen nell'esposizione delle proprie linee programmatiche (Political Guidelines- European Commission 2019-1024, 17 luglio 2019, 12) e in Comunicazione della Commissione del 15 luglio 2020, ‘Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa’ (COM(2020) 312 final), 2.

⁴¹ Comunicazione della Commissione ‘Verso un processo decisionale più efficiente e democratico nella politica fiscale dell'UE’, *cit.*, 10-11.

⁴² Quesito alla Commissione E-001797/2019 depositato da Eva Joly (Verts/ALE), Bas Eickhout (Verts/ALE), Sven Giegold (Verts/ALE), Heidi Hautala (Verts/ALE), Philippe Lamberts (Verts/ALE), Molly Scott Cato (Verts/ALE), Jordi Solé (Verts/ALE), Bart Staes (Verts/ALE) e Ernest Urtasun (Verts/ALE), 11 aprile 2019 (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2019-001797_EN.html).

mentioned Article 116, stating that ‘qualified majority voting under the ordinary legislative procedure [was] possible in order to eliminate distortions of competition due to different tax rules’ and that ‘the Commission [was] ready to employ it should the specific necessity arise’.

– Can the Commission explain whether there is a ‘specific necessity’ now that the Council has not reached an agreement and has decided to stop negotiating the DST proposal?

– Does it consider that the multiplication of national digital taxes will distort the conditions of competition in the internal market? If not, why not?

– Was the use of Article 116 envisaged by the Commission for tax-related proposals, such as the CCCTB and the DST? If so, can it publish the documents and legal analyses undertaken by its services that justify the decision not to employ it?”

La risposta di Pierre Moscovici,⁴³ allora Commissario europeo per gli affari economici e monetari della Commissione Juncker, è stata piuttosto lapidaria in merito:

“The Commission finds that, as part of the adoption process of the proposal for a Directive on the Digital Services Tax (DST), the specific conditions required for triggering Article 116 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) are not fulfilled. In order to put forward a proposal under Article 116, it must be established that there is a difference between Member States’ provisions which creates a distortion of competition in the internal market that needs to be eliminated.

The Commission considers that the multiplication of different national taxes on digital services could create barriers to the proper functioning of the

⁴³ Risposta scritta fornita da Pierre Moscovici per conto della Commissione (E-001797/2019(ASW)), 27 giugno 2019, (https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2019-001797-ASW_EN.html).

internal market, which is the main reason why the harmonisation of the DST was proposed.

Article 116 TFEU is not a possible legal basis for proposals on tax harmonisation, such as the common consolidated corporate tax base (CCCTB) and the DST. Articles 113 and 115 TFEU are the only legal bases allowing the Council to adopt measures of approximation of Member States' laws, regulatory or administrative provisions concerning taxation."

Le recenti posizioni della Commissione al riguardo sembrano invece essere diametralmente opposte, non escludendo per nulla la possibilità di ricorrere all'articolo 116 TFUE per misure di natura fiscale e, in particolare, per l'adozione della CCCTB.⁴⁴ Peraltro, anche il Parlamento europeo, in occasione della risoluzione legislativa del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società, ha richiamato la possibilità di ricorrere all'articolo 116 TFUE qualora non si raggiungesse l'unanimità richiesta dalla procedura. In particolare, nell'emendamento al considerando 4 viene specificato che "Qualora il Consiglio non adotti una decisione all'unanimità sulla proposta intesa a istituire una CCCTB, la Commissione dovrebbe presentare una nuova proposta fondata sull'articolo 116 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in base alla quale il Parlamento europeo e il Consiglio adottano le necessarie normative secondo la procedura legislativa ordinaria."⁴⁵

Ciononostante, l'applicazione dell'articolo 116 TFUE potrebbe risultare difficoltosa sotto almeno due profili. Dal punto di vista politico, una modifica di tale portata dell'equilibrio istituzionale non passerebbe certo inosservata e incontrerebbe l'ostilità dei Paesi che sono maggiormente restii a cedere il proprio potere di veto (in linea di massima, i c.d. Paesi frugali e quelli a bassa imposizione fiscale). Sotto il profilo sostanziale, il soddisfacimento dei requisiti previsti

⁴⁴ Comunicazione della Commissione, 'Piano d'azione per una fiscalità equa e semplice a sostegno della strategia di ripresa', *cit.*, 2.

⁴⁵ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società – (P8_TA(2018)0087).

dall'articolo 116 TFUE, soprattutto rispetto al profilo della distorsione della concorrenza, potrebbe non essere di facile dimostrazione. La norma, ai fini della sua applicazione, richiede la sussistenza di:

- i) una disparità esistente nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri che
- ii) falsi la concorrenza sul mercato interno provocando una distorsione che
- iii) deve essere eliminata.

Nel caso della concorrenza fiscale dannosa, il test è apparentemente soddisfatto visto che, come già sottolineato più volte, questo fenomeno è causato principalmente dalla mancanza di armonizzazione e dalle differenze sussistenti fra gli Stati membri rispetto alle regole che governano la tassazione sulle società⁴⁶ che portano a pratiche elusive e di pianificazione fiscale aggressiva che la CCCTB tenta di mitigare. Tuttavia, il nodo critico potrebbe risiedere proprio in un punto che pare a prima vista quasi scontato.

Infatti, l'articolo 116 TFUE era originariamente inteso per distorsioni del mercato derivanti dall'applicazione parallela di regimi fiscali nazionali essenzialmente identici ma non coordinati e non dal perseguimento di approcci regolamentari diversi da parte degli Stati membri.⁴⁷ Diventa dunque centrale comprendere la portata di questa norma e la sua applicabilità anche nel quadro di una valutazione complessiva e generale del fenomeno distorsivo causato da disparità già esistenti ma non identificate individualmente, oltre che identificare il criterio da applicare ai fini della valutazione di tale effetto distorsivo. La dottrina, non ampia sul tema, non ha una posizione univoca al riguardo: se da un lato si ritiene che un'interpretazione estensiva di questo articolo (che includa le generali ma gravi disparità fiscali nel suo campo di applicazione) potrebbe essere un buon terreno per perseguire la

⁴⁶ A tal proposito, non si guarda solamente a una differenza quantitativa di tale tassazione, ma all'insieme di regole per la determinazione della base imponibile e all'allocazione degli utili nelle attività transfrontaliere, come giustamente osservato da Giandomato Caggiano, 'Il cantiere dell'armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale', *op. cit.*, 6.

⁴⁷ Joachim Englisch, *op. cit.*, 58.

realizzazione di un progetto come la CCCTB superando il requisito dell'unanimità,⁴⁸ dall'altro vengono espresse perplessità circa la possibilità di superare il carattere residuale e di *lex specialis*.⁴⁹ In ogni caso, a prescindere dall'utilizzo di tale norma come base giuridica ai fini dell'armonizzazione, questa potrebbe essere considerata come uno strumento complementare al Codice di condotta e al divieto di aiuti di Stato. Infatti, rientrerebbero nel suo ambito di applicazione casi in cui la distorsione del mercato causata da una misura fiscale intervenga fra due o un esiguo numero di Stati membri, questa abbia una portata di un rilievo tale che non sia possibile attendere una ipotetica futura misura di armonizzazione affinché venga eliminata e non possa essere superata mediante l'adozione unilaterale di misure specifiche da parte di uno o alcuni Stati membri.⁵⁰

2.2. Il coordinamento in materia fiscale

Le difficoltà che sussistono nel percorso verso il raggiungimento di un livello di integrazione fiscale positiva adeguato che eviti l'instaurarsi di dinamiche concorrenziali dannose fra Stati membri ha spinto la Commissione a preferire un approccio basato sul coordinamento in materia fiscale. In particolare, mediante l'utilizzo di strumenti di *soft law* come il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (si veda *infra* par. 2.2.1.) veniva in qualche modo aperta la strada verso un maggior controllo di questo tipo di pratiche, senza che gli Stati membri si sentissero eccessivamente minacciati rispetto alla possibilità di esercitare liberamente le proprie prerogative in questa materia. Come anticipato in precedenza, il dibattito in merito è stato avviato dal Pacchetto Monti⁵¹ che ha riconosciuto la potenziale pericolosità di alcune misure fiscali nazionali volte a introdurre dinamiche concorrenziali fra ordinamenti. Secondo la Commissione, tali misure sono dannose in quanto incidono negativamente sul mercato interno causando la perdita significativa di entrate fiscali e l'incremento dell'imposizione

⁴⁸ *Ibid*, 61.

⁴⁹ Martijn Nouwen, 'The Market Distortion Provisions of Article 116-117 TFUE: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?' (2021) 49(1) *Intertax* 14, 14 ss.

⁵⁰ *Ibid*, 24-27.

⁵¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio del 1 ottobre 1997, 'Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea - Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa', (COM/97/0495 def).

fiscale sul lavoro rispetto ad altre basi imponibili maggiormente mobili.⁵² Negli ultimi anni l'azione dell'Unione europea non si è limitata alle attività legate al Codice di condotta ma è in corso l'attuazione di un'ampia strategia europea che ha l'obiettivo di rendere la tassazione sulle imprese complessivamente più efficiente, equa e trasparente (si veda *infra* par. 2.2.2.).

2.2.1. Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese

Il Codice di Condotta adottato nel 1997 in materia di tassazione delle imprese contenuto nel pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa nell'Unione europea si applica alle “misure che hanno o possono avere una sensibile incidenza sull'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio della Comunità.”⁵³ In particolare, il Codice specifica che “vanno considerate potenzialmente dannose e pertanto coperte dal presente codice le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato”.⁵⁴ Se una misura presenta le caratteristiche che la rendono potenzialmente dannosa, può essere sottoposta a una procedura di controllo finalizzata all'accertamento della sua pericolosità rispetto alla concorrenza fiscale. Il Codice indica alcune delle caratteristiche di cui si deve tener conto nella valutazione del carattere pregiudizievole di tali misure, che sono:

- “1. se le agevolazioni sono riservate esclusivamente ai non residenti o per transazioni effettuate con non residenti, oppure
2. se le agevolazioni sono completamente isolate dall'economia nazionale, in modo da non incidere sulla base imponibile nazionale, oppure
3. se le agevolazioni sono accordate anche in mancanza di qualsiasi attività economica effettiva e di una presenza economica sostanziale all'interno dello Stato membro che offre queste agevolazioni fiscali, oppure

⁵² *Ibid*, 2.

⁵³ “Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese”, *cit.*, lett. A.

⁵⁴ *Ibid*, lett. B.

4. se le norme di determinazione dei profitti derivanti dalle attività interne svolte da un gruppo multinazionale si discostano dai principi generalmente riconosciuti a livello internazionale, in particolare le norme concordate in sede OCSE, oppure

5. se le misure fiscali difettano di trasparenza, compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigorosa e in modo non trasparente a livello amministrativo.”⁵⁵

In sintesi, gli elementi rilevanti per valutare e identificare una misura fiscale dannosa sono la sua natura discriminatoria (i vantaggi in oggetto non sono disponibili alle imprese già stabilite nello Stato membro e non sono in linea con gli standard internazionali), la carenza di trasparenza nella sua applicazione e la mancanza di un collegamento sostanziale fra quest’ultima e un’attività economica effettiva e presente sul territorio.⁵⁶ Poiché tali criteri risultano particolarmente ampi e generici, nel corso degli anni sono state elaborate delle linee guida per la loro interpretazione e applicazione.⁵⁷

Il Codice di Condotta è uno strumento di *soft law* il cui funzionamento è basato su una procedura di revisione e sulla pressione *inter pares* fra Stati membri. In particolare, viene prevista una clausola di *standstill* (clausola “status quo”) ⁵⁸ e una di *rollback* (clausola “smantellamento”) ⁵⁹ rispetto alle quali gli Stati membri si impegnano a non introdurre o mantenere misure fiscali pregiudizievoli. Inoltre, si fa riferimento al Gruppo Primarolo che ha il compito di valutare le misure che potrebbero rientrare nell’ambito di applicazione del Codice e supervisionare sul conferimento di informazioni relative a dette misure.⁶⁰ Il Gruppo, istituito nell’ambito del Consiglio, è composto da rappresentanti degli

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Si veda, Algirdas Šemeta, Commissaria per la fiscalità e l’Unione doganale, ‘Competitive Tax Policy and Tax Competition in the EU. 2nd Taxation Forum of Diario Economico/OTOC Porto’, 27 October 2011 (SPEECH/11/712).

⁵⁷ I documenti elaborati dal Gruppo Primarolo sono raccolti sulla pagina dedicata al Codice di condotta del sito del Consiglio: <https://www.consilium.europa.eu/it/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/#>

⁵⁸ “Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese”, *cit.*, lett. C.

⁵⁹ *Ibid*, lett. D.

⁶⁰ *Ibid*, lett. H.

Stati membri (solitamente funzionari dei ministeri delle finanze degli Stati membri) e la presidenza viene affidata ad uno di questi con un mandato di due anni.⁶¹ Spesso partecipano ai lavori del gruppo anche i rappresentanti della Commissione, del Segretariato generale del Consiglio e delle rappresentanze permanenti degli Stati membri.⁶² Inoltre, per quanto riguarda la propria organizzazione interna, il Gruppo è diviso in vari sottogruppi che sono stati istituiti rispetto a specifiche questioni e per l'elaborazione di note di orientamento su temi ritenuti maggiormente sensibili o che necessitano di chiarimenti.

La disciplina sugli aiuti di Stato viene esplicitamente richiamata dal Codice di condotta, sottolineando che alcune misure fiscali coperte da quest'ultimo possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE.⁶³ Infatti, una misura fiscale può essere sia dannosa rispetto al Codice di condotta che un aiuto di Stato *ex* articolo 107(1) TFUE. Tuttavia, poichè la qualificazione di una misura come dannosa o come aiuto di Stato non dipende dal rispetto delle stesse condizioni, è possibile che una misura rientri in una sola di queste due categorie. Normalmente, la caratteristica decisiva che qualifica una misura come aiuto di Stato è la selettività, mentre le misure fiscali dannose possono avere un'applicazione generale. Questa distinzione è molto importante perché la conseguenza è l'applicabilità di un corpo normativo vincolante e consolidato, cioè quello degli aiuti di Stato, invece che dover fare affidamento su uno strumento di soft law come il Codice di condotta.

Il Codice di Condotta è tuttora in vigore e il Gruppo tiene degli incontri regolarmente, seleziona e valuta le misure fiscali e trasmette i propri resoconti al Consiglio. Tuttavia, l'efficacia di questo strumento è dubbia per diversi motivi. In primo luogo, la procedura di revisione condotta in applicazione del

⁶¹ Si veda la pagina dedicata al Gruppo Primarolo sul sito del Consiglio: <https://www.consilium.europa.eu/it/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/#>

⁶² Martijn Nouwen, 'The European Code of Conduct Group Becomes Increasingly Important in the Fight Against Tax Avoidance: More Openness and Transparency is Necessary' (2017) 45(2) *Intertax*, 138, 139.

⁶³ Sul rapporto fra "aide fiscales" e "mesure fiscale dommageable" si veda Ioanna Papadamaki, *op. cit.*, 372-377.

Codice è debole a causa della natura non vincolante di tale strumento. In secondo luogo, la nozione di misura fiscale dannosa è controversa e il Codice di Condotta non fornisce condizioni dettagliate che permettano una valutazione di facile attuazione e trasparente. Quest'ultima si traduce quindi in un esercizio di natura politica anziché tecnico-giuridica. A tal proposito, proprio la natura che si potrebbe definire "diplomatica" del Gruppo Primarolo, comporta un metodo di lavoro che spesso è basato sulla confidenzialità della posizione dei rispettivi Stati membri che comporta dei seri problemi di trasparenza nel processo decisionale e, più in generale, nei lavori del Gruppo.⁶⁴

Oltre all'attività volta alla valutazione delle misure fiscali nazionali, in seno al Gruppo si è anche giunti all'accordo rispetto all'adozione di alcuni strumenti di *soft law* che toccano questioni rilevanti ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Infatti, è proprio l'analisi delle misure nazionali che rende evidente la necessità di affrontare il problema con una prospettiva più ampia e un approccio coordinato.⁶⁵ Da questo punto di vista, il Gruppo è un importante laboratorio di analisi delle pratiche poste in essere degli Stati che può, alla luce dei dati raccolti, individuare i principali profili problematici e proporre le migliori soluzioni da attuare a tal proposito. Questo ruolo non deve essere sottovalutato in quanto può tradursi in una sorta di attività preparatoria non formalizzata per la successiva adozione da parte degli Stati membri di strumenti giuridici vincolanti. Ad esempio, in seno al Gruppo si è giunti ad un accordo rispetto alle condizioni per la conclusione di *tax rulings* da parte degli Stati membri, il loro controllo e lo scambio di informazioni in merito⁶⁶ che è stato prodromico all'introduzione di un meccanismo di scambio automatico obbligatorio delle informazioni relative ai ruling preventivi transfrontalieri e agli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento che opera sulla base dell'articolo 8

⁶⁴ Martijn Nouwen, 'The European Code of Conduct Group Becomes Increasingly Important in the Fight Against Tax Avoidance: More Openness and Transparency is Necessary', *cit.*, 145-149.

⁶⁵ Ben J. M. Terra, Peter J. Wattel, *op. cit.*, 497.

⁶⁶ *Ibid.*, 497-498. Si veda in particolare il progress report n. 14750/16 del 28 novembre 2016, 15-18 in materia di emissione e controllo dei *tax rulings* conclusi dagli Stati membri e i progress report n. 11077/02 del 17 luglio 2002, 2-4 e n. 10033/10, 12-13 del 25 maggio 2010 aventi ad oggetto lo scambio di informazioni rispettivamente relative a ruling individuali in materia di transfer pricing (gli *Advance Pricing Agreements* o, in breve, *APAs*) e, più in generale, a ruling preventivi transfrontalieri.

bis della direttiva DAC.⁶⁷ A tal proposito, vista la correlazione fra *tax rulings* e aiuti di Stato resa evidente da una serie di noti casi al riguardo, si rimanda alla sezione dedicata (si veda *infra* par. 3.2.1.).

Il nuovo pacchetto per una tassazione equa e semplice proposto dalla Commissione il 15 luglio 2020⁶⁸ e, in particolare, la ‘Comunicazione sulla buona *governance* fiscale nell'UE e oltre’⁶⁹ hanno l’obiettivo di riformare e modernizzare il Codice di Condotta. La spinta verso un aggiornamento del Codice di condotta è dovuta soprattutto al fatto che “nel corso dei due decenni passati la natura e la forma della concorrenza fiscale hanno subito mutamenti sostanziali, mentre il codice non si è evoluto per adeguarsi alle nuove sfide”.⁷⁰ Nella recente comunicazione, la Commissione elenca i principali fattori che hanno causato l’intensificazione della pressione sugli Stati membri ad usare la tassazione come leva per competere per attirare gli investimenti stranieri, fra cui la globalizzazione, la digitalizzazione, il crescente ruolo delle multinazionali nell’economia mondiale, l’importanza sempre maggiore dei beni immateriali e la riduzione degli ostacoli frapposti alle imprese.⁷¹ Per rafforzare in modo sostanziale l’efficacia del Codice di Condotta, la Commissione propone di modificare l’ambito di applicazione e i criteri individuati dal Codice, oltre che migliorare la *governance*. Con riferimento al primo aspetto, la Commissione ritiene che l’ambito di applicazione del Codice debba essere ampliato a tutte le misure potenzialmente pregiudizievoli della concorrenza fiscale leale in modo da comprendere “altri tipi di regimi e aspetti generali dei sistemi nazionali di imposta sulle società, nonché altre imposte pertinenti, diverse da quella sulle società [poichè] nell’attuale ambito di applicazione del codice, troppi tipi di regimi dannosi riescono a sfuggire alla valutazione”.⁷² Per quanto riguarda il miglioramento della *governance*, la Commissione auspica il raggiungimento di un più elevato grado di

⁶⁷ Direttiva 2011/16/UE del Consiglio, del 15 febbraio 2011, relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE, *cit.*, come modificato dalle successive direttive. Per facilità di consultazione, si veda il testo consolidato: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A02011L0016-20200701>

⁶⁸ Per ulteriori informazioni sulla proposta, si veda https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/package-fair-and-simple-taxation_en.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio del 15 luglio 2020 sulla buona *governance* fiscale nell'UE e oltre, *cit.*

⁷⁰ *Ibid*, 4.

⁷¹ *Ibid*, 3.

⁷² *Ibid*, 4.

trasparenza mediante la condivisione di maggiori informazioni rispetto all'attività svolta dal Gruppo, oltre che l'introduzione del voto a maggioranza qualificata per velocizzare le procedure decisionali ed, eventualmente, di "concrete conseguenze" per gli Stati membri che non si conformano in modo tempestivo alle decisioni del Gruppo.⁷³ Se il processo di modernizzazione verrà completato con successo, ne deriveranno certamente dei benefici in termini di efficacia della regolamentazione della concorrenza fiscale.

L'ampliamento del campo di applicazione del Codice di condotta è certamente un passo importante verso un'azione più efficace contro la concorrenza fiscale dannosa. Tuttavia, ciò richiederebbe una definizione più netta di ciò che costituisce una misura fiscale dannosa, chiarimento che, purtroppo, il processo di modernizzazione ha finora accuratamente evitato di precisare. Come osservato nella sezione precedente, l'attuale versione del Codice fornisce solo un elenco non esaustivo dei requisiti per la qualificazione di una misura come dannosa. La vaghezza nella definizione delle misure rilevanti è anche dovuta al fatto che tale nozione ha un impatto in termini di ripartizione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri in materia di fiscalità diretta. Infatti, la nozione di misura fiscale dannosa è una cartina di tornasole rispetto alla volontà degli Stati membri di concedere maggiori poteri all'UE nel campo della tassazione. L'introduzione di una serie di norme vincolanti che forniscano una chiara definizione dei requisiti necessari per qualificare una misura come dannosa e una relativa sanzione per la sua attuazione è al momento improbabile. Infatti, gli Stati membri non sono inclini a cedere il loro potere in materia di tassazione, compresa la possibilità di utilizzare misure fiscali per attirare investimenti esteri, e percepirebbero un regime vincolante come una minaccia al loro potere discrezionale. Questa conclusione è inevitabile se si considera quanto questo settore sia delicato per gli Stati membri e le diverse prospettive che essi hanno in merito. A questo proposito, è sufficiente considerare che ciò che può rientrare nel novero delle misure fiscali dannose per uno Stato membro può corrispondere a un'opportunità per un altro.⁷⁴

⁷³ *Ibid*, 5.

⁷⁴ Parafrasando l'espressione usata da Catherine Barnard nel descrivere la complessa nozione di *social dumping*: "What is social dumping to the losers (richer Northern European States) is

Tuttavia, anche la ricostruzione di un'ipotetica nozione di misura fiscale dannosa che prescindendo dall'attuale contesto europeo non sembra possibile o, almeno, non rilevante. Il tentativo di distinguere le misure dannose da quelle che non lo sono comporta una valutazione dell'obiettivo della misura in questione che è estremamente difficile da tradurre in una regola di diritto applicabile. Anche supponendo che ciò sia possibile, la ricerca di una definizione in stretti termini giuridici è uno sforzo inutile, paragonabile a quello di un medico che cerca disperatamente di curare i sintomi del paziente senza preoccuparsi di analizzare e affrontare le cause alla radice della malattia. In questo caso, i sintomi sono la pianificazione fiscale aggressiva e pratiche di trasferimento degli utili attuate da imprese che si avvalgono delle misure fiscali favorevoli adottate dagli Stati membri. Le cause sono gli incentivi di cui godono le imprese e gli Stati membri nell'intraprendere questo tipo di pratiche, vale a dire la riduzione del loro onere fiscale, da un lato, e l'attrazione di capitali e investimenti, dall'altro. Paradossalmente, un problema provocato dall'alto livello di integrazione raggiunto nel mercato interno può essere affrontato efficacemente solo attraverso un ulteriore approfondimento dell'integrazione europea. Maggiore armonizzazione nel campo della tassazione delle imprese potrebbe limitare l'attuazione di pratiche fiscali dannose, mentre cercare di affrontare la concorrenza fiscale seguendo un approccio basato sulla definizione della nozione di misura fiscale dannosa sembra essere uno sforzo estenuante che non può avere un risultato soddisfacente e che, in ultima analisi, non è rilevante per combattere la concorrenza fiscale dannosa.

2.2.2. Strumenti di supporto al coordinamento in materia fiscale

La Commissione da alcuni anni è impegnata nel porre in essere un'ampia strategia europea (nella quale rientrano anche le varie proposte di CCCTB di cui si è discusso nella sezione 2.1.1) volta a rendere la tassazione delle imprese in Europa complessivamente più efficiente, equa, capace di rispondere alle esigenze sollevate dalle nuove sfide in materia e affrontare i problemi posti dai fenomeni di evasione

economic opportunity to the winners (poorer Eastern European States)”, Catherine Barnard, ‘Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU’s Economic and Not So Economic Constitution’ in Michael Dougan, Samantha Currie (eds), 50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward (Hart Publishing 2009) 311.

e elusione fiscale.⁷⁵ Questa si è concretizzata in alcune direttive volte ad aumentare il livello di trasparenza⁷⁶ e cooperazione tra le autorità fiscali mediante la modifica e integrazione della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, comunemente nota come DAC (acronimo di Directive on Administrative Cooperation).⁷⁷ In particolare, la disciplina è stata integrata rispetto allo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale,⁷⁸ estendendola ai *rulings* preventivi transfrontalieri e sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento⁷⁹ e in materia di rendicontazione paese per paese,⁸⁰ per quanto riguarda l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio⁸¹ e rispetto all'introduzione di un obbligo per gli intermediari e i contribuenti di fornire all'amministrazione finanziaria informazioni sugli schemi transfrontalieri evasivi o elusivi resi disponibili ai clienti o utilizzati da questi ultimi.⁸²

⁷⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 17 giugno 2015, 'Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento', *cit.*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio Comunicazione del 5 luglio 2016 su ulteriori misure intese a rafforzare la trasparenza e la lotta contro l'evasione e l'elusione fiscali, (COM(2016) 451 final); Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 225 ottobre 2016, 'Creare un sistema equo, competitivo e stabile di tassazione delle imprese nell'UE' (COM(2016) 682 final). Le decisioni della Commissione sui *tax rulings* emesse in applicazione delle norme sugli aiuti di Stato sono incluse in questa strategia finalizzata alla salvaguardia di un ambiente concorrenziale sano ed equo per tutte le imprese europee.

⁷⁶ Sulla trasparenza in materia fiscale, si veda Funda Başaran Yavaşlar, Johanna Hey (eds), *Tax Transparency* (IBFD, 2019).

⁷⁷ Direttiva 2011/16/UE che ha sostituito la precedente disciplina europea (77/799/CEE) e ha rafforzato la cooperazione tra amministrazioni finanziarie degli Stati membri per determinate categorie di reddito, GU L 64/1.

⁷⁸ Direttiva 2014/107/UE (DAC 2) per prevedere lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, nonché le modalità di rilevazione, trasmissione e comunicazione alle amministrazioni fiscali delle informazioni relative ai conti finanziari e le procedure relative agli obblighi di adeguata verifica ("due diligence") ai fini fiscali, GU L 359/1.

⁷⁹ Direttiva (UU) 2015/2376 del Consiglio dell'8 dicembre 2015 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale (DAC 3), GU L 332/1, in attuazione dell'Azione 5 del progetto OCSE/G20 BEPS.

⁸⁰ Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale (DAC 4) GU L 146/8 in attuazione dell'Azione 13 del progetto OCSE/G20 BEPS.

⁸¹ Direttiva (UE) 2016/2258 del Consiglio del 6 dicembre 2016 che modifica la direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio (DAC 5) GU L 342/1.

⁸² Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, GU L 139/1 (DAC 6).

Inoltre, recentemente ci sono stati ulteriori importanti sviluppi su questo fronte: l'adozione della direttiva DAC 7 e l'avvio dell'iter legislativo per la Public Country-by-Country Reporting Directive (CBCR). Per quanto riguarda il primo strumento, il Pacchetto Fiscale del 15 luglio 2020⁸³ includeva una proposta legislativa per l'ulteriore revisione della direttiva sulla cooperazione amministrativa volta a introdurre uno scambio automatico di informazioni tra le amministrazioni fiscali degli Stati membri sui redditi/ricavi generati dai venditori sulle piattaforme digitali⁸⁴ che si è concretizzata con l'adozione della direttiva 2021/514.⁸⁵ La direttiva sulla comunicazione pubblica paese per paese (CBCR) invece è ancora in una fase iniziale del processo legislativo. Tuttavia, il 1 giugno 2021 il Consiglio ha comunicato il raggiungimento di un accordo politico provvisorio sul contenuto della proposta che prevede che

“le imprese multinazionali o le imprese autonome con ricavi consolidati complessivi di importo superiore a 750 milioni di EUR in ciascuno degli ultimi due esercizi finanziari consecutivi, a prescindere che abbiano o no sede nell'UE, rendano pubbliche le informazioni sull'imposta sul reddito in ciascuno Stato membro e in ciascun paese terzo elencato nell'allegato I delle conclusioni del Consiglio sulla lista UE delle giurisdizioni non cooperative a fini fiscali o elencato per due anni consecutivi nell'allegato II di tali conclusioni del Consiglio.”⁸⁶

L'introduzione di questi strumenti che permettono l'aumento della trasparenza è fondamentale dal punto di vista della concorrenza fiscale in quanto permettono di minimizzare o, quanto meno, rendere più difficoltoso l'occultamento di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e concorrenza fiscale dannosa. Questo aspetto è

⁸³ In relazione al pacchetto fiscale del luglio 2020, si veda: https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/package-fair-and-simple-taxation_en

⁸⁴ Commissione, Proposta di direttiva del consiglio recante modifica della direttiva 2011/16/UE del Consiglio relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale (COM(2020) 314 final).

⁸⁵ Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021 recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, GU L 104/1 (DAC 7).

⁸⁶ Il comunicato stampa è disponibile online: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/06/01/public-country-by-country-reporting-by-big-multinationals-eu-co-legislators-reach-political-agreement/>

stato anche sottolineato nel recente comunicato stampa relativo alla CBCR dove vengono riportate le parole di Pedro Siza Vieira, in qualità di rappresentante della presidenza portoghese del Consiglio e ministro dell'economia e della transizione digitale del Portogallo, il quale evidenzia che

“si ritiene che l'elusione dell'imposta sulle società e la pianificazione fiscale aggressiva da parte delle grandi multinazionali privino i paesi dell'UE di oltre 50 miliardi di euro di entrate all'anno. Tali pratiche sono agevolate dall'assenza di qualsiasi obbligo per le grandi multinazionali di indicare, paese per paese, dove realizzino i loro utili e dove paghino le imposte nell'UE. In un momento in cui i nostri cittadini faticano a superare gli effetti della crisi pandemica, è più che mai necessario esigere una significativa trasparenza finanziaria in relazione a tali pratiche. È nostro dovere garantire che tutti i soggetti economici contribuiscano equamente alla ripresa economica”.⁸⁷

Infine, parallelamente a queste iniziative e coerentemente con gli impegni assunti in seno al progetto BEPS dell'OCSE (Azioni 2, 3 e 4),⁸⁸ sono state adottate direttive volte a contrastare gli abusi fiscali mediante l'introduzione di regole comuni sulla limitazione della deducibilità degli interessi passivi, sul trattamento delle società controllate estere nelle giurisdizioni a bassa tassazione, sulle regole antiabuso e sulle regole volte a contrastare l'utilizzo degli strumenti e delle entità ibride con finalità elusiva.⁸⁹

La realizzazione dall'insieme di queste misure viene coadiuvato dalle azioni incluse nel programma Fiscalis (l'ultimo regolamento al riguardo copre il periodo

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Nell'ambito del Progetto BEPS dell'OCSE/G20 (si veda <https://www.oecd.org/tax/beps/>) è stato individuato un piano d'azione, articolato in 15 ambiti di intervento (“azioni”), che mira a fornire ai governi strumenti nazionali e internazionali per affrontare l'elusione fiscale, assicurando che i profitti siano tassati dove vengono svolte le attività economiche che generano tali profitti e dove viene creato il valore. In particolare, le azioni 2, 3 e 4 riguardano la neutralizzazione degli effetti dei c.d. *hybrid mismatch arrangements* (azione 2), la definizione di regole chiare in materia di normativa sulle controllate estere (azione 3) e la limitazione dell'erosione della base imponibile derivante dalla deduzione di interessi e di altri costi relativi a finanziamenti effettuati all'interno dei gruppi multinazionali (azione 4).

⁸⁹ Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (ATAD 1), GU L 193/1) e direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi (ATAD 2), GU L 144/1.

compreso tra il primo gennaio 2021 e il 31 dicembre 2027)⁹⁰ e dall'istituzione dell'Osservatorio Fiscale Europeo. Il programma Fiscalis ha la finalità di offrire agli Stati membri un quadro a livello dell'Unione in cui sviluppare attività di cooperazione nel settore fiscale. In particolare, l'obiettivo del programma consiste nel “contribuire a sostenere la politica fiscale e l'attuazione del diritto dell'Unione relativo all'imposizione fiscale, prevenire e lottare contro la frode e l'evasione fiscali, la pianificazione fiscale aggressiva e la doppia non imposizione, evitare e ridurre inutili oneri amministrativi per i cittadini e le imprese nelle operazioni transfrontaliere, sostenere sistemi fiscali più equi e più efficienti, realizzare il pieno potenziale del mercato interno e stimolare la concorrenza leale nell'Unione, sostenere un approccio comune dell'Unione nei consessi internazionali, assistere le autorità fiscali nello sviluppo delle capacità amministrative, anche ammodernando le tecniche di rendicontazione e revisione contabile, e sostenere la relativa formazione del personale delle autorità fiscali.”⁹¹ Invece, l'Osservatorio Fiscale Europeo, progetto che rientrava fra le proposte incluse nel pacchetto fiscale del 15 luglio 2020⁹² e la cui istituzione è stata annunciata dalla Commissione il 1 giugno 2021,⁹³ è un consorzio di accademici che si occuperà di approfondire la ricerca sull'elusione fiscale, l'evasione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva nonché di fornire supporto e consulenze ai decisori politici dell'Unione europea al riguardo.

⁹⁰ Regolamento (UE) 2021/847 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce il programma Fiscalis per la cooperazione nel settore dell'imposizione fiscale e che abroga il regolamento (UE) n. 1286/2013, GU L 188/1.

⁹¹ *Ibid*, considerando 3 e articolo 3.

⁹² Sul pacchetto fiscale luglio 2020, si veda: https://ec.europa.eu/taxation_customs/general-information-taxation/eu-tax-policy-strategy/package-fair-and-simple-taxation_en

⁹³ Il comunicato stampa della Commissione è disponibile online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_21_2714; Le attività svolte dall'Osservatorio sono descritte sul sito internet www.taxobservatory.eu/.

Capitolo 3. Il divieto di aiuti di Stato come strumento di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa

L'applicazione della disciplina europea che regola la concessione da parte degli Stati membri di aiuti di Stato alle imprese è centrale nel contesto delle politiche di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Tale ruolo, talvolta non dichiarato e lasciato sottotraccia, si è accresciuto negli ultimi anni con interventi particolarmente mirati e aggressivi.

Al fine di ricostruire il perimetro entro il quale la normativa sugli aiuti di Stato può trovare attuazione, è necessario in primo luogo individuare il quadro normativo rilevante (si veda *infra* par. 3.1). In questo contesto, la nozione di aiuto di Stato definita dall'articolo 107(1) TFUE deve essere necessariamente letta alla luce della ricca giurisprudenza della Corte di giustizia e della prassi decisionale della Commissione al riguardo (si veda *infra* par. 3.1.1.). Inoltre, è fondamentale evidenziare alcuni profili che riguardano nello specifico gli aiuti di natura fiscale, ponendo particolare attenzione al controverso requisito della selettività (si veda *infra* par. 3.1.2.). Alla luce della disciplina di riferimento individuata, sarà quindi possibile indagare nello specifico il rapporto che sussiste fra aiuti di Stato e concorrenza fiscale dannosa, analizzando i profili critici ivi sottesi (si veda *infra* par. 3.2).

3.1. La disciplina degli aiuti di Stato

L'articolo 107(1) TFUE stabilisce che “sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”. La Corte di Giustizia sin dalla sentenza *Steenkolenmijnen*¹ (dove si soffermava sul concetto di sovvenzione nell'ambito del Trattato CECA) e nella sua giurisprudenza

¹ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 23 febbraio 1961, causa C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio*, 19.

successiva, fra cui si segnala la sentenza *Banco Exterior de España*,² ha attribuito un'ampia portata al divieto ricomprendendo anche interventi ulteriori rispetto ai sussidi diretti statali come, ad esempio, misure finanziarie dirette e indirette³, garanzie statali⁴, aiuti fiscali⁵ oppure la concessione di beni o servizi a un prezzo inferiore o in via preferenziale^{6,7}. Inoltre, la Corte ha più volte richiamato la necessità di effettuare tale valutazione sulla base di fattori oggettivi e sulle ripercussioni che la misura ha sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri, senza che assumano rilevanza i motivi o gli scopi che hanno portato alla sua adozione.⁸

L'articolo 107(1) TFUE indica chiaramente i requisiti che devono essere soddisfatti cumulativamente per poter qualificare una misura come aiuto di Stato:

- a) la misura statale deve conferire un vantaggio economico che i beneficiari non avrebbero ottenuto nel normale svolgimento della loro attività;
- b) il vantaggio deve essere concesso direttamente o indirettamente dallo Stato (imputabilità allo Stato della misura) e con l'utilizzo di risorse statali;
- c) l'intervento statale deve essere selettivo nei confronti dei beneficiari o favorire la produzione di certi beni;
- d) la misura deve comportare un pregiudizio agli scambi tra Stati Membri e alla concorrenza.

² Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco de Crédito Industrial SA, ora Banco Exterior de España SA c. Ayuntamiento de Valencia*, para. 13.

³ Si veda ad esempio: Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 21 marzo 1991, causa C-305/89 *Italia c. Commissione (Alfa Romeo)*; *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, cit.

⁴ Si veda ad esempio: Tribunale dell'UE, sentenza del 20 settembre 2012, causa T-154/10, *Repubblica Francese c. Commissione*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 8 dicembre 2011, causa C-275/10, *Residex Capital IV CV c. Gemeente Rotterdam*.

⁵ Si veda, ad esempio, Corte di Giustizia dell'UE, 1 dicembre 1998, causa C-200/97, *Ecotrade; Banco Exterior de España*, cit.

⁶ Si veda ad esempio: Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 29 febbraio 1996, causa C-56/93, *Belgio c. Commissione*; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 2 settembre 2010, causa C-290/07 P, *Commissione c. Scott SA*.

⁷ Kelyn Bacon, *European Union Law of State Aid* (Oxford University Press 2017) 20-21.

⁸ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 2 luglio 1974, causa C-173/73, *Italia c. Commissione*, para. 13; statuizione ripresa più volte dalla Corte, fra cui: Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 8 dicembre 2011, causa C-81/10 P, *France Télécome c. Commissione*, para. 17.

Il Trattato fornisce dunque l'elencazione dei requisiti che devono essere identificati nella valutazione circa la qualificazione di una misura come aiuto di Stato. Per individuare l'effettiva estensione di ciascuno di questi requisiti e, di conseguenza, comprendere l'effettiva portata della nozione di aiuto nell'ordinamento europeo, è necessario fare riferimento alla giurisprudenza della Corte e la prassi decisionale della Commissione in merito. Tuttavia, prima di passare ad una più attenta analisi del contenuto sostanziale della nozione di aiuto, si rende necessaria una succinta esposizione delle norme di rango primario rilevanti per questa disciplina.

L'articolo 107 TFUE non si limita a presentare le caratteristiche degli aiuti di Stato ma prevede anche dei casi in cui questi possano essere ritenuti compatibili con il mercato interno. Infatti, i paragrafi 2 e 3 individuano delle deroghe al divieto generale previsto dal primo paragrafo nel caso in cui ricorrano le condizioni ivi previste. In particolare, il vaglio di compatibilità è operato dalla Commissione la quale *deve* dichiarare la misura compatibile nel caso in cui le condizioni stabilite all'articolo 107(2) TFUE⁹ siano soddisfatte (aiuti automaticamente compatibili), mentre *può* discrezionalmente ritenere compatibili quelle che rientrano nelle categorie previste all'articolo 107(3) TFUE¹⁰.

Oltre alle fattispecie che rientrano nell'ambito di applicazione dei paragrafi 2 e 3 dell'articolo 107 TFUE, ci sono altri casi nei quali gli aiuti di Stato possono essere

⁹ Art 107(2) TFUE: “Sono compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.”

¹⁰ Art 107(3) TFUE: “Possono considerarsi compatibili con il mercato interno: a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune; e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.”

considerati compatibili con il mercato interno. In particolare, sulla base del cd. 'Regolamento di abilitazione'¹¹ la Commissione può dichiarare determinate categorie di aiuti di Stato come compatibili con il mercato interno, dispensandole dall'obbligo di notifica previsto dal Trattato. In particolare, il regolamento di esenzione per categoria¹² permette di ritenere compatibili le misure che rispettano i requisiti previsti e rientrano nelle categorie indicate esentando dunque gli Stati membri, in rapporto a queste misure, dall'onere di notifica alla Commissione. Inoltre, anche gli aiuti di Stato che non superino un determinato valore economico godono della medesima presunzione di compatibilità grazie alla disciplina prevista dal regolamento "de minimis".¹³ Quest'ultimo rappresenta di fatto un'applicazione del principio *de minimis praetor non curat*¹⁴ e la formalizzazione di un limite alla rilevanza della misura ai fini del divieto di aiuti di Stato, soprattutto rispetto al requisito dell'alterazione della concorrenza ed del pregiudizio al commercio degli Stati membri. Il regolamento "de minimis" attualmente in vigore è stato elaborato nell'ambito dell'iniziativa di modernizzazione della disciplina degli aiuti di Stato che richiedeva semplificazione, certezza e trasparenza¹⁵ ed ha sostituito la precedente versione del regolamento del 2006.

Un altro caso in cui il Trattato permette una deroga al generale divieto di aiuto di Stato è il caso di compensazioni ad imprese incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale.¹⁶ Infatti, in applicazione dell'articolo 106(2)

¹¹ Regolamento (UE) 2018/1911 del Consiglio, del 26 novembre 2018, che modifica il regolamento (UE) 2015/1588 sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, GU L 311/8.

¹² Regolamento (UE) n. 651/2014 del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, GU L 187/1, come modificato dai regolamenti n. 1084/2017, 972/2020 e 452/2021.

¹³ Regolamento (UE) n. 1407/2013 del 18 dicembre 2013 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis», GU L 352/1.

¹⁴ Giovanni Luchena, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari* (Cacucci 2006) 64.

¹⁵ Manuela Nita, 'Analysis of New Legal Provisions for Granting of 'De minimis Aid' ' (2014) 149 *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 667, 669.

¹⁶ Kelyn Bacon, *op. cit.*; Tim Maxian Rusche, 'General Theory on Compatibility of State Aid' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016) 229. Più nello specifico, sui servizi di interesse economico generale, si veda: Markus Krajewski (ed), *Services of General Interest Beyond the Single Market* (Springer 2015); Piet Jan Slot, 'Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine' in Ulla Neergaard, Erika Szyzyczak, Johan Willem van de Gronden Markus Krajewski (eds), *Social Services of General Interest in the EU* (Springer 2013); Francesco Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme*

TFUE “le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.” La sentenza *Altmark*¹⁷ è il *leading case* in questo in ambito in quanto ha dettato i criteri che permettono di qualificare una compensazione per lo svolgimento di servizio di interesse economico generale come aiuto di Stato o per determinarne la compatibilità con il Mercato interno. Un importante passo in avanti per la sistematizzazione di questo settore è stato fatto con il “Pacchetto Almunia”¹⁸ nel 2011. Quest’ultimo è una revisione del “Pacchetto SIEG” del 2005 ed è composto da quattro strumenti: una decisione¹⁹ che prevede determinate condizioni che, se soddisfatte, permettono di considerare la misura come compatibile e non soggetta a notificazione e che può quindi essere considerata alla stregua di un regolamento di esenzione per categoria, due comunicazioni che definiscono le nozioni fondamentali in materia di compensazioni per i SIEG²⁰ e che stabiliscono i criteri per valutare la compatibilità di tali misure con il Mercato interno;²¹ ed infine un Regolamento *de minimis*²² specifico che esclude le compensazioni di scarso valore economico dal vaglio della Commissione.

dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi (Edizioni Scientifiche Italiane 2011); Daniele Gallo, *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea* (Giuffrè, 2010); Giandonato Caggiano, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale* (Giappichelli 2008).

¹⁷ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH e Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in presenza di *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*.

¹⁸ Per una presentazione completa dei provvedimenti adottati nell'ambito del “Pacchetto Almunia” si veda: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/public_services_en.html#package.

¹⁹ Decisione della Commissione 2012/21/UE del 20 dicembre 2011 riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, GU L 7/3.

²⁰ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, GU C/4.

²¹ Comunicazione della Commissione sulla disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, GU C 8/15.

²² Regolamento (UE) n. 360/2012 del 25 aprile 2012 relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale, GU L 114/8.

L'attività di controllo rispetto all'attuazione di misure in contrasto con la disciplina degli aiuti di Stato è una competenza esclusiva della Commissione e la sua efficacia è garantita dal meccanismo previsto dall'art 108 TFUE che prevede un doppio obbligo in capo agli Stati Membri: da un lato il dovere di notificare alla Commissione ogni nuovo aiuto, dall'altro la "*standstill obligation*" che implica il divieto di attuare la misura finché la Commissione non si sia espressa sul risultato della sua valutazione.

3.1.1. La nozione di aiuto di Stato

La ricostruzione della nozione di aiuto di Stato implica la necessaria analisi dei requisiti cumulativi che devono essere individuati al fine della qualificazione di una misura come tale. Pertanto, nei seguenti paragrafi si tenterà di tratteggiare gli aspetti essenziali di ciascuna condizione, nei limiti entro cui ciò può risultare utile per la comprensione dello strumento. Tale analisi ha una funzione prodromica rispetto alla successiva discussione critica sull'utilizzo dello strumento degli aiuti di Stato nel contesto della concorrenza fiscale dannosa.

Alla luce di dette premesse, nella presente sezione verrà spiegato quali soggetti possono essere considerati beneficiari di un aiuto (si veda *infra* par. 3.1.1.1.) e si discuterà delle circostanze nelle quali una misura rispetta i requisiti del vantaggio economico (si veda *infra* par. 3.1.1.2.), dell'origine statale (si veda *infra* par. 3.1.1.3.), e della selettività (si veda *infra* par. 3.1.1.4.), alterando la concorrenza e causando un pregiudizio al commercio degli Stati membri (si veda *infra* par. 3.1.1.5.).

3.1.1.1. Il beneficiario dell'aiuto: la nozione di impresa e di attività economica.

L'articolo 107(1) TFUE, nel definire la nozione di aiuto di Stato, specifica che la misura deve comportare un vantaggio nei confronti di "talune imprese o talune produzioni". Quindi, come specifica in modo assertivo la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, "le norme in materia di aiuti di Stato

si applicano solo se il beneficiario di una misura è «un'impresa»²³. In particolare, è necessario individuare le caratteristiche che permettano di considerare il beneficiario, cioè il soggetto che effettivamente riceve un vantaggio dalla misura, un'impresa ai sensi dell'articolo 107(1) TFUE.²⁴

I Trattati non forniscono una definizione di impresa utile in tal senso. Tuttavia, gli elementi chiave vengono forniti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla prassi decisionale della Commissione avente ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione degli articoli sugli aiuti di Stato e sulla regolamentazione della concorrenza fra imprese. In particolare, nel caso Höfner²⁵ (a cui ha fatto seguito una copiosa giurisprudenza)²⁶ viene stabilito che “nel contesto del diritto della concorrenza [...] la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento”²⁷. In questo senso la Corte attribuisce alla nozione di impresa un carattere estremamente elastico, dando rilevanza centrale al tipo di attività svolto dal beneficiario e non considerando invece come dirimente il proprio status giuridico o il fatto che tale attività venga svolta con finalità di lucro.²⁸ Alla luce di tale definizione, è necessario dunque chiarire cosa si intenda per attività di natura economica.

In linea di principio, ogni attività che consiste nell'offrire beni o servizi in un mercato determinato è da considerarsi attività economica²⁹. Per meglio comprendere la valutazione che deve essere effettuata per stabilire se una

²³ Commissione, ‘Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea’, *cit.*, para. 6.

²⁴ Wolf Sauter, ‘The Notion of Undertaking’ in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016), 74.

²⁵ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*.

²⁶ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 16 novembre 1995, causa C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance e altri c. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*; Tribunale dell'UE, sentenza del 4 marzo 2003, causa T-319/99, *FENIN c. Commissione*, para. 35-41 e impugnazione davanti alla Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 11 luglio 2006, causa C-205/03 P *FENIN c. Commissione*.

²⁷ *Klaus Höfner e Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, *cit.*, para. 21.

²⁸ Giandonato Caggiano, ‘Il concetto di impresa’ in Lorenzo F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* (Jovene Editore 2013) 47.

²⁹ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Repubblica italiana*, para. 36.

determinata attività possa essere considerata economicamente rilevante ai fini della nozione di impresa, è utile fare riferimento al test richiamato dell'Avvocato Generale Jacobs nelle sue Conclusioni nel caso AOK Bundesverband e altri: “Nel valutare se un'attività abbia natura economica, il criterio fondamentale a mio giudizio consiste nello stabilire se, almeno in linea di principio, possa essere svolta da un'impresa privata a scopo di lucro. Se non vi è alcuna possibilità che un'impresa privata eserciti una data attività, non vi sarà motivo di applicare ad essa le norme sulla concorrenza”³⁰. Ne consegue che le attività che rientrano fra le prerogative dello Stato in cui quest'ultimo agisce «esercitando il potere d'imperio» o gli enti pubblici agiscono «in veste di pubblica autorità» non rientrano nella nozione di attività economica, salvo che siano stati introdotti dei meccanismi di mercato e l'attività economica possa essere dissociata dall'esercizio dei pubblici poteri.³¹

Nel caso in cui l'impresa svolga sia attività economiche che attività non qualificabili come tali, si aprono due possibili scenari. Se le attività sono facilmente distinguibili e separabili sia la giurisprudenza³² che la prassi della Commissione³³ sono concordi nel ritenere che l'entità sia da considerare come impresa limitatamente alle attività di carattere economico svolte. Se invece sono indissolubilmente legate e l'una delle due risulta meramente “ancillare” rispetto all'altra, la natura dell'impresa viene valutata alla stregua dell'attività prevalente.³⁴ Spesso questo comporta l'assorbimento dell'attività economica ancillare nell'attività considerata di tipo non economico. Talvolta, come ad esempio in occasione dei noti casi relativi alle infrastrutture aeroportuali,³⁵ l'attività economica è assorbente rispetto a quella non economica.³⁶

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale F.G. Jacobs del 22 maggio 2003, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK Bundesverband e altri*, para. 27.

³¹ Commissione, ‘Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea’, *cit.*, para. 17-18.

³² Si veda ad esempio: Tribunale dell'UE, sentenza del 12 dicembre 2000, causa T-128/98, *Aéroports de Paris c. Commissione* e impugnazione davanti alla Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 24 ottobre 2002, causa C-82/01 P, *Aéroports de Paris c. Commissione*.

³³ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, *cit.*, para. 9.

³⁴ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 25.

³⁵ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen AG e Flughafen Leipzig-Halle GmbH c. Commissione*.

³⁶ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 25.

Oltre all'identificazione dell'attività economica, ai fini del diritto della concorrenza un'impresa deve potersi considerare una singola unità economica,³⁷ deve dunque essere in grado di agire sul mercato in modo indipendente disponendo della sufficiente autonomia necessaria per decisioni commerciali, modellare i propri parametri di concorrenza e assumersi il rischio.³⁸ Pertanto, se più entità sono collegate fra loro e non dispongono di un sufficiente livello di discrezionalità nella gestione della propria attività, allora vanno considerate alla stregua di un'unica impresa ai fini dell'identificazione del beneficiario dell'aiuto.³⁹ Nel compiere questa valutazione "la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale nel determinare se talune società appartenenti ad un gruppo debbano essere considerate come unità economica o come giuridicamente e finanziariamente autonome ai fini dell'applicazione del regime degli aiuti di Stato"⁴⁰. La giurisprudenza ha ricordato che per unità economica si intende "un'organizzazione unitaria di elementi personali, materiali e immateriali, che persegue stabilmente un determinato fine di natura economica" indipendentemente dalla unitarietà del soggetto giuridico in quanto l'unico aspetto che rileva è l'unitarietà del comportamento sul mercato.⁴¹ Sotto questo profilo, la *Comunicazione della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese*⁴² presenta concetti interessanti e mutuabili anche nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato. Viene infatti posto in evidenza come situazioni di controllo legale o di fatto fra diverse entità debbano comportare l'individuazione di un'unica unità economica e dunque, in questo caso, di un solo possibile beneficiario. Chiaramente ci sono

³⁷ Tim Maxian Rusche, Claire Micheau, Henri Piffaut, Koen Van de Castele, 'State Aid' in Jonathan Faull, Ali Nikpay (ed), *The EU Law of Competition* (Oxford University Press 2014) 1932.

³⁸ Phedon Nicolaides, Maria Kleis, Mihalis Kekelekis 'Cumulation of De minimis Aid to Enterprises that form a Single Economic Unit' (2008) 1 European State Aid Law Quarterly 48, 49-51.

³⁹ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 14 novembre 1984, causa C-323/82, *Intermills c. Commissione*, para. 11-12; Tribunale dell'UE, sentenza del 25 giugno 1998, cause riunite T-371/94 e T-394/94, *British Airways e altri c. Commissione*, para. 313-314.

⁴⁰ Tribunale dell'UE, sentenza del 14 ottobre 2004, causa T-137/02, *Pollmeier Malchow GmbH & Co. KG c. Commissione*, para.51.

⁴¹ Tribunale dell'UE, sentenza del 11 dicembre 2003, Causa T-66/99, *Minoan Lines SA c. Commissione*, para. 121-151.

⁴² Comunicazione consolidata della Commissione sui criteri di competenza giurisdizionale a norma del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GU C 95/1.

varie forme in cui possono attuarsi dette strutture di controllo ma quella che può considerarsi più comune è l'acquisizione di azioni o obbligazioni.⁴³

3.1.1.2. Il vantaggio economico.

La concessione di un aiuto di Stato implica necessariamente il conferimento di un vantaggio di tipo economico da parte dell'autorità statale nei confronti del beneficiario, ponendo così quest'ultimo in una posizione di favore rispetto alle imprese concorrenti nel Mercato interno.⁴⁴ Sin dalla sentenza *SFEI*,⁴⁵ la Corte di Giustizia ha affermato che per valutare se una misura statale costituisca un aiuto, si deve “determinare se l'impresa beneficiaria riceve un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato”.⁴⁶ Da questa affermazione di principio si possono derivare i due elementi che permettono di considerare soddisfatto il requisito del vantaggio economico: la misura deve comportare un miglioramento della posizione economica dell'impresa⁴⁷ e il vantaggio deve essere “*unmarketlike*” cioè non ottenibile o che non potrebbe essere conseguito nei medesimi termini in un mercato concorrenziale non influenzato dall'intervento pubblico.

Lo Stato può conferire un vantaggio nei confronti dell'impresa in vari modi. Nella giurisprudenza in materia è possibile individuare un ampio catalogo di interventi che, in linea di massima, sono volti a conseguire due tipi di risultati: la riduzione dei costi normalmente sopportati da un'impresa in normali condizioni di mercato o l'aumento dei profitti di quest'ultima. Tutte le misure che sono collegate al ruolo statale in qualità di ente impositore di tributi (attenuazione dell'imposizione fiscale a diversi livelli) rientrano nella prima tipologia di interventi, così come la

⁴³ Cfr. Christopher Townley, 'The Concept of an 'Undertaking': The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries' in G. Amato & C. Ehlermann (eds), *EC Competition Law: A Critical Assessment* (Hart Publishing, 2007) 3-23; Alison Jones, 'The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law' (2012) 8(2) *European Competition Journal* 301-331; Phedon Nicolaidis, Maria Kleis, Mihalis Kekelekis *op.cit.*, 49-51.

⁴⁴ Si veda Aindrias Ó Caoimh, Wolf Sauter, 'Criterion of Advantage' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).

⁴⁵ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 11 luglio 1996, causa C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e altri c. La Poste e altri*.

⁴⁶ *Ibid*, para. 60.

⁴⁷ Kelyn Bacon, *op cit.*, 117.

concessione di sussidi diretti con lo scopo di indurre le imprese a modificare il loro comportamento sul mercato abbassando così i costi di investimento.⁴⁸ Altri esempi sono i casi in cui lo Stato agisce in veste di fornitore di capitale di rischio o di beni e servizi sul mercato permettendo una riduzione degli esborsi dei beneficiari sull'acquisto di questi o, in qualità di proprietario di infrastrutture, abbassando o eliminando il costo di accesso a queste ultime.⁴⁹ Per quanto riguarda la seconda categoria, lo Stato può intervenire principalmente agendo nella veste di consumatore di beni e servizi forniti dalle imprese poiché può influenzare il mercato portando a un aumento del prezzo (acquistando a un costo maggiorato) o della domanda (acquistando un volume di beni o servizi maggiore della necessità effettiva) e, dunque, determinando un aumento degli incassi dell'impresa che beneficia dell'intervento.⁵⁰ Inoltre, in alcuni casi il vantaggio economico può sembrare non immediato o ipotetico. Il caso dell'aiuto statale dato sotto forma di garanzia ne è il tipico paradigma⁵¹ ed è importante sottolineare che in questi casi il vantaggio va parametrato in relazione ai termini di prestito più favorevoli a cui il beneficiario ha accesso grazie alla garanzia statale e non all'ipotetico pagamento a cui lo Stato potrà dover far fronte.

L'inclusione del requisito del vantaggio economico nella definizione degli aiuti di Stato è basata sulla *ratio* per la quale la misura non deve essere volta a creare delle condizioni di mercato che non sarebbero state possibili senza l'intervento statale. Ciò non implica il fatto che qualsiasi vantaggio economico derivante da una misura statale possa soddisfare il requisito *ex* articolo 107(1) TFUE. Infatti, le autorità pubbliche possono conferire un vantaggio a meno che il loro comportamento sul mercato non possa essere paragonato a quello di un normale attore privato.⁵² Proprio in relazione a questa logica la Commissione ha elaborato il “criterio dell'operatore in un'economia di mercato”, da intendersi come “metodo di

⁴⁸ Phedon Nicolaides, Maria Kleis, ‘Where is the Advantage? The Case of Public Funding of Infrastructure and Broadband Networks’ (2007) 4 *European State Aid Law Quarterly* 615, 616.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Si veda, ad esempio, Corte Di Giustizia dell'UE, Sentenza del 3 aprile 2014, Causa C-559/12 P *Repubblica francese c. Commissione*.

⁵² Phedon Nicolaides, Ioana Eleonora Rusu, ‘Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?’ (2011) 2 *European State Aid Law Quarterly* 237, 237.

riferimento per valutare se una serie di operazioni economiche svolte da enti pubblici avvenga in condizioni normali di mercato e, pertanto, se comporti la concessione di un vantaggio (che non sarebbe stato ottenuto in normali condizioni di mercato) alle controparti”.⁵³ La prassi della Commissione si è evoluta, grazie anche al contributo della Corte di Giustizia, prevedendo la necessità di un’analisi economica sempre più raffinata che tenga in conto vari aspetti dell’azione statale al fine di stabilirne l’effettivo impatto e misurandolo in termini di maggior vantaggio economico conferito al beneficiario rispetto a una normale condizione di mercato.

Il “criterio dell'operatore in un'economia di mercato” è stato introdotto per la prima volta dalla Commissione nella Comunicazione del 1984 sulla partecipazione delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese⁵⁴ con la più specifica accezione di “principio dell’investitore privato” ed ha incontrato l’aperta approvazione della Corte nel caso Meura⁵⁵ dove viene appunto considerato adatto⁵⁶ ai fini della determinazione dell’esistenza dell’aiuto.⁵⁷ In quel caso si trattava di un aiuto dato sotto forma di partecipazione al capitale fornito da un’autorità regionale di investimenti belga nei confronti di un’impresa con difficoltà finanziarie. In seguito, il principio dell’investitore privato è stato ampliato e declinato in base al ruolo effettivamente svolto dallo Stato creando, ad esempio, il “criterio del creditore privato”, caso nel quale sussiste un rapporto fra autorità statale e impresa riconducibile a quello creditore-debitore ed è necessario valutare i termini entro i quali viene concesso il prestito e compararli a quelli praticabili da un privato,⁵⁸ e il “criterio del venditore privato” nel caso in cui l’autorità statale agisca come venditore. Queste distinzioni rilevano in quanto l’intervento statale deve essere

⁵³ Commissione, ‘Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea’, *cit.*, para. 75.

⁵⁴ Comunicazione della Commissione del 17 settembre 1984 sulle partecipazioni delle autorità pubbliche nei capitali delle imprese, Bollettino delle Comunità Europee 9-1984.

⁵⁵ Corte di Giustizia dell’UE, sentenza del 10 luglio 1986, causa C-234/84, *Regno del Belgio c. Commissione (Caso Meura)*.

⁵⁶ *Ibid*, para. 14: “Onde accertare se un siffatto provvedimento abbia la natura di aiuto statale, è opportuno applicare il criterio indicato nella decisione della Commissione e, del resto, non contestato dal governo belga, che si basa sulle possibilità per l’impresa di procurarsi le somme in questione sul mercato privato dei capitali”

⁵⁷ Ben Slocock, ‘The Market Economy Investor Principle’ (2002) 2 Competition Policy Newsletter 23, 23.

⁵⁸ Kelyn Bacon, *op cit.*, 43; Ben Slocock *op.cit.*, 25.

parametrato al comportamento che terrebbe un investitore razionale che opera in condizioni di mercato normali e che siano il più simili possibili a quelle oggetto di analisi.⁵⁹

La qualificazione e quantificazione del vantaggio economico rappresentano il principale punto di accesso dell'analisi economica alla disciplina degli aiuti di Stato.⁶⁰ Nel tentativo di semplificare questo tipo di analisi e facendo riferimento al *private investor principle*, inteso come paradigma da cui derivano le diverse ramificazioni elencate, l'intervento statale e la sua adeguatezza devono essere oggetto di una valutazione *ex ante* che tenga "in considerazione l'atteggiamento che avrebbe tenuto, [...] (al momento della concessione della misura), un investitore privato in normali condizioni di mercato, alla luce delle informazioni disponibili e degli sviluppi prevedibili a quel momento".⁶¹ L'analisi in linea di massima si basa su tre elementi: la verifica circa l'effettivo ottenimento di un beneficio economico o finanziario da parte dell'impresa, sia in termini di riduzione dei costi che di aumento dei profitti; la constatazione del fatto che i costi siano abnormemente maggiorati come effetto dell'intervento statale; la valutazione circa la presenza sul mercato di un'impresa che sia in grado di offrire lo stesso prodotto a un prezzo inferiore o portare avanti lo stesso progetto a costi minori oppure se sarebbe astrattamente possibile la sua presenza.⁶² Se questi quesiti trovano riscontro positivo, la misura conferisce un vantaggio economico indebito.⁶³ In ultima analisi, come ricordato dalla Corte nel caso *Bundesverband deutscher Banken*,⁶⁴ la

⁵⁹ Andrea Biondi, Elisabetta Righini, 'An Evolutionary Theory of EU State Aid Control' in Anthony Arnall, Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015).

⁶⁰ Hans W. Friederiszick, Michael Tröge, 'Applying The Market Economy Investor Principle To State Owned Companies — Lessons Learned From The German Landesbanken Cases' (2006) 1 Competition Policy Newsletter 105, 105.

⁶¹ Tribunale dell'UE, sentenza del 30 aprile 1998, causa T-16/96, *Cityflyer Express Ltd c. Commissione*, para 76; Si veda anche causa Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 5 giugno 2012, C-124/10 P, *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, para. 83-85 e 105; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica francese c. Commissione*, para. 71-72.

⁶² Phedon Nicolaides, Maria Kleis, *op. cit.*, 617.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Tribunal dell'UE, sentenza del 3 marzo 2010, causa T-163/05, *Bundesverband deutscher Banken c. Commissione*.

questione sottesa a questa analisi è la valutazione circa la capacità del beneficiario di ottenere lo stesso vantaggio anche senza l'intervento statale.⁶⁵

Il principio dell'investitore privato, è stato dotato di maggiore autorevolezza grazie alla sentenza della Corte in relazione al caso *EDF*⁶⁶ dove viene affermato che “il criterio dell'investitore privato non costituisce un'eccezione applicabile unicamente su richiesta di uno Stato membro qualora ricorrano gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune[...] tale criterio, laddove applicabile, figura tra gli elementi che la Commissione deve prendere in considerazione al fine di accertare l'esistenza di un siffatto aiuto”.⁶⁷ Inoltre, questa sentenza è stata fondamentale per sciogliere il nodo circa l'applicabilità di questo criterio di valutazione anche alle misure di natura fiscale. Infatti, per quanto tipo di misure pare difficile contemperare la prerogativa fiscale statale, che è per sua natura una competenza esclusiva che non lascia spazio per l'intervento dei privati, con l'esigenza di comparare l'operato dello Stato con l'ipotetico comportamento di un operatore privato.⁶⁸

In alcuni casi è possibile formulare una presunzione di adeguatezza della misura e dunque della coerenza con il *market economy investor principle*. Si tratta delle transazioni *pari passu*, cioè casi in cui l'operazione “viene effettuata alle stesse condizioni da investitori pubblici e privati, quando le due categorie di operatori agiscono in contemporanea e quando l'intervento dell'investitore privato ha una rilevanza economica effettiva”.⁶⁹ La seconda situazione nella quale è possibile presumere, se ricorrono determinati requisiti, la coerenza con il mercato e, dunque, l'assenza di misure qualificabili come aiuto di Stato, è l'aggiudicazione di appalti

⁶⁵*Ibid*, para. 58 e 175; Tribunale dell'UE, sentenza del 13 settembre 2010, cause riunite *Repubblica ellenica* (T-415/05), *Olympiakes Aerogrammes AE* (T-416/05) e *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE* (T-423/05) c. *Commissione*, para. 213, Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 13 giugno 2013, causa C-287/12 P, *Ryanair Ltd c. Commissione*, para. 87-88.

⁶⁶ *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, cit.

⁶⁷ *Ibid*, para. 103.

⁶⁸ Thomas Jaeger, ‘Taking Tax Law Seriously: The Opinion of AG Maza in EDF’ (2012) 1 *European State Aid Law Quarterly* 1,1.

⁶⁹ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio, GU C 19 /4, para. 31; anche la posizione del Tribunale risulta coerente con quella della Commissione, si veda ad esempio: Tribunale dell'UE, sentenza del 12 dicembre 2000, Causa T-296/97, *Alitalia c. Commissione*, para. 81.

pubblici.⁷⁰ In questo ambito il requisito del vantaggio economico è il criterio maggiormente controverso⁷¹ e rispetto al quale opera la presunzione che è frutto della giurisprudenza della Corte di Giustizia e della prassi decisionale della Commissione, sostenuta dalla dottrina maggioritaria. Infatti, si ritiene che una procedura di gara aperta, trasparente e non discriminatoria sia sufficiente per escludere la presenza di aiuti.⁷² In particolare, nel caso *London Underground Public Private Partnership*⁷³ la Commissione ha affermato che “*when these types of infrastructure arrangements are concluded after the observance of an open, transparent and non-discriminatory procedure, it is, in principle, presumed that the level of any market sector support can be regarded as representing the market price for the execution of the project. This conclusion should lead to the assumption that, in principle, no State aid is involved*”.⁷⁴ Inoltre, la Corte considera le procedure di appalto alla stregua di strumenti utili per l’individuazione del miglior servizio offerto a fronte del minor costo per l’amministrazione pubblica.⁷⁵ e dunque, per quanto rileva in questa sede, le considera adeguate per eliminare il rischio di concessione di un vantaggio indebito. Chiaramente, affinché la presunzione possa operare la gara d’appalto deve essere stata eseguita nel rispetto della disciplina prevista a livello europeo per gli appalti pubblici⁷⁶ coerentemente con il fatto che tali norme, come quelle sugli aiuti di Stato, hanno lo scopo di garantire il controllo

⁷⁰ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and the UK* (Sweet & Maxwell 2014) 302-324; Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart Publishing 2015) 125.

⁷¹ *Ibid.* Si veda anche: Christopher H. Bovis, ‘Financing Services of General Interest in the EU: How Do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?’ (2005) 11(1) *European Law Journal* 79; Baudouin Heninckx, ‘Defence Procurement: The Most Effective Way to Grant Illegal State Aid and Get Away with it... or Is It?’ (2009) 46(1) *Common Market Law Review* 191; Grith Skovgaard Ølykke, ‘Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context’ (2011) 3 *European State Aid Law Quarterly* 457; Albert Sánchez Graells, ‘Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?’ (2012) 6 *Public Procurement Law Review* 205.

⁷² Nora Tosics, Norbert Gaál, ‘Public Procurement and State Aid Control — the Issue of Economic Advantage’ (2007) 3 *Competition Policy Newsletter* 15, 16.

⁷³ Decisione della Commissione del 2 ottobre 2002, n. 264/2002, *London Underground Public Private Partnership (UK)*, C(2002)3578fin, para. 79, GU C 309/15; Si veda anche: Decisione della Commissione del 30 maggio 2007, n 46/2007, *Welsh Public Sector Network Scheme*, COM (2007) 2212 final, GU C 157/2.

⁷⁴ Nora Tosics, Norbert Gaál, *op. cit.*, 16.

⁷⁵ *Altmark Trans GmbH, cit.*; Albert Sánchez Graells, ‘Public Procurement and the EU Competition Rules’, *op.cit.*, 126.

⁷⁶ Albert Sánchez Graells, ‘Public Procurement and the EU Competition Rules’, *op.cit.*, 126.

sulla concorrenza nel Mercato interno.⁷⁷ Tuttavia, detta presunzione non è assoluta essendo confutabile nel caso in cui si dimostri che, nonostante l'adempimento di tutti gli obblighi previsti dalla disciplina degli appalti pubblici, si configuri comunque la concessione di un vantaggio indebito in quanto i termini del contratto non riflettano le effettive condizioni di mercato.⁷⁸

3.1.1.3. L'origine statale della misura: l'utilizzo di risorse pubbliche e l'imputabilità della misura allo Stato.

L'articolo 107 (1) TFUE stabilisce che sono vietati “gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali”. La valutazione circa l'origine statale della misura anche se spesso viene ricondotta a una condizione unitaria, implica in realtà l'individuazione di un doppio requisito: l'utilizzo di risorse pubbliche e l'imputabilità della misura allo Stato. Questa distinzione, oggi consolidata, deriva da un lungo percorso giurisprudenziale che talvolta si è posto in contrasto con la prassi decisionale della Commissione. I due profili maggiormente discussi sono il carattere cumulativo o alternativo di questi sub-requisiti e i caratteri individuabili in una misura che permettono il soddisfacimento di tali condizioni.

Con riferimento al primo aspetto, la Commissione ha supportato per lungo tempo la tesi più estensiva, considerando il criterio dell'imputabilità e quello delle risorse statali come alternativi.⁷⁹ La Corte di Giustizia, pur avendo inizialmente

⁷⁷ Phedon Nicolaides, Ioana Eleonora Rusu, ‘Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage?’ (2012) 1 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 5, 15.

⁷⁸ Albert Sánchez Graells, ‘Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?’, *op. cit.*, 205. Si vedano inoltre: Decisione della Commissione del 1 giugno 2005, n. 57/2005, *Regional broadband support in Wales(UK)*, C(2005)1482 fin, GU C 274/42; Decisione della Commissione del 19 novembre 2009, n. 517/2009 *Green Bus Fund (UK)*, C(2014) 1936 final, GU C 74/3; Decisione della Commissione del 28 novembre 2007 concernente il regime di aiuti a favore del riciclaggio della carta da stampa e da scrittura notificato dal Regno Unito (registrato con il numero C 45/05), GU L. 155/20; Decisione della Commissione del 8 aprile 2009, n. 74/2009, *CCS demonstration competition FEED(UK)*, C(2009) 2480 final, GU C 203/2; Decisione della Commissione del 25 settembre 2007 relativa all’Aiuto di Stato concesso dalla Polonia nell’ambito di accordi a lungo termine per la vendita di elettricità e all’Aiuto di Stato che la Polonia prevede di concedere a titolo di compensazione per la risoluzione volontaria di accordi a lungo termine per la vendita di elettricità, GU. L. 83/1; Decisione della Commissione del 21 febbraio 2008, n. 622/2007, *Small start-up scheme (Malta)*, C(2008)768; GU C 117/3; Decisione della Commissione del 27 gennaio 2010, n. 675/2009, *Tender for new generation capacity (Latvia)*, GU C 213/1.

⁷⁹ Andrea Biondi, ‘Some Reflections on the Notion of ‘State Resources’ in European Community Law’ (2007) 30 Fordham International Law Journal, 1426, 1432. Si vedano anche ad esempio:

abbracciato questa impostazione in alcune sporadiche e risalenti pronunce, nella sua giurisprudenza successiva ha considerato i due sub criteri come cumulativi, restringendo in questo modo la nozione di aiuto di Stato.⁸⁰ L'evoluzione giurisprudenziale in merito⁸¹ è sfociata nella sentenza *PreussenElektra*,⁸² *leading case* in materia. In quel caso, il provvedimento portato all'attenzione della Corte era lo *Stromeinspeisungsgesetz*, una normativa tedesca che imponeva obblighi in capo ai distributori di elettricità e ai produttori di energia da fonti convenzionali. I primi erano infatti soggetti a un obbligo di acquisto di tutta l'energia elettrica generata da fonti rinnovabili nelle rispettive zone di fornitura e a un obbligo di effettuare il suddetto acquisto a un prezzo minimo prestabilito; i secondi a un obbligo di compensazione che consisteva in un onere di acquisto di una quantità fissata nel minimo di energia derivante da fonti rinnovabili.⁸³ La Corte ha considerato che tale misura non poteva considerarsi un aiuto di Stato in quanto "solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell'articolo 92, n. 1, del Trattato. Invero, la distinzione stabilita da questa disposizione tra gli «aiuti concessi dagli Stati» e gli aiuti concessi «mediante risorse statali» non significa che tutti i vantaggi consentiti da uno Stato

Decisione della Commissione del 28 dicembre 1993, n. 3632/93, relativa al regime comunitario degli interventi degli Stati membri a favore dell'industria carboniera in GU L 329/12; Decisione della Commissione n. 93/147 del 23 dicembre 1992 relativa ad interventi finanziari della Repubblica federale di Germania a favore dell'industria carboniera nel 1993 GU L 58/60; Decisione della Commissione n. 90/632 del 14 febbraio 1990 relativa ad un intervento finanziario della Repubblica federale di Germania a favore dell'industria carboniera nel 1989 e ad un intervento finanziario complementare a favore dell'industria carboniera nel 1988, GU L 346/18.

⁸⁰ Luca Rubini, 'Brevi note a margine del caso *PreussenElektra*, ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di Stato e la Tutela dell'Ambiente nel Diritto Comunitario' (2001) 3 Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali 473, 484.

⁸¹ In merito all'evoluzione giurisprudenziale, *ex multis*, Luca Rubini, 'The 'Elusive Frontier': Regulation under EC State Aid Law' (2009) 3 European State Aid Law Quarterly 277, 285-289; Tilman Kuhn, 'Implications of the 'Preussen Elektra' Judgment of the European Court of Justice on the Community Rules on State Aid and the Free Movement of Goods. Preliminary Ruling of 13 March 2001, Case C-379/98, *Preussen Elektra v. Schleswag*' (2001) Legal Issues of Economic Integration 361.

⁸² Conclusioni dell'Avvocato Generale E. G. Jacobs, Causa C-379/98, *PreussenElektra AG contro Schleswag AG*, para. 117.

⁸³ In merito alla sentenza *PreusseElektra* si veda: Luca Rubini, 'Brevi note a margine del caso *PreussenElektra*, ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di Stato e la Tutela dell'Ambiente nel Diritto Comunitario' *op. cit.*; Tilman Kuhn, *op. cit.*; Ann Goossens, Sam Emmerechts, 'Case C-379/98, *PreussenElektra AG v. Schleswag AG*, Judgment of the Full Court of 13 March 2001' (2001) 38(4) Common Market Law Review 991, 1000-1004; Marco Bronckers, Rosalinde Van der Vlies, 'The European Court's *PreussenElektra* Judgment: Tensions Between E.U. Principles and National Renewable Energy Initiatives' (2001) 10 European Competition Law Review 458, 462-464.

costituiscano aiuti, che siano o meno finanziati mediante risorse statali, ma è intesa solamente a ricomprendere nella nozione di aiuto non solo gli aiuti direttamente concessi dagli Stati, ma anche quelli concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli Stati.”⁸⁴

Passando all’analisi dei due sub-requisiti, per risorse statali si intendono sia le risorse propriamente dello Stato inteso come autorità centrale o federale, oltre che quelle delle entità regionali o territoriali e, in generale, delle entità soggette a un controllo diretto o indiretto da parte dello Stato indipendentemente dalla propria qualificazione giuridica.⁸⁵ Ad esempio, ai fini dell’articolo 107(1) TFUE sono considerate statali le risorse che appartengono alle imprese soggette al controllo pubblico. Al riguardo, nella sentenza *Stardust Marine*⁸⁶ la Corte ha stabilito che ogni impresa soggetta alla Direttiva 2006/111/CE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all’interno di talune imprese, deve essere qualificata come controllata pubblica e pertanto le risorse appartenenti a questa devono essere considerate risorse di Stato indipendentemente dalla percentuale di partecipazione da parte dello Stato (questo ultimo aspetto assumerà invece rilevanza nella valutazione relativa al criterio dell’imputabilità della misura allo Stato).⁸⁷ A ben vedere, la valutazione circa l’impiego di risorse pubblica verte quindi sull’individuazione del soggetto che ne può disporre e ne controlla l’impiego. Si tratta dunque di una tipologia di risorse molto vasta e variegata la cui categorizzazione non risulta talvolta di immediata comprensione.⁸⁸ Chiaramente, la

⁸⁴ Corte di Giustizia dell’UE, sentenza del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra AG c. Schlesweg AG*, para. 58.

⁸⁵ Marie Sciskalová, Michael Münster, ‘Definition and Characteristics of State Aid’ (2014) 110 *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 223, 224; Kelyn Bacon, *op. cit.*, 61.

⁸⁶ *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, *cit.*

⁸⁷ Tim Maxian Rusche, Claire Micheau, Henri Piffaut, Koen Van de Castele, *op. cit.*, 1929.

⁸⁸ Esempi di decisioni della Commissione in cui non è stata rilevata la presenza di risorse statali: Decisione della Commissione del 22 maggio 2002, n. 27/2000, *Legge che riconosce la priorità delle fonti di energia rinnovabili (legge sulle energie rinnovabili)*, Germania, GU C 164/5; Decisione della Commissione del 25 luglio 2001, n. 550/2000, *Certificati elettricità verde*, Belgio, GU C 330/3. Esempi in cui, al contrario, ne è stata rilevata la presenza: Decisione della Commissione del 04 luglio 2006, n.162/A/2003 e n.317/A/2006, *Support of electricity production from renewable sources under the Austrian Green Electricity Act (feed-in tariffs)*, Austria, para. 48-58, GU C 221/8; Decisione della Commissione 2007/580/EC del 24 aprile 2007 relativa al regime di aiuti di Stato a cui la Slovenia ha dato esecuzione nel quadro della sua normativa relativa ai produttori d’energia qualificati, GU L 219/9, para. 66-74; Decisione della Commissione 2011/528/EU del 8 marzo 2011

condizione relativa all'impiego di risorse statali è soddisfatta non solo nel caso di trasferimenti effettivi ma anche quando ci siano delle potenziali passività a carico dello Stato (ad esempio nel caso di garanzie statali) oppure delle mancate entrate (ad esempio in relazione ai benefici fiscali).

Passando al secondo sub-requisito, l'imputabilità della misura allo Stato, cioè la sua riconducibilità ad una decisione attribuibile alle autorità statali, non risulta particolarmente complessa nel caso di misure che siano la diretta conseguenza di provvedimenti legislativi.⁸⁹ Tuttavia, in altri casi il nesso inferenziale fra la misura e la volontà statale non è di immediata individuazione ed è fondamentale stabilire se l'azione del soggetto da cui la misura promana è autonoma o se sia in realtà attribuibile allo Stato.⁹⁰ La Corte, nel già citato caso *Stardust Marine*⁹¹, ha stabilito che l'imputabilità di una misura allo Stato non può essere oggetto di presunzione.⁹² In particolare, nel caso di specie si trattava di misure (fra cui prestiti, garanzie e conferimenti di capitale di rischio) concesse da controllate di Crédit Lyonnais nei confronti di *Stardust Marine*, una compagnia la cui attività principale si sviluppava sul mercato della navigazione da diporto. La Corte ha affermato il principio secondo il quale non è possibile affermare l'imputabilità statale della misura sulla base di una presunzione operata partendo dal fatto che il provvedimento in questione era stato deciso da un'impresa pubblica.⁹³ Al contrario, è necessario dimostrare che le autorità statali abbiano avuto un coinvolgimento effettivo nell'adozione della misura.⁹⁴

relativa all'aiuto di Stato per imprese a forte consumo di energia (legge sull'elettricità verde), Austria, GU L 235/42.

⁸⁹ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 66; Erika Szyszczak, 'Criterion of State Origin' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016), 71.

⁹⁰ Luca Rubini, 'The 'Elusive Frontier': Regulation under EC State Aid Law', *op. cit.*, 284.

⁹¹ *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, *cit.*

⁹² *Ex multis* Christian Koenig, Jurgen Kühling, 'EC Control of Aid Granted Through State Resources: Public Undertakings, Funds, Imputability and the Importance of How Resources are Transferred – What do Preussen Elektra and Stardust Marine tell us' (2002) 1 *European State Aid Law Quarterly* 7; Bo Vesterdorf, 'A Further Comment on the New State Aid Concept' (2005) 3 *European State Aid Law Quarterly* 393, 396-398; Andrea Biondi, 'Some Reflections on the Notion of 'State Resources' in European Community Law', *op.cit.*, 1443.

⁹³ *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, *cit.*, para. 51.

⁹⁴ *Ibid*, para. 52.

Nella medesima sentenza vengono individuati alcuni criteri che possono essere indicativi rispetto al soddisfacimento del requisito dell'imputabilità. Ad esempio la Corte fa riferimento allo status giuridico, al livello di integrazione dell'impresa con la pubblica amministrazione, alla natura delle attività esercitate dall'impresa, all'analisi dell'esercizio di queste attività in normali condizioni di mercato e alla valutazione del livello di influenza delle autorità pubbliche in relazione all'approvazione e/o regolamentazione del provvedimento.⁹⁵ Altri criteri desumibili dalla giurisprudenza e dalla prassi decisionale della Commissione sono, a titolo esemplificativo, la valutazione del modo in cui l'impresa è stata costituita⁹⁶ e il grado di influenza delle autorità pubbliche a livello di *management* dell'impresa (si fa quindi riferimento alla partecipazione azionaria statale⁹⁷, al ruolo statale rispetto alla nomina del consiglio di amministrazione⁹⁸ e alla gestione delle risorse dell'impresa⁹⁹).¹⁰⁰ L'approccio adottato è piuttosto flessibile¹⁰¹ ed è volto ad evitare che gli Stati membri eludano le regole sugli aiuti di Stato creando un'entità separata e autonoma solamente dal punto di vista formale.¹⁰²

3.1.1.4. Il requisito della selettività.

Le condizioni previste dall'articolo 107(1) TFUE sono cumulative ed hanno dunque pari valore nella valutazione circa la qualificazione di una misura come aiuto di Stato. Tuttavia, il requisito della selettività ha spesso un ruolo dirimente e l'analisi che deve essere condotta sotto questo profilo talvolta risulta particolarmente

⁹⁵ *Commissione c. Électricité de France (EDF)*, cit., para. 55-56.

⁹⁶ Decisione della Commissione 2006/513/CE del 9 novembre 2005 relativa all'aiuto di Stato al quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione a favore dell'introduzione della televisione digitale terrestre (DVB-T) nella regione di Berlino-Brandeburgo, GU L 200/14, para. 53.

⁹⁷ Si veda ad esempio Tribunale dell'UE, sentenza del 10 novembre 2011, causa T-384/08, *Elliniki Nafpigokataskevastiki AE Chartofylakeiou, Howaldtswerke-Deutsche Werft GmbH e ThyssenKrupp Marine Systems AG c. Commissione*, para. 56; Tribunale dell'UE, sentenza del 27 febbraio 2013, causa T-387/11, *Nitrogénművek Vegyipari Zrt. c. Commissione*.

⁹⁸ Si veda ad esempio Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 21 marzo 1991, Causa C-305/89, *Repubblica italiana c. Commissione (Alfa Romeo)*, para. 14-16; *Nitrogénművek Vegyipari Zrt. c. Commissione*, cit., para. 65.

⁹⁹ Si veda ad esempio Tribunale, Sentenza del 6 ottobre 2009, Causa T-8/06, *FAB Fernsehen aus Berlin GmbH c. Commissione*, para. 49.

¹⁰⁰ Kelyn Bacon *op. cit.*, 66-67.

¹⁰¹ Alaine Alexis, 'Notion d'aide d'Etat, Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002' (2002) 1 *European State Aid Law Quarterly* 149, 152.

¹⁰² Tribunale dell'UE, Sentenza del 12 dicembre 1996, Causa T-358/94, *Compagnie nationale Air France c. Commissione*, para. 62.

complessa e controversa. In particolare, il carattere selettivo assume un ruolo centrale nel caso di benefici fiscali in quando, normalmente, in questo tipo di misure gli altri requisiti richiesti sono inequivocabilmente soddisfatti mentre la selettività può essere opinabile (si veda *infra* par. 3.1.2. in merito alle principali criticità relative alla selettività negli aiuti fiscali). L'articolo 107 (1) TFUE fa riferimento alla selettività prevedendo che la misura, per rientrare nel divieto previsto, deve avere l'effetto di favorire talune imprese o talune produzioni.¹⁰³

Per comprendere la portata della definizione della nozione di misura selettiva è utile partire, per converso, dalla valutazione di cosa si intenda per misura generale. La ricostruzione del concetto di "misura generale" non è facilmente desumibile né dalla prassi decisionale della Commissione, né dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁰⁴ e assume particolare rilevanza nell'ambito delle misure fiscali. Attiene proprio a questa materia la Comunicazione della Commissione relativa alle misure di tassazione diretta delle imprese¹⁰⁵ che stabilisce come esenti dal divieto previsto dall'articolo 107 (1) TFUE le misure che siano generali in relazione al loro scopo e che forniscano benefici all'economica nel suo insieme.¹⁰⁶ Questa definizione è applicabile in via generale anche a misure non fiscali che possono essere considerate generali quando i beneficiari non vengono definiti preliminarmente e l'accesso è condizionato al soddisfacimento di criteri oggettivi che permettano il conferimento potenziale a un numero indefinito di imprese.¹⁰⁷ Tuttavia, la modalità di applicazione di queste condizioni non è facilmente identificabile in astratto

¹⁰³ Si veda, Roberto Cisotta, 'Criterion of Selectivity' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).

¹⁰⁴ Cristina Romariz, 'Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law - Or the Ghost of Yet-to-Come' (2014) 1 *European State Aid Law Quarterly* 39, 40.

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, GU C 384/3, para. 13 che cita: "Le misure fiscali a favore di tutti gli agenti economici che operano sul territorio di uno Stato membro sono, in linea di principio, misure di carattere generale. Devono essere effettivamente destinate a tutte le imprese su una base di parità di accesso e il loro ambito non deve essere di fatto ridotto, ad esempio, dal potere discrezionale dello Stato nella loro concessione o attraverso altri elementi che ne limitino gli effetti pratici. Questa condizione non restringe tuttavia il potere degli Stati membri di scegliere la politica economica che ritengono più appropriata e, in particolare, di ripartire la pressione fiscale nella maniera prescelta sui diversi fattori di produzione. Non costituiscono aiuto di Stato, purché si applichino indistintamente a tutte le imprese e tutte le produzioni."

¹⁰⁶ Cristina Romariz, *op. cit.*, 40.

¹⁰⁷ Jakub Kociubiński, 'Selectivity Criterion in State Aid Control' (2012) 2(1) *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 4.

poiché in realtà non si fa mai riferimento a tutte le imprese attive sul mercato ma a un particolare gruppo di imprese, cioè quelle in una posizione giuridica e fattuale simile. Inoltre, anche il concetto di parità di trattamento dipende da diversi fattori, uno fra tutti la prospettiva più o meno ampia con la quale si considera la misura.¹⁰⁸ In questo contesto, assume poi particolare rilevanza il principio stabilito nel caso *Italia c. Commissione*¹⁰⁹ dove la Corte ha ricordato che l'analisi della misura deve essere basata sugli effetti concreti prodotti da questa, non considerando come dirimente la struttura formale del provvedimento. Infatti, talvolta, anche misure statali che siano dirette a un numero indefinito di beneficiari possono essere considerate aiuti di Stato.¹¹⁰ Inoltre la misura può essere considerata generale anche dal punto di vista geografico, considerandola dunque tale nel caso in cui tutte le regioni o tutte le aree geografiche dello Stato siano coinvolte.¹¹¹ In modo speculare è quindi possibile distinguere due elementi all'interno del concetto di selettività: il primo è quello geografico e il secondo è quello materiale.

Le misure selettive dal punto di vista geografico, nozione frutto di una giurisprudenza in merito chiara e costante¹¹² solitamente consistono in provvedimenti applicabili solo a una parte del territorio nazionale che garantiscono alle imprese di quel territorio un trattamento di favore rispetto alle altre.¹¹³ La selettività geografica è anche nota come selettività regionale in quanto riguarda misure solitamente destinate allo sviluppo regionale o comunque dirette a aree geografiche limitate dello Stato membro. Pronuncia di riferimento in merito è la sentenza *Repubblica portoghese c. Commissione (caso Azzorre)*,¹¹⁴ dove la Corte ha confermato la posizione della Commissione¹¹⁵ in merito a una decisione di

¹⁰⁸ Mona Aldestam, *EC State Aid Rules Applied to Taxes – an Analysis of the Selectivity Criterion* (Iustus Förlag 2005) 68-73.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 2 luglio 1974, Causa C-173/73, *Repubblica italiana c. Commissione*, para. 13.

¹¹⁰ Bartłomiej Kurcz, Dimitri Vallindas 'Can General Measures be...Selective? Some Thoughts on the Interpretation of State Aid Definition' (2008) 45(1) *Common Market Law Review* 159, 168.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Paolisa Nebbia, 'Il concetto di aiuto di stato' in Lorenzo F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* (Jovene Editore 2013) 503.

¹¹³ Mona Aldestam, *op. cit.*, 6.

¹¹⁴ *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee, cit.*, para. 58.

¹¹⁵ Decisione della Commissione 2003/442/CE dell'11 dicembre 2002 relativa alla parte del regime recante adeguamento del sistema fiscale nazionale alle specificità della Regione autonoma delle Azzorre che riguarda le riduzioni delle aliquote dell'imposta sul reddito, GU L 150/52.

incompatibilità con il Mercato interno di uno schema fiscale consistente nella riduzione delle aliquote d'imposta nazionale sul reddito applicabile solo alla Regione Autonoma delle Azzorre. In particolare, la Corte ha stabilito che una misura può essere considerata generale nonostante non sia applicabile a tutto il territorio nazionale in quanto

“non si può escludere che un'entità infrastatale sia dotata di uno statuto di fatto e di diritto che la renda sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale di uno Stato membro affinché, grazie alle misure adottate, sia la detta entità, e non il governo centrale, a rivestire un ruolo fondamentale nella definizione dell'ambiente politico ed economico in cui operano le imprese. In tali circostanze, il territorio nel quale esercita la sua competenza l'entità infrastatale che ha adottato il provvedimento, e non il territorio nazionale nella sua totalità, rappresenta il contesto rilevante per accertare se un provvedimento adottato da tale entità favorisca determinate imprese rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal provvedimento o dal regime giuridico interessato”.¹¹⁶

Nel contesto della selettività geografica, è possibile tipizzare tre situazioni paradigmatiche: la prima è il caso in cui l'autorità centrale decida unilateralmente di limitare l'effetto di una misura a una parte del territorio, il secondo consiste nel caso in cui la misura sia adottata da un ente territoriale in un ordinamento in cui tutte le autorità locali possano adottare liberamente provvedimenti entro il limite delle competenze loro concesse (*cd.* devoluzione simmetrica dei poteri), il terzo e ultimo caso riguarda invece situazioni in cui un ente sufficientemente autonomo rispetto al potere centrale, in conformità al principio di sussidiarietà e decentralizzazione, adotti la misura in questione (*cd.* devoluzione asimmetrica dei poteri).¹¹⁷ In relazioni a questi tre possibili scenari i risvolti rispetto al carattere

¹¹⁶ *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee, cit.*, para. 58.

¹¹⁷ Paolisa Nebbia, *op. cit.*, 503; Julie Bousin, Jorge Piernas, 'Developments in the Notion of Selectivity' (2008) 4 *European State Aid Law Quarterly* 634, 645; Bartłomiej Kurcz, 'How Selective is Selectivity? A Few Thoughts on Regional Selectivity' (2007) 66 *Cambridge Law Journal* 313, 319.

selettivo della misura variano in quanto, necessariamente, muta il quadro di riferimento. In particolare, nel caso di misure adottate da enti infrastratali, diventa centrale la valutazione circa il livello di autonomia di quest'ultimo rispetto al governo centrale. Nel caso *Azzorre* la Corte, accogliendo l'impostazione proposta dall'Avvocato Generale Geelhoed¹¹⁸, ha stabilito i criteri per stabilire la "sufficiente autonomia"¹¹⁹ dell'ente che riguardano tre aspetti: la separazione sul piano costituzionale rispetto all'autorità centrale sia dal punto di vista politico che giuridico (autonomia istituzionale), l'autonomia procedurale dell'ente che escluda la possibilità per lo Stato di intervenire nelle scelte discrezionali ed, infine, il fatto che sia dotato di autonomia finanziaria in modo che le conseguenze economiche della misura non siano sopportate dal *budget* del governo centrale o degli altri enti territoriali.¹²⁰

Lo stesso tipo di analisi è stato utilizzato nel caso *UGT Rioja*¹²¹, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia che riguardava l'aliquota fiscale stabilita dalle autorità dei Paesi Baschi, regione autonoma spagnola, che era contestata perché più bassa rispetto al resto della Spagna. La Corte, ripercorrendo l'analisi prevista nel caso *Azzorre*, ha affermato che tutti i criteri erano rispettati e che, essendo l'ente territoriale da considerarsi sufficientemente autonomo, la misura era da considerarsi non selettiva. Inoltre, la Corte in questa occasione ha evidenziato come non sia possibile inferire la mancanza di autonomia economica dell'ente territoriale dal mero fatto che vi siano dei trasferimenti di risorse finanziarie fra l'autorità centrale e quella territoriale. Al contrario, è necessario il nesso causale fra uno specifico trasferimento e la copertura dei costi derivanti dal provvedimento.¹²²

¹¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale L. A. Geelhoed presentate il 20 ottobre 2005 in relazione alla causa *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee*, cit. La Corte ha abbassato il livello di dipendenza richiesto rispetto a quanto previsto dall'analisi dell'Avvocato Generale il quale richiedeva che l'ente fosse "effettivamente autonomo".

¹¹⁹ *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee*, cit., para. 58.

¹²⁰ *Ibid*, 67; cfr. Jakub Kociubiński, *op. cit.*, 7; William Lindsay-Poulsen, 'Regional Autonomy, Geographic Selectivity and Fiscal Aid: Between 'The Rock' and a Hard Place' (2008) 29 *European Competition Law Review* 43; Paolisa Nebbia, *op. cit.*, 503; Julie Bousin, Jorge Piernas, *op. cit.*, 645; Jose Luis da Cruz Vilaca, 'Material and Geographic Selectivity in State Aid - Recent Developments' (2009) 4 *European State Aid Law Quarterly* 443, 449.

¹²¹ *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri*, cit.

¹²² Jakub Kociubiński, *op. cit.*, 8; Julie Bousin, Jorge Piernas, *op. cit.*, 650.

La seconda anima del requisito della selettività è rappresentata dalla selettività materiale, nozione che nella sua applicazione concreta risulta notevolmente più complessa e controversa rispetto a quella geografica. La selettività materiale è la caratteristica di misure di sostegno dirette ad un numero ristretto di imprese. Il suo apprezzamento richiede quindi una valutazione in concreto dell'effettiva differenza di trattamento. È possibile individuare due fattispecie in cui misure che abbiano un effetto limitato a talune imprese non ricadano tuttavia nella nozione di selettività. Ciò avviene quando il beneficiario della misura non sia in una posizione comparabile con quella dei soggetti esclusi, oppure quando il trattamento differente possa essere giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema.¹²³

Tali situazioni peculiari sono riscontrabili nei tre livelli di cui è composta l'analisi relativa a questo requisito, che ha natura comparativa ed è elaborata in sede giurisprudenziale. Il primo livello richiede di individuare un sistema generale di riferimento pertinente; il secondo passaggio mira a valutare se la misura sia *prima facie* selettiva rispetto a tale sistema generale; infine, il terzo ed ultimo livello riguarda il possibile giudizio di compatibilità della misura con la natura della misura o la struttura generale del sistema.¹²⁴ Pertanto, la valutazione consiste nello stabilire se “nell'ambito di un dato regime giuridico, la misura nazionale in discussione sia tale da favorire ‘talune imprese o talune produzioni’ rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito da detto regime e che sono quindi oggetto di un trattamento differenziato idoneo, in sostanza, ad essere qualificato come discriminatorio”.¹²⁵ Questo tipo di processo valutativo può essere inteso come l'applicazione nel settore degli aiuti di Stato del principio di equità di trattamento, secondo il quale bisogna trattare in modo uguale situazioni eguali e in modo diverso situazioni differenti a meno che la differenza di trattamento sia giustificato in modo oggettivo.¹²⁶

¹²³ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 68.

¹²⁴ Corte di giustizia, sentenza dell'8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, para. 41-42.

¹²⁵ *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a., cit.*, para. 54.

¹²⁶ Miro Prek, Silvere Lefèvre, ‘The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice’ (2012) 2 *European State Aid Law Quarterly* 335, 336.

Il primo livello dell'analisi riguarda l'individuazione del sistema di riferimento e consiste quindi nell'identificazione di un modello, del quadro normativo normalmente applicabile,¹²⁷ rispetto al quale comparare la misura in modo da valutarne gli effettivi selettivi. Il secondo consiste invece nel verificare la selettività *prima facie* della misura controversa confrontandola con il paradigma generale identificato. L'individuazione di quest'ultimo può talvolta risultare più semplice o, quanto meno, definibile come nel caso delle misure fiscali in cui il modello di riferimento consiste sempre nel sistema di "normale" tassazione. Nei casi in cui questo non sia definibile in modo così diretto è necessario prendere in analisi gli obiettivi perseguiti dalla misura in questione.¹²⁸

Il riferimento all'obiettivo perseguito può essere fuorviante per il ruolo ambiguo che questo riveste nell'ambito dell'analisi della selettività materiale. Infatti, l'introduzione nell'analisi di un elemento che si colloca logicamente *ex ante* rispetto alla misura è difficilmente conciliabile con una valutazione che si basa tipicamente sugli effetti *ex post* di quest'ultima. Le pronunce *British Aggregates*¹²⁹ e *Dutch NOx (Ossidi d'azoto)*,¹³⁰ entrambe aventi ad oggetto misure che avevano implicazioni a livello di tutela ambientale (un'ecotassa sui c.d. aggregati e un sistema di scambio di diritti di emissione per gli ossidi di azoto), si sono concentrate su questo aspetto. Tuttavia, tali sentenze non possono dirsi risolutive della contraddizione relativa alla valutazione degli obiettivi. Nemmeno la dottrina è chiara sul punto poiché le posizioni al riguardo sono discordanti.¹³¹

Il terzo livello dell'analisi riguarda le misure che sono state considerate *prima facie* selettive, ma che possono essere considerate lecite poiché giustificate dalla natura o dalla struttura generale del sistema. Questo principio è stato affermato per la prima

¹²⁷ Cristina Romariz, *op. cit.*, 41.

¹²⁸ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 69.

¹²⁹ Tribunale, sentenza del 13 settembre 2006, causa T-210/02, *British Aggregates Association c. Commissione*; Corte di giustizia, sentenza del 22 dicembre 2008, causa C-487/06 P, *British Aggregates Association c. Commissione e Regno Unito*.

¹³⁰ *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, *cit.*

¹³¹ Andrea Biondi, 'State Aid is Falling Down, Falling Down: An Analysis of the Case Law on the Notion of Aid' (2013) 50(6) *Common Market Law Review*, 1719, 1732; Andreas Bartosch, 'Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity?' (2010) 3 *Common Market Law Review* 729, 729; Miro Prek, Silvere Lefèvre, *op. cit.*, 337.

volta dalla Corte nel caso *Italia c. Commissione*¹³², ma è stato più volte riconfermato in varie pronunce¹³³, talvolta con sfumature differenti, ma facendo comunque sempre riferimento ad una valutazione di coerenza fra la misura e la *ratio* del sistema generale di riferimento di cui il provvedimento stesso fa parte.¹³⁴ Alcuni autori hanno evidenziato come questo passaggio non debba in realtà essere considerato separatamente rispetto agli altri due ma che, anzi, sia necessaria un'analisi unitaria e maggiormente comprensiva che non releghi in compartimenti stagni i diversi stadi della valutazione.¹³⁵ In questo passaggio dell'analisi, se lo Stato membro fonda le proprie argomentazioni relative al carattere non selettivo della misura proprio sulla base della coerenza di quest'ultima con la natura o la struttura generale del sistema l'onere della prova viene invertito.¹³⁶ Tale argomentazione inoltre deve essere sufficientemente precisa e dettagliata poiché questo principio è stato inteso in maniera piuttosto restrittiva. Infatti, la giustificazione non può essere basata su principi generici e ampi quali, ad esempio, scopi ambientali o sociali ma deve essere specifico e derivabile dalla logica interna del sistema e deve dunque essere intrinseco a questo.¹³⁷ Di riflesso la scelta di adottare una misura selettiva deve essere coerente con la giustificazione che viene eccepita e deve essere in linea con il principio di proporzionalità. Due esempi in cui la Corte non ha accettato la giustificazione proposta dallo Stato Membro sono le già citate sentenze *British Aggregates* e *Ossidi d'azoto*. Ci sono invece casi in cui le misure in questione sono state considerate non selettive in quanto giustificate dalla natura o struttura del sistema, ad esempio nel caso di un sistema fiscale dove venga stabilita un'aliquota progressiva sul reddito oppure una tassazione sui profitti poiché in queste situazioni i provvedimenti possono essere agilmente giustificati alla stregua del fine redistributivo perseguito dal sistema fiscale (il quale è appunto da considerarsi sistema generale di riferimento verso il quale la misura contesa ha

¹³² Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 2 luglio 1974, Causa C-173/73, *Repubblica italiana c. Commissione*, para. 15.

¹³³ *Adria-Wien, cit.*, para. 42; Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 29 aprile 2004, Causa C-159/01 *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione*, para. 42.

¹³⁴ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 77-78.

¹³⁵ Miro Prek, Silvere Lefèvre, *op. cit.*, 337; Andrea Biondi, 'State Aid is Falling Down, Falling Down: An Analysis of the Case Law on the Notion of Aid', *op. cit.*, 1737.

¹³⁶ Kelyn Bacon, *op. cit.*, 77.

¹³⁷ *Ibid.*, 78-79.

un obbligo di coerenza).¹³⁸ Altri esempi, meno frequenti, ma tuttavia presenti nella giurisprudenza della Corte, sono casi ancora di natura fiscale ma selettivi in relazione al settore economico di appartenenza,¹³⁹ alla differenza di aliquota applicata alla tassa sui premi assicurativi¹⁴⁰ o concernenti esenzioni dall'applicazione delle imposte sulle imprese per cooperative di lavoratori o produttori.¹⁴¹

Nel descrivere la nozione di selettività, è necessario operare una ulteriore distinzione fra misure *ad hoc* e schemi di aiuto. Infatti la determinazione delle imprese beneficiarie dell'aiuto può avvenire in diversi modi, la differenza fra questi due tipi di misure consiste principalmente nel fatto che la prima richiede una decisione individuale, mentre la seconda dipende dall'adozione di un provvedimento di natura legislativa o di regolamentazione.¹⁴² In entrambi i casi è necessario un vaglio per determinare la selettività o meno della misura in quanto, come già evidenziato in precedenza, non la forma ma gli effetti del provvedimento devono essere presi in considerazione poiché anche misure che appaiano generali a un'analisi superficiale possono poi dimostrarsi selettive o vice versa.¹⁴³ Tuttavia, come affermato dalla Corte nella sua pronuncia nel caso MOL,¹⁴⁴ l'analisi che deve essere condotta per misure *ad hoc* e schemi di aiuto si differenzia per il fatto che nel primo caso il requisito della selettività può essere oggetto di una presunzione.¹⁴⁵ La questione assume particolare rilevanza in relazione a misure di tassazione diretta

¹³⁸ Si veda, ad esempio: Tribunale, Sentenza del 9 settembre 2009, Cause T-227/01 a T-229/01, T-265/01, T-266/01 e T-270/01, *Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava e Comunidad autónoma del País Vasco - Gobierno Vasco e altri c. Commissione*, para. 179.

¹³⁹ Decisione della Commissione del 7 febbraio 2007, N 820/06, Tax exemptions for certain energy intensive processes, Germania, GU C 80/1.; Decisione della Commissione del 12 settembre 2007, N 184/07, Cuneo Fiscale, Italia, GU C 245/1.

¹⁴⁰ Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 29 aprile 2004, Causa C-308/01, *GIL Insurance Ltd e altri c. Commissioners of Customs & Excise*, para. 73-78.

¹⁴¹ *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, cit., para. 71-76.

¹⁴² Mona Aldestam, *op. cit.*, 80.

¹⁴³ *Ibid*, 81-83.

¹⁴⁴ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 4 giugno 2015, causa C-15/14 P *Commissione europea c. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt*, para. 60.

¹⁴⁵ Nieves Bayón Fernández, 'The Selective Advantage Criterion in Tax Rulings: The Path Towards a More Coherent and Thorough Analysis of Selectivity' (2021) 12(3) *Journal of European Competition Law & Practice* 200, 201 ss.

ed è stata oggetto di attenzione in occasione dei casi relativi ai *tax rulings* (si veda *infra* par. 3.2.1.).

La recente giurisprudenza della Corte ha poi individuato un'ulteriore distinzione all'interno della nozione di selettività materiale. Infatti, nel caso *Gibilterra*,¹⁴⁶ la Corte ha delineato il concetto di selettività materiale giuridica, contrapposto alla selettività materiale di fatto. La prima è determinata direttamente dai criteri giuridici utilizzati per la concessione della misura. La seconda si concentra invece sugli effetti discriminatori della misura nonostante la generalità dei caratteri formali di questa. Nel caso *Gibilterra* la misura contestata riguardava una riforma del sistema di imposizione societaria costituito da un'imposta sul monte salari (*payroll tax*), un'imposta sull'occupazione di beni immobili a uso commerciale (*business property occupation tax*) e da una tassa di registro (*registration fee*). Tale fattispecie è riconducibile alla selettività materiale di fatto poiché la misura in oggetto consisteva in un sistema di imposizione che, seppur applicabile formalmente a tutte le società stabilite a Gibilterra, favoriva quelle *offshore*.¹⁴⁷

3.1.1.5. L'alterazione della concorrenza ed il pregiudizio al commercio degli Stati membri.

L'ultimo requisito richiesto dal Trattato per qualificare una misura come aiuto di Stato consiste in un duplice requisito che prende in considerazione da un lato la distorsione della concorrenza e dall'altro l'effetto della misura sugli scambi intra-comunitari.¹⁴⁸ Si tratta di criteri considerati residuali in quanto nella prassi l'analisi dell'effettivo impatto concorrenziale della misura risulta estremamente sbrigativo e meramente formale,¹⁴⁹ tanto da essere definiti talvolta come “condizioni negative”.¹⁵⁰ Questo aspetto è fortemente criticato dalla dottrina in quanto, in questo

¹⁴⁶ *Commissione europea e Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, *cit.*

¹⁴⁷ *Ibid*, par 101 *ss.*

¹⁴⁸ Si veda Erika Szyszczak, 'Distortion of Competition and Effect on Trade between UE Member States' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).

¹⁴⁹ Cristoforo Osti, 'Di alcuni problemi degli aiuti di Stato' (2006) 3 *Mercato concorrenza regole* 429, 443-444.

¹⁵⁰ Andrea Biondi, 'State Aid is Falling Down, Falling Down: An Analysis of the Case Law on the Notion of Aid', *op. cit.*, 1720.

capovolgimento delle priorità, si denota come il formalismo in questo ambito abbia preso il sopravvento rispetto ad un'analisi volta a valutare l'effettivo impatto delle misure in questione sulla concorrenza e sul mercato.¹⁵¹ Questi due criteri, seppur separati dal punto di vista della formulazione letterale della norma, solitamente sono stati considerati dalla Corte.¹⁵² Nonostante questa prassi, i due criteri non possono dirsi equivalenti e, quindi, perfettamente sovrapponibili.¹⁵³

Uno dei punti cruciali consiste nel comprendere se tutte le misure statali che integrino gli altri requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE, comportino un'inevitabile distorsione della concorrenza e pregiudichino gli scambi o se tali effetti debbano essere di volta in volta verificati. Nel primo caso, si tratterebbe dunque di una sorta di presunzione che permette deroghe solo in caso di prova contraria, mentre nel secondo sarebbe necessaria un'analisi di tipo economico approfondita che qualificherebbe questi due criteri alla stregua di un vero e proprio requisito costitutivo della nozione di aiuto di Stato.

L'impostazione della Corte è prevalentemente orientata sulla prima delle posizioni presentate. Nella sua pronuncia nel caso *Phillip Morris*¹⁵⁴, la Corte ha stabilito che "Allorché un aiuto finanziario concesso dallo Stato rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto. [...] Queste circostanze [...] costituiscono una giustificazione sufficiente a consentire alla Commissione di ritenere che l'aiuto progettato sia tale da incidere sugli scambi fra Stati membri e minacci di falsare la concorrenza fra le imprese situate in diversi Stati membri."¹⁵⁵ Si tratta dunque di una presunzione che permette l'automatica soddisfazione dei requisiti della distorsione della concorrenza e del pregiudizio sul commercio nel

¹⁵¹ *Ibid*, 432.

¹⁵² Paolisa Nebbia, *op. cit.*, 509.

¹⁵³ Fiona Wishlade, Rona Michie, 'Il 'Vaso di Pandora' e 'l'Oracolo di Delfi': la Politica di Coesione Europea e il Rispetto delle Norme sugli Aiuti di Stato' (2009) 3 *Rivista giuridica del mezzogiorno* 877, 886.

¹⁵⁴ Corte di giustizia dell'UE, Sentenza del 17 settembre 1980, Causa 730/79, *Philip Morris Holland BV c. Commissione*.

¹⁵⁵ *Ibid*, para. 11-12.

caso in cui gli altri criteri (in particolare il vantaggio selettivo¹⁵⁶ e l'impiego di risorse statali¹⁵⁷) siano verificati.

Successivamente tale orientamento si è parzialmente modificato in quanto questa netta presunzione si è mitigata. Infatti, la Corte ha iniziato a richiedere alla Commissione una motivazione in relazione ai requisiti in analisi, accogliendo ricorsi fondati proprio sulla carenza di motivazione in questo senso¹⁵⁸ oppure censurandone¹⁵⁹ o sindacandone¹⁶⁰ le decisioni per le medesime ragioni. Inoltre, la dimostrazione dell'effetto distorsivo della misura fatto dalla Commissione deve tenere conto il mercato rilevante, la sua struttura, il volume degli scambi intracomunitari, la durata della misura, la quota di mercato detenuta dal beneficiario e quelle detenute dai concorrenti, l'obiettivo della misura e l'eventuale rafforzamento del beneficiario di una posizione dominante.¹⁶¹ Gli aiuti di Stato possono avere ripercussioni sulla concorrenza in vari modi,¹⁶² ma ai fini della valutazione della distorsione della concorrenza e degli effetti sul commercio non rilevano solo gli effetti attuali, ma anche quelli potenziali della misura.¹⁶³ Infatti la Corte nella sentenza *Libert e altri*¹⁶⁴ ha confermato che “per qualificare una misura nazionale come aiuto di Stato, non è necessario dimostrare una reale incidenza di tale aiuto sugli scambi tra gli Stati membri e un'effettiva distorsione della concorrenza, ma basta esaminare se l'aiuto sia idoneo a incidere su tali scambi e a falsare la concorrenza”.¹⁶⁵ È necessario infine ricordare che, nel caso in cui la

¹⁵⁶ Jose Luis da Cruz Vilaca, *op. cit.*, 443-448.

¹⁵⁷ Bartłomiej Kurcz, *op. cit.*, 314.

¹⁵⁸ Corte di giustizia dell'UE, Sentenza del 14 novembre 1984, Causa 323/82, *SA Intermills c. Commissione*, para. 38.

¹⁵⁹ Corte di giustizia dell'UE, Sentenza del 13 marzo 1985, Cause riunite 296 e 318/82, *Regno dei Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek BV c. Commissione*, para. 24; Corte di giustizia dell'UE, Sentenza del 24 ottobre 1996, Cause riunite C-329/93, C-62/95 e C-63/95, *Repubblica federale di Germania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH e Bremer Vulkan Verbund AG c. Commissione*, para. 53.

¹⁶⁰ Corte di giustizia dell'UE, Sentenza del 14 febbraio 1990, Causa C-301/87, *Repubblica francese c. Commissione*, para. 44.

¹⁶¹ Alice Pisapia, *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali* (CEDAM, 2012) 24.

¹⁶² Paul Heidhues, Rainer Nitsche, 'Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach' (2006) 1 *European State Aid Law Quarterly* 23.

¹⁶³ Paolisa Nebbia, *op. cit.*, 510.

¹⁶⁴ Corte di Giustizia dell'UE, sentenza dell'8 maggio 2013, cause riunite C-197/11 e C-203/11, *Eric Libert e altri c. Gouvernement flamand e All Projects & Developments NV e a. c. Vlaamse Regering*.

¹⁶⁵ *Ibid*, para. 76. Si veda anche Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 15 dicembre 2005, causa C-148/04, *Unicredito Italiano SpA c. Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1*, para. 54; Corte di

misura sia rivolta a un'impresa che svolge la sua attività in un mercato non aperto alla concorrenza, la disciplina degli aiuti di Stato non opera¹⁶⁶ ma, nel caso in cui il settore venga successivamente liberalizzato, l'aiuto assume rilevanza e va considerato alla stregua di un aiuto esistente.¹⁶⁷

3.1.2. Le peculiarità degli aiuti fiscali: la selettività

La qualificazione di una misura fiscale alla stregua di un aiuto di Stato dipende, come qualsiasi altro tipo di misura, dall'identificazione dei criteri descritti nei paragrafi precedenti. Tuttavia, alla luce delle specificità che caratterizzano gli aiuti fiscali da altri tipi di misure, è importante sottolineare alcune peculiarità che li contraddistinguono.¹⁶⁸

Ad una prima analisi del fenomeno, è chiaro che le misure fiscali implicano una sorta di capovolgimento dell'approccio rispetto all'analisi della misura. Infatti, i benefici fiscali si inquadrano in un contesto nel quale vi è di norma un naturale intervento statale e la tutela della concorrenza è garantita dalla limitazione di provvedimenti che eccepiscono a questa regola introducendo differenziazioni fra contribuenti non giustificate.¹⁶⁹ Si tratta di un'azione di rinuncia da parte delle autorità statali a una parte delle proprie entrate mediante l'introduzione di un'eccezione alla regola generale. Nel linguaggio degli aiuti di Stato, la perdita di gettito fiscale "è equivalente al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale"¹⁷⁰ indipendentemente dal fatto che la misura sia imputabile allo Stato o a una sua articolazione dotata di potestà tributaria.¹⁷¹ In particolare, l'aiuto può

Giustizia dell'U.E, sentenza del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato e Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, para. 140.

¹⁶⁶ Paolisa Nebbia, *op. cit.*, 510.

¹⁶⁷ Tribunale dell'UE, sentenza del 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta Mauro e altri c. Commissione*, para. 143.

¹⁶⁸ Sul tema, si veda *ex multis*: Andrea Quattrocchi, *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario* (Wolters Kluwer: CEDAM 2020); Ioanna Papadamaki, *op. cit.*; Chiara Fontana, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale* (Giappichelli 2012).

¹⁶⁹ Wolfgang Schön, 'Taxation and State Aid Law in the European Union' (1999) 36 *Common Market Law Review* 911, 920.

¹⁷⁰ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *cit.*, para. 10.

¹⁷¹ Chiara Fontana, *op. cit.* 61.

derivare sia da disposizioni fiscali di natura legislativa, regolamentare o amministrativa che essere attuato per il tramite di pratiche poste in essere dall'amministrazione fiscale.¹⁷²

Gli aiuti fiscali sono dunque qualificabili come negativi, in quanto non comportano un esborso da parte dello Stato ma implicano un mancato guadagno e, pertanto, a causa delle loro specificità, necessitano di un adattamento della disciplina. Al contrario, guardando ad altri tipi di misure, l'archetipo dell'aiuto di Stato consiste in un intervento statale attivo che interferisce nelle ordinarie dinamiche concorrenziali fra imprese. Inoltre, come già ricordato, la materia fiscale è per sua natura particolarmente sensibile per il ruolo che riveste nell'ambito della sovranità nazionale. Pertanto, l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato a questa materia ben rappresenta "la tensione esistente nell'ambito del processo di integrazione fra la logica, sottesa al Trattato, favorevole ad un'economia di mercato aperta e concorrenziale ed una competenza, quella fiscale, gelosamente custodita entro il perimetro della sovranità nazionale".¹⁷³

Il requisito della selettività rappresenta l'elemento spesso decisivo per determinare la compatibilità degli aiuti fiscali con l'articolo 107 TFUE.¹⁷⁴ Pertanto, il significato attribuito a questo criterio ha delle conseguenze rilevanti sul piano delle scelte di politica fiscale degli Stati membri. L'estensione della nozione di selettività è stato dunque oggetto di un esteso dibattito dottrinale ed un acceso contrasto giurisprudenziale, tanto che la valutazione ad esso sottesa è stata descritta "*a difficult exercise with an uncertain outcome*".¹⁷⁵ In questo contesto, l'applicazione degli altri requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE non implica generalmente un discostamento apprezzabile rispetto alla disciplina generale. Si noti però che talvolta l'analisi della Corte di giustizia e della Commissione in questo ambito finisce per tradursi in una valutazione complessiva che non distingue in modo netto

¹⁷² Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *cit.*, para. 10.

¹⁷³ Giovanni Pitruzzella, *op. cit.*, 32.

¹⁷⁴ Andreas Bartosch, 'On Being Selective in Selectivity' (2009) 4 European State Aid Law Quarterly 433, 434.

¹⁷⁵ Conclusioni dell'AG Jacobs presentate il 26 ottobre 2000, *PreussenElektra*, *cit.*, para. 157.

l'esame delle diverse condizioni, dando importanza primaria e quasi esclusiva al criterio della selettività.¹⁷⁶

Il fatto che il criterio della selettività sia un requisito dirimente soprattutto in materia fiscale si denota anche dal fatto che nell'analizzare i casi che hanno maggiormente contribuito allo sviluppo del concetto di selettività (si veda *supra* par. 3.1.1.4.), il *file rouge* che li lega è il fatto che il provvedimento contestato sia una misura fiscale. Come si è evidenziato in quella sede, il requisito della selettività in materia di aiuti fiscali è un tema complesso, soprattutto per la costante evoluzione cui è soggetto.¹⁷⁷ Inoltre, talvolta la valutazione circa la sussistenza dell'aiuto non viene condotta analizzando i singoli requisiti separatamente ma si riscontra la tendenza alla commistione di criteri diversi, come ad esempio il vantaggio economico e la selettività.¹⁷⁸ Questa profilo è particolarmente evidente nei casi relativi ai *tax rulings*¹⁷⁹ (si veda *infra* par. 3.2.1.) come anche in molte altre pronunce in materia di aiuti fiscali come ad esempio nei noti casi *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*¹⁸⁰ e *Paint Graphos*¹⁸¹ che verranno brevemente analizzati nei paragrafi seguenti.

Inoltre, analizzando la giurisprudenza della Corte, si evidenzia la tendenza ad un'interpretazione estensiva della nozione di selettività. Le altre due pronunce selezionate per l'analisi che segue (*World Free Group SA*¹⁸² e *Hansestadt Lübeck*¹⁸³) contribuiscono a consolidare tale approccio ponendo confini estremamente ampi al concetto e chiarendo la portata del caso *Gibilterra*. Come si

¹⁷⁶ Michael Lang, 'State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of the ECJ' (2012) 2 European State Aid Law Quarterly 411, 418.

¹⁷⁷ Sull'evoluzione giurisprudenziale in materia, si veda Andrea Biondi, 'Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali' in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne* (Giappichelli 2018).

¹⁷⁸ Thomas Jaeger, 'From Santander to LuxLeaks – and back' (2015) 3 European State Aid Law Quarterly 345, 350-351; Hugo López López, 'General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters' (2010) 4 European State Aid Law Quarterly 807, 808-810.

¹⁷⁹ Per un recente contributo sul tema, si veda Nieves Bayón Fernández, *op. cit.*

¹⁸⁰ *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *cit.*

¹⁸¹ *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, *cit.*

¹⁸² *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a., cit.*,

¹⁸³ Corte di giustizia dell'UE, sentenza del 21 dicembre 2016, Causa C-524/14 P, *Commissione europea contro Hansestadt Lübeck*.

vedrà, una tale impostazione rischia di far rientrare nella nozione di aiuto fiscale un numero elevato di misure fino ad ora non considerate tali, accrescendo l'incisività del controllo della Commissione sulle scelte di politica economica e fiscale nazionale, attraverso l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato.¹⁸⁴ La conseguenza di una tale estensione è che il fulcro della valutazione viene spostato dalla selettività al vantaggio, rendendo pressoché irrilevante il primo a causa dell'eccessiva ampiezza della nozione.

Come evidenziato in relazione al problema della commistione fra requisiti nella valutazione delle misure fiscali, anche la tendenza all'ampliamento della nozione di aiuto di Stato e la conseguente compressione della sovranità fiscale statale è un fenomeno che trova riscontro nelle decisioni relative ai casi relativi ai *tax rulings*. Tali decisioni, pur avendo ad oggetto misure molto diverse rispetto a quelle analizzate nelle sentenze in questione rilevano in questa sede in quanto mettono in luce alcuni elementi di comunanza nell'atteggiamento della Commissione e della Corte di giustizia. Infatti, nelle decisioni relative ai *tax rulings* si è resa evidente la volontà della Commissione di operare un intervento più intenso nelle scelte fiscali nazionali,¹⁸⁵ così come nella giurisprudenza della Corte citata.

Quanto osservato rispetto al concetto di selettività e alla sua estensione solleva interessanti questioni relativamente al ruolo che le istituzioni europee svolgono o possono svolgere nelle scelte di natura fiscale poste in essere dagli Stati membri. Infatti, premesso il fatto che gli Stati sono limitati nella propria discrezionalità nella misura in cui questa interferisca con l'effettiva applicazione del diritto UE¹⁸⁶ e che il divieto di aiuti di Stato è una disciplina applicabile orizzontalmente a tutti i settori (compresa la materia fiscale), una tale estensione del concetto di selettività e della nozione di aiuto fiscale comporta l'attribuzione *de facto* alle istituzioni europee di

¹⁸⁴ Jacques Derenne, 'Commission v. World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?' (2017) 8(5) Journal of European Competition Law & Practice 311, 313.

¹⁸⁵ Si veda, *ex multis*, con riferimento ai limiti imposti dall'UE alla sovranità fiscale nazionale con le decisioni sui *tax rulings*: Liza Lovdahl Gormsen, 'EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga' (2016) 7(6) Journal of European Competition Law & Practice 369; Marco Greggi, 'Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei *tax rulings*' (2016) 4 Quaderni Costituzionali 817.

¹⁸⁶ Loïc Azoulai, 'The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?' (2011) 4(2) European Journal of Legal Studies 192.

un potere di intervento potenzialmente illimitato sulle scelte di fiscalità diretta degli Stati membri.¹⁸⁷ Seppur le istituzioni detengano la competenza di interpretare la nozione di aiuto di Stato ed intervenire in conformità a tale interpretazione, l'effetto che ne consegue in questo caso è quello di permettere un forte controllo esercitato a livello europeo sulle scelte statali in materia di tassazione diretta.

3.1.2.1. Valutazione analitica di ciascun requisito o analisi complessiva della misura: i casi *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna e Paint Graphos*

Il caso *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, oltre a essere ricordato come primo caso di rinvio pregiudiziale da parte della Corte Costituzionale italiana nei confronti della Corte di Lussemburgo,¹⁸⁸ ha anche avuto un'eco importante in dottrina rispetto all'attenzione che è stata data al criterio della selettività.¹⁸⁹ La misura controversa riguardava una delle c.d. tasse sul lusso introdotte tramite lo strumento legislativo¹⁹⁰ dalla Regione Sardegna.¹⁹¹ In particolare questa imposta era diretta a persone fisiche o giuridiche aventi domicilio fiscale fuori del territorio regionale che avessero utilizzato lo scalo negli aerodromi, nonché nei porti, negli approdi e nei punti di ormeggio ubicati nel territorio regionale per alcune tipologie di aeromobili e unità da diporto nel periodo compreso fra il 1° giugno e il 30 settembre di ogni anno.¹⁹² Si trattava dunque di una normativa regionale volta a colpire principalmente il "turismo di lusso" la cui *ratio*, secondo quanto riportato dal giudice del rinvio in merito alle giustificazioni addotte dalla Regione Sardegna, risiede nel fatto che "tali imprese non residenti fruirebbero, analogamente alle imprese aventi domicilio fiscale in detta Regione, dei servizi pubblici regionali e locali, ma senza contribuire al finanziamento di tali servizi, e,

¹⁸⁷ Jacques Derenne, *op. cit.*, 313.

¹⁸⁸ Giovanni Vezzoso 'Le tasse sarde sul lusso al vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia CE' (2010) 1 Diritto e Pratica Tributaria 40.

¹⁸⁹ Raymond Luja, 'Revisiting the Balance between Aid, Selectivity and Selective Aid in Respect of Taxes and Special Levies' (2010) 1 European State Aid Law Quarterly 153, 161.

¹⁹⁰ Legge regionale (Sardegna) n. 4 del 11 maggio 2006, in B.U. Sardegna il 13 maggio 2006, n. 15, suppl. ord. n. 6; Legge regionale (Sardegna) n. 2 del 29 maggio 2007, in B.U. Sardegna il 31 maggio 2007, n. 18, suppl. ord. n. 2.

¹⁹¹ Giovanni Vezzoso, *op. cit.*

¹⁹² *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *cit.*, para. 7.

dall'altro, sulla necessità di compensare i maggiori costi sostenuti, a causa delle peculiarità geografiche ed economiche legate all'insularità della Regione Sardegna, dalle imprese domiciliate in quest'ultima".¹⁹³ La Corte non ha accolto questa ricostruzione affermando, al contrario, che tutte le imprese, residenti e non residenti, che fruiscono dei servizi di scalo in Sardegna erano da considerarsi in una situazione giuridica e fattuale oggettivamente paragonabile in relazione alla natura e alle finalità dell'imposta¹⁹⁴ e, pertanto, la misura era da considerarsi selettiva e rientrante nella nozione di aiuto di Stato. Infatti, gli obiettivi dell'imposta consistevano nella protezione e ripristino delle risorse ambientali dell'isola, messe a dura prova soprattutto a causa dell'intensa attività turistica della zona costiera.¹⁹⁵ In questa pronuncia la Corte sembra derivare la presenza di un vantaggio economico sulla base di una presunzione, basata sul fatto che venga provato il carattere selettivo della misura.¹⁹⁶ Infatti, si parla di "vantaggio selettivo", come se si trattasse del medesimo requisito.¹⁹⁷ La commistione nell'analisi dei criteri che qualificano una misura come aiuto di Stato, soprattutto fra il requisito della selettività e del vantaggio economico, è un aspetto discusso sotto il profilo metodologico e rispetto all'aderenza o meno con il dettato normativo dell'articolo 107(1) TFUE. Il dibattito sul tema continua ad essere piuttosto rilevante in dottrina, soprattutto in occasione delle decisioni sui *tax rulings* dove, in molti casi, non c'è stata una netta distinzione nella valutazione circa il carattere selettivo della misura e la sua capacità di fornire un vantaggio economico.

La sentenza *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna* permette di precisare anche un altro aspetto legato al requisito della selettività. Infatti, la Regione Sardegna aveva difeso la propria posizione sostenendo che la misura non potesse essere considerata selettiva, poiché "l'ambito di riferimento nel quale si dovrebbe valutare la «generalità» della misura è quello dell'ente infrastatale, se questo gode di un'autonomia sufficiente. È quanto si verificherebbe nella causa

¹⁹³ *Ibid*, para. 16.

¹⁹⁴ *Ibid*, para. 62-64.

¹⁹⁵ Conclusioni dell'Avvocato Generale J. Kokott presentate il 2 luglio 2009 in relazione alla *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *cit.*, para. 137.

¹⁹⁶ Michael Lang, *op. cit.*, 413.

¹⁹⁷ *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *cit.*, para. 59.

principale, poiché la Regione Sardegna sarebbe dotata di poteri autonomi attribuiti da uno statuto avente forza di legge costituzionale che l'autorizza ad istituire tributi propri. Inoltre, conformemente al principio più generale di uguaglianza in materia tributaria, detta normativa tasserebbe in modo diverso situazioni diverse de iure e de facto".¹⁹⁸ Questa interpretazione viene smentita in modo fermo dalla Corte, richiamando il casi *Azzorre*¹⁹⁹ e *UGT Rioja*²⁰⁰ e chiarendo che il requisito della selettività geografica o regionale sia da intendere come un criterio che permette di identificare un sistema di riferimento all'interno del quale valutare la selettività materiale della misura. Pertanto, il carattere selettivo della misura non può essere stabilito "solo perché concede vantaggi soltanto nella parte del territorio nazionale nella quale la misura si applica"²⁰¹ ma, *a contrario*, dette misure non si possono escludere da un vaglio rispetto al sistema di riferimento identificato e dunque a una valutazione che tende a verificare se effettivamente, all'interno di questo, imprese che siano nella stessa situazione fattuale o legale siano trattate nello stesso modo. Nel caso di specie è evidente che, rispetto ai fini della misura controversa, tutte le imprese siano in una "situazione oggettivamente paragonabile indipendentemente dal luogo in cui risiedono o sono stabilite"²⁰² e che, pertanto, il criterio della selettività debba dirsi indubbiamente soddisfatto.²⁰³

Un'altra sentenza della Corte a essere rilevante per quanto riguarda questi aspetti e che viene qui portata ad esempio è *Paint Graphos*,²⁰⁴ pronuncia i cui fatti hanno nuovamente origine italiana e riguardano le agevolazioni fiscali concesse alle società cooperative. Anche in questo caso, il requisito del vantaggio economico non viene preso in considerazione tendendo i giudici comunitari a concentrare l'intera

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee, cit.*, para. 53 e 57.

²⁰⁰ *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri, cit.*

²⁰¹ *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna, cit.*, para. 60.

²⁰² *Ibid.*, para. 63.

²⁰³ Per un parere critico rispetto all'interpretazione fornita dalla Corte e all'argomentazione utilizzata si veda Giovanni Vezzoso, *op. cit.* ed Eugenio Della Valle, 'Tassa sul lusso: la Corte di giustizia completa l'epitaffio' (2010) 33(3) *Corriere Tributario* 201, dove, in particolare viene sostenuta la necessità di un'argomentazione più ponderata soprattutto in merito all'asserita impossibilità di giustificare la misura rispetto agli obiettivi perseguiti dalla normativa.

²⁰⁴ *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos, cit.*

argomentazione sul requisito della selettività.²⁰⁵ Al contrario, l'Avvocato Generale Jääskinen aveva analizzato il requisito del vantaggio separatamente rispetto a quello della selettività, distinguendo fra vantaggio puro e reale (o economico)²⁰⁶. Distinzione che, però, non è stata presa in considerazione dalla Corte che segue implicitamente un'impostazione per la quale l'esenzione fiscale è da considerarsi un vantaggio *per se*.²⁰⁷

La pronuncia in questione risulta essere estremamente interessante anche sotto un altro profilo. Infatti, pone chiaramente i limiti entro i quali aiuti di tipo fiscale, in questo caso esenzioni totali o parziali, possono essere concesse a società cooperative senza rientrare nel divieto previsto dall'articolo 107(1) TFUE. La Corte infatti, dopo aver richiamato i tratti principali che caratterizzano le società

²⁰⁵ Flavia Tomat, 'The Preliminary Ruling of the Court of Justice on Preferential Taxation of Cooperatives and State Aid Rules: Comments on Joined Cases C-78/08 to C-80/08' (2012) 2 European State Aid Law Quarterly 449, 466.

²⁰⁶ In particolare si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale N. Jääskinen presentate l'8 luglio 2010, causa *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, *cit.*, para. 78 dove si afferma che, prendendo in considerazione la prima accezione, l'esenzione in analisi era da considerarsi un vantaggio indubbiamente mentre nel secondo caso non lo è poiché il sistema generale di tassazione delle persone giuridiche non è applicabile a imprese che abbiano finalità mutualistiche.

²⁰⁷ Flavia Tomat, *op. cit.*, 466.

cooperative,²⁰⁸ facendo riferimento in particolare al Regolamento 1435/2003²⁰⁹ e alla Comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa,²¹⁰ ha infine ammesso la sostanziale differenza che intercorre fra queste ultime e le società commerciali ritenendole dunque in una posizione legale e di fatto diverse.²¹¹ Al fine di poter escludere la presenza di un aiuto di Stato, la Corte presenta dunque delle condizioni che devono essere soddisfatte dalle società cooperative per poterle considerare tali poiché, in caso contrario, non perseguirebbero una genuina finalità mutualistica e sarebbero dunque da considerarsi alla stregua di società commerciali.²¹² Tali condizioni, usate per effettuare quello che viene comunemente chiamato test di comparabilità, sono state schematizzate nella comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato in modo coerente rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e

²⁰⁸ *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, cit., para. 56-60: “Dette caratteristiche si traducono fondamentalmente, come enunciato all’ottavo ‘considerando’ del menzionato regolamento, nel principio della preminenza della persona, che si riflette nelle norme specifiche riguardanti le condizioni di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci. Inoltre, il decimo ‘considerando’ del medesimo regolamento precisa che, in caso di liquidazione, l’attivo netto e le riserve dovrebbero essere devolute ad un’altra entità cooperativa avente finalità o obiettivi di interesse generale analoghi. Riguardo alla gestione delle cooperative, si deve sottolineare che queste ultime non sono gestite per il lucro di investitori esterni. In base all’ottavo e al decimo ‘considerando’ del regolamento n. 1435/2003, nonché al punto 1.1 della comunicazione sulla promozione delle società cooperative in Europa, il controllo della società è equamente ripartito tra i soci, rispecchiando quindi la regola «una persona, un voto». Le riserve e gli utili sono conseguentemente detenuti in comune, sono indivisibili e devono essere destinati all’interesse comune dei soci. Relativamente al funzionamento delle società cooperative, occorre rilevare che, tenuto conto della preminenza della persona, queste sono finalizzate, come indicano segnatamente il decimo ‘considerando’ del regolamento n. 1435/2003 e il punto 1.1 della comunicazione sulla promozione delle società cooperative in Europa, al reciproco vantaggio dei loro soci, i quali sono al tempo stesso utilizzatori, clienti o fornitori, affinché ciascuno di essi possa trarre profitto dall’attività della cooperativa in base alla propria partecipazione nella medesima e in proporzione alle proprie transazioni con tale società. Peraltro, come precisato dal punto 2.2.3 della menzionata comunicazione, le società cooperative non hanno o hanno scarso accesso ai mercati dei capitali, cosicché il loro sviluppo dipende dai loro fondi propri o dal credito. Tale situazione è dovuta al fatto che le quote delle società cooperative non sono quotate in borsa e, pertanto, non sono negoziabili. Inoltre, come messo parimenti in risalto dal decimo ‘considerando’ del regolamento n. 1435/2003, il tasso di rendimento del capitale conferito e delle partecipazioni è limitato, il che rende l’investimento in una società cooperativa meno vantaggioso. Il margine di profitto di questo specifico tipo di società è di conseguenza nettamente inferiore a quello delle società di capitali, che meglio si possono adeguare alle esigenze del mercato.”

²⁰⁹ Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio del 22 luglio 2003 relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE), GU L 207/1.

²¹⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni sulla promozione delle società cooperative in Europa. (COM(2004) 18 definitivo).

²¹¹ Chiara Fontana, *op. cit.*, 140.

²¹² *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, cit., para. 55-62.

pertanto viene affermato che il trattamento fiscale preferenziale delle cooperative può non rientrare nel campo di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, a condizione che: “a) le società cooperative operino nell’interesse economico dei loro soci; b) le società cooperative intrattengano con i soci una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare; c) i soci siano partecipino attivamente all’attività economica; d) i soci abbiano diritto ad un’equa ripartizione dei risultati economici”.²¹³ Nella prospettiva offerta dalla Corte si può dunque intendere che la fiscalità cooperativa non abbia di per sé funzione agevolativa in quanto coerente con la logica del sistema ma alla condizione che la funzione sia mutualistica e di partecipazione, spostando quindi l’attenzione sull’effettività di queste condizioni e sul loro controllo.²¹⁴ È possibile che, alla luce di tale analisi, le società cooperative siano da considerarsi in una situazione comparabile rispetto alle società commerciali.²¹⁵ In questo caso la misura controversa può ancora non essere considerata soggetta al divieto di aiuti di Stato nel caso in cui si possa verificare che tale regime fiscale sia giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inseriscono.²¹⁶ Pertanto, questa pronuncia mette in risalto anche un altro importante elemento presente nell’analisi relativa alla selettività della misura: il concetto di “misura giustificata dalla natura o schema del sistema”.²¹⁷ Tale nozione è estremamente difficile da individuare con chiarezza soprattutto perché sia la Corte che la Commissione sono sempre state molto sfuggenti nello stabilire dei criteri oggettivamente applicabili per gli scopi di questa valutazione, rendendola dunque poco prevedibile o anzi, come ha affermato in tono critico Jaeger, “*sheer random*”.²¹⁸

²¹³ Commissione, ‘Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea’, *cit.* para. 158. Si veda inoltre Flavia Tomat, *op. cit.*, 469-472 per un’analisi dettagliata delle quattro condizioni.

²¹⁴ Chiara Fontana, *op. cit.*, 143. Inoltre, sul tema si veda Francesco Pepe, ‘Il problema della «giusta» mutualità cooperativa e l’(in)efficacia dei controlli: osservazioni in tema di «aiuti di Stato» a margine della sentenza Paint Graphos della corte di giustizia delle comunità europee’ (2012) 3 Diritto e Pratica Tributaria 203.

²¹⁵ *Ministero dell’Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos*, *cit.*, para. 64.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Thomas Jaeger, ‘From Santander to LuxLeaks – and back’, *op. cit.*, 346.

²¹⁸ *Ibid.* Inoltre, si veda Pierpaolo Rossi-Maccanico, ‘The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: a Reasoned Review of the Community Practice’ (2009) 2 European State Aid Law Quarterly 161, 168-176, dove in particolare vengono analizzati sotto questa prospettiva i casi *British*

3.1.2.2. L'estensione della nozione di selettività: i casi *World Free Group SA e Hansestadt Lübeck*

Le sentenze gemelle *Autogrill*²¹⁹ e *Banco Santander*,²²⁰ emesse dal Tribunale nel novembre 2014, hanno tentato di andare oltre rispetto a quanto affermato dalla giurisprudenza fino a quel momento introducendo un elemento ulteriore nell'analisi relativa alla selettività delle misure fiscali. La misura controversa in oggetto era una norma fiscale spagnola che permetteva alle imprese tassabili in Spagna, in questo caso *Banco Santander SA, Santusa Holding SL e Autogrill España SA*, la deduzione dalla base imponibile dell'imposta sulle società cui è soggetta l'impresa sotto forma di ammortamento dell'avviamento finanziario derivante dall'acquisizione di partecipazioni azionarie in imprese estere.²²¹ Queste partecipazioni dovevano ammontare ad almeno il 5% ed essere detenute per un periodo minimo ed ininterrotto di un anno.²²² La Commissione aveva qualificato la misura come un aiuto di Stato, facendo leva proprio sul fatto che questa fosse applicabile solamente alle imprese che rispettavano i requisiti richiesti (in particolare, le acquisizioni di partecipazioni azionarie erano soggette ad imposta in Spagna a seconda che fossero effettuate in una società stabilita in Spagna o estera), risultando di conseguenza selettiva.²²³

Nella sentenza *Banco Santander*²²⁴, il Tribunale ha affermato che la mera deroga al sistema normale di tassazione non poteva essere idonea *per se* a qualificare la misura come selettiva, in quanto era sufficiente che questa fosse "potenzialmente accessibile a tutte le imprese" per escludere il soddisfacimento di questo

Aggregates, Dutch Nox, Paint Graphos, Italia c. Commissione e Associazione italiana del risparmio gestito e Fineco Asset Management Spa c. Commissione.

²¹⁹ Tribunale dell'UE, sentenza del 7 novembre 2014, causa T-219/10, *Autogrill España, SA c. Commissione europea.*

²²⁰ Tribunale dell'UE, sentenza del 7 novembre 2014, causa T-399/11, *Banco Santander, SA e Santusa Holding, SL c. Commissione europea.*

²²¹ *Ibid.*, par 14.

²²² *Ibid.*

²²³ Decisione C(2010) 9566 del 12 gennaio 2011 della Commissione relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere n. C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) cui la Spagna ha dato esecuzione.

²²⁴ Poiché le due sentenze svolgono un *iter* argomentativo molto simile, per comodità di esposizione si farà riferimento solamente al caso *Banco Santander*, nonostante i medesimi punti siano sviluppati anche nella sentenza *Autogrill*.

requisito.²²⁵ Viceversa, per verificare la presenza del carattere selettivo della misura si rendeva necessaria un'identificazione *ex ante* di un gruppo definito di beneficiari dell'aiuto.²²⁶ Secondo l'impostazione del Tribunale ciò significa che, se una misura deroga al sistema generale, ma è comunque aperta a tutte le imprese, non è possibile comparare la situazione dei beneficiari e di chi, invece, è stato escluso dall'ambito di applicazione della misura.²²⁷ Inoltre, il Tribunale ha ricordato quanto già affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *3M*,²²⁸ pronuncia relativa ad una disposizione normativa italiana che, a determinate condizioni, consentiva l'estinzione dei procedimenti in materia fiscale pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione mediante il pagamento di un importo pari al 5% del valore della controversia. In questa sede il Tribunale ha dunque sottolineato che l'applicazione di condizioni specifiche ai fini della concessione della misura non comportava di per sé il soddisfacimento del criterio della selettività.²²⁹ Pertanto, anche nel caso in cui le condizioni introdotte siano inusuali e solo un numero ridotto di imprese riesca di fatto a soddisfarle, la misura può non essere qualificata come selettiva se si applica a tutte le imprese considerate nella stessa condizione.²³⁰ Nel caso in cui l'individuazione delle imprese beneficiarie non sia possibile, allora la misura controversa non può essere considerata un aiuto di Stato. Proprio la mancata valutazione in questo senso fatta dalla Commissione ha determinato l'annullamento della decisione per erronea applicazione da parte della Commissione dell'articolo 107(1) TFUE.²³¹

Le pronunce *Autogrill* e *Banco Santander* sono state accolte con favore dalla dottrina maggioritaria, soprattutto perché l'interpretazione del concetto di selettività offerta dal Tribunale permetteva di andare oltre alla distinzione formalistica tra

²²⁵ *Banco Santander, SA e Santusa Holding, SL c. Commissione europea, cit.*, para. 48.

²²⁶ *Ibid*, para. 49.

²²⁷ Peter Staviczky, 'De Facto Selectivity in the Light of the Recent Case Law of the General Court' (2015) 3 European State Aid Law Quarterly 332, 337.

²²⁸ Corte di giustizia, sentenza del 29 marzo 2012, causa C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate c. 3M Italia SpA*.

²²⁹ *Ibid*, para. 42.

²³⁰ John Temple Lang, 'Autogrill España and Banco Santander: The Concept of "General" Tax Measures Clarified for State Aid' (2015) 40(5) European Law Review 763, 765.

²³¹ *Banco Santander, SA e Santusa Holding, SL c. Commissione europea, cit.*, para. 88 e 89.

beneficiari e non beneficiari.²³² Queste pronunce, infatti, comportavano un aggravamento dell'onere probatorio e aggiungevano alla tradizionale analisi a tre livelli una valutazione incentrata sul carattere effettivamente discriminatorio della misura fiscale.²³³ Inoltre, chiarendo la procedura di valutazione relativa agli aiuti di natura fiscale, dette pronunce contribuivano a rendere più lineare la giurisprudenza della Corte in materia di aiuti fiscali selettivi evitando commistioni tra il requisito della selettività e il criterio del vantaggio economico.²³⁴

Le sentenze *Autogrill* e *Banco Santander* sono state oggetto di impugnazione e i due procedimenti sono stati riuniti. Nella pronuncia *Commissione c. World Free Group SA* (già *Autogrill España SA*), *Banco Santander SA* e *Santusa Holding SL* la Corte ha sovvertito il giudizio del Tribunale. In conformità con le conclusioni proposte dall'AG Wathelet²³⁵ la Corte ha ritenuto che il Tribunale avesse commesso un errore di diritto nell'annullare parzialmente la decisione della Commissione, alla stregua del fatto che quest'ultima non avesse individuato una categoria di imprese specificamente favorite dalla misura fiscale. In particolare l'AG Wathelet aveva sostenuto che l'analisi svolta dal Tribunale era viziata da un approccio eccessivamente formalistico e restrittivo, tale da perdere di vista la questione fondamentale, ossia se la misura operasse o meno una differenziazione fra imprese in una situazione analoga.²³⁶ Inoltre, l'AG aveva ritenuto che il fatto che le condizioni imposte dalla misura non fossero molto restrittive e che numerose imprese potessero averne accesso non mettesse in dubbio il carattere selettivo della misura, ma solo il grado di selettività.²³⁷ Allo stesso modo, la Corte ha ribadito che il Tribunale avrebbe dovuto verificare se la Commissione avesse effettivamente analizzato e dimostrato il carattere discriminatorio della misura, sottolineando più

²³² Phedon Nicolaidis, 'New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a 'General Exception' to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law' (2015) 6(5) *Journal of European Competition Law & Practice* 315.

²³³ Thomas Jaeger, 'From Santander to LuxLeaks – and back', *op. cit.*, 352 ss.

²³⁴ *Ibid.*, 353; Adrien Giraud, Sylvain Petit, 'Spanish Fiscal Aid Cases: the Good, the Bad and the Unclear: Combined Annotation on Case T-219/10, *Autogrill España v. Commission*, Case T-399/11, *Banco Santander and Santusa v. Commission*, and Case T-140/13, *Netherlands Maritime Technology Association*' (2015) 2 *European State Aid Law Quarterly* 295.

²³⁵ Conclusioni dell'AG Wathelet presentate il 28 luglio 2016, *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a.*, *cit.*

²³⁶ *Ibid.*, para. 85.

²³⁷ *Ibid.*, para. 88.

volte come il nocciolo dell'analisi relativa alla selettività riguardi proprio quest'ultimo profilo.²³⁸

Punto focale della sentenza *World Free Group SA* è l'analisi del criterio supplementare introdotto dai casi *Autogrill* e *Banco Santander*. Si tratta, come visto in precedenza, della necessaria individuazione preventiva, ai fini dell'accertamento della selettività, di una categoria particolare di imprese che siano le sole beneficiare dalla misura e che possano essere identificate in base a caratteristiche "peculiari, comuni e specifiche".²³⁹ In questo passaggio la Corte fornisce dunque una sorta di interpretazione autentica della sentenza *Gibilterra* che permette una migliore comprensione dell'effettiva portata di questa pronuncia e una ricostruzione più agevole della nozione di selettività. La Corte ha, infatti, precisato che la scelta formulata dal Tribunale di aggiungere un ulteriore passaggio al metodo di valutazione applicabile alla selettività in materia tributaria – ossia l'individuazione *ex ante* di una specifica categoria di imprese – non è conforme alla giurisprudenza precedente in materia.²⁴⁰ In particolare, è da escludersi che tale principio sia derivabile dalla sentenza *Gibilterra*. In tale pronuncia, infatti, la Corte aveva chiarito come "la selettività di una misura fiscale può essere dimostrata anche se quest'ultima non costituisce una deroga al regime tributario comune, facendone bensì parte integrante".²⁴¹ Questo approccio non contraddice, però, quanto affermato nella costante giurisprudenza della Corte, secondo cui "è sufficiente, al fine di dimostrare la selettività di una misura derogatoria a un regime tributario comune, che sia accertato che la stessa avvantaggia taluni operatori e non altri, laddove l'insieme di tali operatori si trova in una situazione oggettivamente analoga, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito da detto regime tributario comune".²⁴² Pertanto, pur confermando quanto affermato nella sentenza *Gibilterra*, vale a dire la possibilità di qualificare una misura come *de facto* selettiva nonostante il carattere generale del regime fiscale controverso, la Corte ha precisato che da ciò non deriva la necessità di individuare *ex ante* la categoria privilegiata, soprattutto

²³⁸ *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a., cit.*, para. 54.

²³⁹ *Ibid.*, para. 70.

²⁴⁰ *Ibid.*, para. 71.

²⁴¹ *Ibid.*, para. 76.

²⁴² *Ibid.*

nel caso in cui si tratti di una misura a carattere derogatorio rispetto al regime ordinario. In questo caso, infatti, è applicabile il classico schema di valutazione articolato in tre fasi, basato su un'analisi del carattere discriminatorio del trattamento di talune imprese rispetto al quadro di riferimento.

È altresì rilevante la puntualizzazione effettuata dalla Corte rispetto alla sentenza 3M richiamata dal Tribunale. Come già ricordato in precedenza, la Corte nella pronuncia sul caso 3M aveva ritenuto che il carattere selettivo di una misura non fosse derivabile dal mero fatto che solo i soggetti che soddisfano i requisiti stabiliti per l'ottenimento di questa possano beneficiarne.²⁴³ Tuttavia, nella medesima pronuncia la Corte aveva parimenti affermato che nel caso di specie la selettività non era rilevabile perché i soggetti che non potevano avere accesso alla misura controversa “non si trovavano in una situazione fattuale e giuridica analoga a quella dei contribuenti legittimati a richiederla, in relazione all'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale”.²⁴⁴ Pertanto, la Corte ha concluso che l'apposizione di un requisito per l'applicazione o l'ottenimento di un aiuto fiscale può essere considerato un elemento chiave per l'individuazione del carattere selettivo dell'aiuto nella misura in cui tale requisito determini una “differenziazione fra imprese” che sono in una situazione di fatto e di diritto analoga in considerazione dell'obiettivo perseguito dal regime tributario.²⁴⁵ L'applicazione di un requisito di questo tipo deve dunque avere l'effetto di discriminare le imprese che sono escluse dalla misura.²⁴⁶

La sentenza *Commissione europea c. World Duty Free Group SA e altri* offre dunque interessanti spunti di riflessione rispetto all'estensione del concetto di selettività e, di conseguenza, sulla limitazione alla discrezionalità statale in materia fiscale che ne deriva. Infatti, in questa sentenza viene di fatto estesa la portata del requisito della selettività, rigettando le limitazioni che erano state inaugurate con le sentenze gemelle del Tribunale *Autogrill* e *Banco Santander*. La Corte sembra infatti ritenere selettive tutte le misure che si pongono in deroga rispetto al quadro

²⁴³ *Ibid.*, para. 85.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ *Ibid.*, para. 86.

²⁴⁶ *Ibid.*

di riferimento e che comportano un trattamento diversificato, qualificabile come tale sulla base di una valutazione di discriminatorietà. Ciò, indipendentemente dal carattere potenzialmente accessibile della misura e in contrapposizione rispetto all'impostazione seguita dal Tribunale, che spostava l'analisi del carattere selettivo della misura *ex ante* anziché *ex post* come previsto dalla costante giurisprudenza della Corte.

All'esito della sentenza della Corte, la causa è stata rinviata dinanzi al Tribunale il quale, il 15 novembre 2018, ha adottato la sentenza con la quale ha respinto il ricorso per annullamento di World Duty Free Group di parte della decisione della Commissione.²⁴⁷ Nel marzo 2019, tale sentenza è stata a sua volta impugnata davanti alla Corte di Giustizia, la quale deve ancora pronunciarsi al riguardo.²⁴⁸ Ai fini della presente analisi, la rilevanza della sentenza *World Duty Free* del 2018 è limitata. Infatti, come sottolinea l'Avvocato Generale Pitruzzella rispetto all'impugnazione di quest'ultima:

“nessuna delle censure avanzate dai ricorrenti è volta a contestare i motivi con cui il Tribunale, nel respingere gli argomenti (...) [della sentenza *World Duty Free* del 2016] diretti a far valere il carattere generale della misura controversa, ha applicato i principi affermati dalla Corte in tale sentenza. Per altro verso, in quest'ultima la Corte, pur fondando il suo ragionamento sulla premessa che la Commissione aveva constatato la selettività della misura controversa sulla base del carattere derogatorio di tale misura e sulla disparità di trattamento fra imprese residenti che essa introduceva, non ha tuttavia preso posizione su nessuno di questi due aspetti, che sono invece al centro delle presenti impugnazioni. In altri termini, la Corte si è limitata ad avallare il metodo di analisi applicato dalla Commissione per dimostrare il carattere

²⁴⁷ Tribunale dell'UE, sentenza del 15 novembre 2018, Causa T-219/10 RENV, *World Duty Free Group, SA, già Autogrill España, SA contro Commissione europea*.

²⁴⁸ Cause riunite C-51/19 P e C-64/19 P *World Duty Free Group, SA, già Autogrill España, SA Contro Commissione europea (C-51/19 P) E Regno di Spagna Contro World Duty Free Group, SA, già Autogrill España, SA, Commissione europea (C-64/19 P)*.

selettivo della misura controversa, non il risultato di tale applicazione, che invece è in discussione nelle presenti cause riunite.”²⁴⁹

Tuttavia, pare importante sottolineare alcuni passaggi delle Conclusioni dell’Avvocato Generale Pitruzzella che sono state depositate in questo secondo procedimento davanti alla Corte in quanto mettono in luce alcuni punti chiave della giurisprudenza in commento. In primo luogo, viene fortemente rimarcato che il punto di rottura della sentenza *World Duty Free* rispetto alla giurisprudenza precedente risiede anche nel fatto che, ai fini della valutazione del carattere selettivo di una misura, può assumere rilievo una disparità di trattamento ricollegabile al comportamento delle imprese. Al contrario, in precedenza la possibilità di considerare selettivo un vantaggio accessibile indistintamente a tutte le imprese, sebbene condizionato alla realizzazione di una determinata operazione, sembrava incontrare un ostacolo nel limite costituito dalla non selettività di principio delle misure generali.²⁵⁰ In secondo luogo, l’Avvocato Generale Pitruzzella prende posizione rispetto all’importanza di detta pronuncia rispetto alla definizione della nozione di selettività. Infatti, talvolta si è tentato di relativizzarne la portata sottolineando la natura di incentivo all’espportazione della misura controversa.²⁵¹ Tuttavia, Pitruzzella ritiene che, nonostante si tratti di una pronuncia relativa a un contesto specifico, la tecnica redazionale utilizzata e le conferme che ci sono state nelle successive pronunce della Corte²⁵² spingano a guardare a questa sentenza come a una “sentenza di principio” che, ribadendo il metodo di analisi della selettività in tre fasi, precisa che “ogni regime che fissa condizioni per l’ottenimento di un vantaggio fiscale, anche ove quest’ultimo sia potenzialmente accessibile a

²⁴⁹ Conclusioni dell’Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 21 gennaio 2021, cause riunite C-51/19 P e C-64/19 P *World Duty Free Group, SA, già Autogrill España, SA Contro Commissione europea (C-51/19 P) E Regno di Spagna Contro World Duty Free Group, SA, già Autogrill España, SA, Commissione europea (C-64/19 P)*, edizione provvisoria, para. 27.

²⁵⁰ *Ibid.*, nota 50.

²⁵¹ Il riferimento è alle Conclusioni dell’Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe nella causa *A-Brauerei (C-374/17, para. da 74 a 81)* e alle Conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott nelle cause riunite *ANGED (C-236/16 e C-237/16, para. 85)*.

²⁵² Si veda in particolare la sentenza *A-Brauerei*, in cui la Corte, pur essendo stata messa in guardia dall’Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe (*C-374/17, para. 115*) sulle conseguenze di una lettura restrittiva della sentenza *WDFG*, ha confermato l’approccio di quest’ultima anche al di fuori dello specifico contesto in cui era stata adottata.

tutte le imprese, può risultare selettivo se comporta a un trattamento differenziato di imprese che si trovano in una situazione giuridica e fattuale analoga.”²⁵³

La ricostruzione del concetto di selettività negli aiuti fiscali è stata altresì affrontata dalla Corte nella sentenza *Hansestadt Lübeck* in cui veniva richiesto l’annullamento parziale di una decisione della Commissione²⁵⁴ nella parte in cui avviava il procedimento di indagine formale riguardo al regolamento in materia di diritti aeroportuali adottato dall’aeroporto di Lubecca nel 2006. In particolare, la Commissione riteneva che i vantaggi derivanti da tale regolamento fossero concessi unicamente alle compagnie aeree che utilizzavano l’aeroporto di Lubecca e che la misura fosse dunque selettiva.²⁵⁵ La Corte ha confermato la posizione assunta dal Tribunale²⁵⁶ ritenendo che non fosse individuabile il carattere selettivo della misura e che dunque il regolamento non potesse essere considerato un aiuto di Stato.

Con riferimento al criterio della selettività, la Corte ha ripercorso l’iter argomentativo seguito dal Tribunale, accogliendo le valutazioni già da esso effettuate.²⁵⁷ In particolare, dopo aver constatato che la Commissione aveva ritenuto selettiva la misura sulla base del fatto che i vantaggi erano accordati solo alle compagnie aeree che utilizzavano l’aeroporto di Lubecca,²⁵⁸ il Tribunale aveva rilevato che tale limitazione “era intrinsec[a] al regime giuridico tedesco relativo ai diritti aeroportuali”.²⁵⁹ Infatti, in tale ambito, ciascuna compagnia era soggetta al regolamento dell’aeroporto di cui si avvaleva. Pertanto, le compagnie che utilizzavano l’aeroporto di Lubecca non si trovavano in una situazione analoga a quelle che non ne fruivano.

²⁵³ Conclusioni dell’Avvocato Generale Giovanni Pitruzzella presentate il 21 gennaio 2021, *cit.*, *World Duty Free Group*, para. 26.

²⁵⁴ Decisione C (2012) 1012 final del 22 febbraio 2012 della Commissione sugli aiuti n. SA.27585 e SA.31149 (2012/C) (ex NN/2012, ex CP 31/2009 e CP 162/2010) a cui la Germania ha dato esecuzione.

²⁵⁵ *Ibid.*, para. 279.

²⁵⁶ Tribunale, sentenza del 9 settembre 2014, causa T-461/12, *Hansestadt Lübeck c. Commissione europea*; Juan Jorge Piernas López, ‘Selectivity Revised’ (2016) 1 *European State Aid Law Quarterly* 115.

²⁵⁷ Corte di giustizia dell’UE, sentenza del 21 dicembre 2016, Causa C-524/14 P, *Commissione europea contro Hansestadt Lübeck*, para. 42-46.

²⁵⁸ Tribunale dell’UE, *Commissione europea c. Hansestadt Lübeck*, *cit.*, para. 50.

²⁵⁹ *Ibid.*, para. 51.

Il Tribunale aveva quindi statuito che la selettività di una misura come quella in oggetto dovesse essere valutata “facendo riferimento a tutte le imprese che [utilizzavano], o che [potevano] utilizzare, tali beni o servizi e accertando se tutte o solo talune di esse [beneficiassero], o [fossero] idonee a beneficiare, di un eventuale vantaggio”²⁶⁰ e che la limitazione dell’applicabilità del regolamento del 2006 alle sole compagnie aeree che utilizzavano l’aeroporto di Lubecca non fosse rilevante *per se* per qualificarlo come selettivo.²⁶¹ In questo modo la Corte ribadisce che cosa debba intendersi per quadro di riferimento rispetto al quale confrontare la misura controversa. Viene confermata quindi la necessità di un’attenta definizione preliminare dell’ambito di riferimento nel quale si inserisce la misura in questione. Questo primo passaggio è infatti fondamentale al fine di condurre un’analisi corretta della selettività della misura in quanto l’individuazione di un *benchmark* errato ha un effetto negativo che si ripercuote sull’intera valutazione.

La Corte, confermando quanto stabilito dal Tribunale e in risposta a una delle contestazioni mosse dalla Commissione, ha poi osservato che, nel valutare se una misura come quella in oggetto – che dunque stabilisce condizioni di utilizzo di beni e servizi di un’impresa pubblica applicabili in via generale a tutte le imprese che ne fruiscono – sia selettiva, occorre basarsi non sulla natura di tale misura, bensì sui suoi effetti. È necessario, dunque, accertare se in concreto solo alcune delle imprese alle quali la misura avrebbe dovuto procurare un vantaggio ne beneficino anche se, in considerazione dell’obiettivo perseguito dal regime in questione, tutte le suddette imprese si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga.²⁶²

La decisione *Hansestadt Lübeck* chiarisce, dunque, che non tutte le misure che sono vantaggiose per determinate imprese sono *per se* selettive in quanto è necessario valutare in concreto se talune imprese siano favorite rispetto ad altre in una situazione di fatto e di diritto analoga con riferimento all’obiettivo perseguito.²⁶³ Partendo da tale assunto, la sentenza in commento evidenzia ancora una volta come

²⁶⁰ *Ibid*, para. 53.

²⁶¹ *Ibid*, para. 54 e 55.

²⁶² Corte di giustizia dell’UE, *Commissione europea c. Hansestadt Lübeck*, *cit.*, para. 49.

²⁶³ *Ibid*, para. 52.

il concetto di selettività sia strettamente legato a quello di discriminazione.²⁶⁴ Pertanto, l'analisi circa tale criterio finisce con il tradursi in una valutazione del carattere discriminatorio dell'applicazione del beneficio fiscale agli operatori economici.²⁶⁵ Inoltre, come già sottolineato, viene messo in luce il ruolo cruciale che gioca una corretta individuazione del quadro di riferimento. La definizione di un determinato ambito di riferimento influenza in modo decisivo la valutazione sulla selettività della misura fiscale controversa.

3.2. Aiuti di Stato e concorrenza fiscale dannosa

Negli ultimi anni il dibattito sulla concorrenza fiscale ha incontrato e, talvolta, si è scontrato con la modalità di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dalla Commissione. In particolare, il fenomeno che ha segnato un punto di svolta al riguardo è stato lo scandalo Luxleaks e il filone di decisioni della Commissione che sono seguite. Queste avevano ad oggetto una serie di *tax rulings* concessi da alcuni Stati membri a multinazionali attive in Europa che sono stati qualificati come aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno. In questi casi la Commissione, pur ricordando costantemente il compito che le è attribuito nel monitoraggio di questo tipo di misure ed, eventualmente, nell'ordinarne il recupero, non ha fatto troppo mistero del suo intento di portare avanti anche una politica volta al contrasto della concorrenza fiscale dannosa e dell'elusione fiscale per il tramite dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato.²⁶⁶

²⁶⁴ Sébastien Thomas, 'Sélectivité et discrimination: quelques réflexions autour des arrêts de la Cour du 21 décembre 2016 dans les affaires World Duty Free Group et Hansestadt Lübeck' (2017) 58 *Revue Lamy de la concurrence* 37, 44.

²⁶⁵ Corte di giustizia dell'UE, *Commissione europea c. Hansestadt Lübeck*, *cit.*, para. 53.

²⁶⁶ Ad esempio, si veda il recente comunicato stampa emesso da Margrethe Vestager a seguito delle sentenze del Tribunale nei casi *Engie* e *Amazon* del 12 maggio 2021. (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_21_2468) dove viene affermato che "The Commission is using all tools at its disposal to fight unfair tax practices. State aid enforcement works hand in hand with the EU's legislative action to address loopholes and ensure transparency in fiscal matters. We are close to achieving a historic global agreement on the reform of the international corporate tax framework. Moreover, the Commission is in the process of putting forward a proposal for a digital levy, so that companies benefiting from the digital Single Market fairly contribute to the EU budget. We need to seize the momentum to progress towards fair taxation at all levels." In dottrina si veda, ad esempio, Anna Gunn, Joris Luts, 'Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues' (2015) 2 *EC Tax Review* 119.

I profili problematici sono diversi e attengono a diversi piani di analisi della questione. Un primo ordine di problemi riguarda i tecnicismi inerenti alla nozione di aiuto di Stato, in particolare con riferimento all'analisi condotta in questi casi dalla Commissione. Al riguardo, la dottrina ha evidenziato possibili problemi in relazione all'interpretazione estensiva dei requisiti, in particolare quello della selettività, per renderli applicabili al particolare tipo di misura in questione²⁶⁷ (si veda *infra* par. 3.2.1.). Ponendosi in una prospettiva teleologica, ci si chiede poi se l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato per una finalità che non sembra esserle propria (quanto meno ad una prima analisi) e che di fatto attua una politica di contrasto alla concorrenza fiscale che gli Stati membri hanno in altre sedi osteggiato, sia coerente allo spirito dei Trattati e conforme alle norme ivi presenti. Inoltre, pur ammettendo la possibilità dal punto di vista del diritto dell'Unione europea di applicare la normativa sugli aiuti di Stato a questo tipo di misure con la finalità di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, è necessario riflettere sull'efficacia di tale intervento e sull'adeguatezza di questo strumento rispetto agli obiettivi che si intendono raggiungere (si veda *infra* par. 3.2.2.).

La *querelle* relativa ai *tax rulings* è ad oggi ancora in corso e gli aspetti problematici sopra individuati continuano ad alimentare un acceso dibattito in dottrina. L'avvento della pandemia di COVID-19 ha portato alla luce ulteriori interessanti elementi di contatto fra la disciplina degli aiuti di Stato e la concorrenza fiscale dannosa che hanno avuto un'eco importante anche a livello politico e mediatico. In particolare, la discussione si concentra sul rapporto che sussiste fra l'allentamento del controllo operato dalla Commissione sulle misure statali e le possibili ripercussioni in termini di concorrenza fiscale. Questa situazione, che può essere letta alla stregua di un vero e proprio caso studio contemporaneo e ancora in corso,

²⁶⁷ *Ex multis*: Liza Lovdahl Gormsen, *European State Aid and Tax Rulings* (Edward Elgar Publishing 2019); Adrien Giraud, Sylvain Petit, 'Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter' (2017) 2 *European State Aid Law Quarterly* 233; Amedeo Arena, 'State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice' (2017) 1(1) *Market and Competition Law Review* 49; Theodoros Iliopoulos, 'The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity' (2017) 2 *European State Aid Law Quarterly* 263; Thomas Jaeger, 'Tax Concessions for Multinational: In or Out of the Reach of State Aid Law?' (2017) 8(4) *Journal of European Competition Law & Practice*, 221; Dimitrios A. Kyriazis, 'From Soft Law to Soft Law through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings' (2016) 3 *European State Aid Law Quarterly* 428.

mette in luce in tutta la sua drammatica evidenza l'inadeguatezza della normativa sugli aiuti di Stato rispetto al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa (si veda *infra* par. 3.2.3.).

3.2.1. Tax Rulings e aiuti di Stato

L'intenzione della Commissione di intervenire in modo sempre più pervasivo nel campo della tassazione diretta si è reso evidente soprattutto a partire dagli inizi degli anni 2000 quando, a seguito dell'adozione della Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese²⁶⁸ e del Codice di condotta²⁶⁹ risalenti alla fine degli anni '90, sono state emesse una serie di decisioni relative a pratiche di pianificazione fiscale.²⁷⁰ Queste ultime sono state la base per procedere poi, a partire dal 2013, ad indagare sulle pratiche di *ruling* fiscale degli Stati membri con la finalità di combattere le pratiche volte all'erosione della base imponibile e allo spostamento dei profitti,²⁷¹ in linea con il Piano d'azione BEPS dell'OCSE.²⁷² Finora, la prassi

²⁶⁸ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, GU C 384/3.

²⁶⁹ "Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese", *cit.*

²⁷⁰ Aiuto C 55/01 - Aland Island Captive Insurance Companies, Finlandia (Harmful Measure: C 008) - GU L 329/2003; Aiuto C 48/01 - Vizcaya Coordination Centres, Spagna (Harmful Measure: A 004) - GU L 31/2003; Aiuto C 47/01 - Control and Coordination Centres, Germania (Harmful Measure: AAM 019) - GU L 177/2003; Aiuto C 50/01 - Finance Companies, Lussemburgo (Harmful Measure: B 003) - GU L 153/2003; Aiuto C 49/01 - Coordination Centres, Lussemburgo (Harmful Measure: A 007) - GU L 170/2003; Aiuto C 16/02 - Trieste Financial Services and Insurance Centre, Italia (Harmful Measure: B 002) - GU L 91/2003; Aiuto C 46/01 - Central Corporate Treasury Companies, Francia (Measure not considered harmful by the Group) - GU L 330/2003; Aiuto C 51/01 - International Financing Activities, Paesi Bassi (Harmful Measure: B 004) - GU L 180/2003; Aiuto C 15/02 - Coordination Centres, Belgio (Harmful Measure: A 001) - GU L 282/2003; Aiuto C 54/01 - Companies with Foreign Income, Irlanda (Harmful Measure: E 007) - GU L 204/2003; Aiuto C 45/01 - Headquarters and Logistic Centres, Francia (Harmful Measure: A 006) - GU L 23/2004; Aiuto C 53/01 - Gibraltar Qualifying Companies, Regno Unito (Harmful Measure: B 013) - GU L 29/2005; Aiuto C 30/02 - Tax Ruling for US Foreign Sales Corporations, Belgio (Harmful Measure: Z 001) - GU L 23/2004; Aiuto C 66/02 - Gibraltar Corporate Tax Reform, UK (Measure not examined by the Group but replacing the Exempt and Qualifying Companies schemes) - GU L 85/2005; Aiuto C 3/06 - Exempt Holdings and Billionaire Holdings, Lussemburgo (Harmful Measure: A 013) - GU L 366/2006. L'elenco e i relativi collegamenti sono disponibili online: https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/tax-rulings_it. Si veda inoltre, Nieves Bayón Fernández, *op. cit.*, 200.

²⁷¹ Per un quadro generale che chiarisca il problema e l'approccio delle istituzioni al riguardo si veda: Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2015 sulle decisioni anticipate in materia fiscale (tax ruling) e altre misure analoghe per natura o effetto (2015/2066(INI) - 2017/C 366/06 - P8_TA(2015)0408).

²⁷² OCSE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OCSE 2013).

decisionale della Commissione su questi temi ha portato a sette decisioni di recupero dell'aiuto riguardanti il Lussemburgo,²⁷³ l'Irlanda,²⁷⁴ il Belgio,²⁷⁵ i Paesi Bassi²⁷⁶ e il Regno Unito²⁷⁷ mentre altre quattro indagini formali che coinvolgono i Paesi Bassi,²⁷⁸ il Lussemburgo²⁷⁹ e il Belgio²⁸⁰ sono ancora in corso. Le decisioni di recupero riguardavano sei aiuti individuali (*Fiat, Starbucks, Amazon, Apple e Engie*) e due regimi di aiuti (*Belgian Excess Profit e UK CFC*) mentre le indagini formali in corso riguardano solo misure individuali (*Ikea, Nike, Huhtamäki* e le decisioni *ad hoc* relative al *Belgian Excess Profit*). In ciascuna delle sue decisioni, la Commissione ha ordinato il recupero dell'aiuto contestato sostenendo che tali misure costituivano un aiuto di Stato incompatibile in quanto tutti i criteri previsti dall'articolo 107(1) TFUE erano soddisfatti. Le decisioni sono attualmente all'esame della Corte di giustizia dell'Unione europea, dopo che gli Stati membri e i contribuenti interessati hanno presentato ricorso.²⁸¹ Ad oggi, il Tribunale ha depositato le proprie sentenze in merito ai casi relativi al *Belgian Excess Profit*,²⁸²

²⁷³ Decisione della Commissione 2019/421, aiuto di Stato SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) posto in essere dal Lussemburgo in favore di ENGIE, GU L78/1; Decisione della Commissione 2018/859, aiuto di Stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014/NN) posto in essere dal Lussemburgo in favore di Amazon, GU L153/1; Decisione della Commissione 2016/2326, aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) posto in essere dal Lussemburgo in favore di Fiat, GU L351/1. Inoltre, la Commissione ha anche indagato rispetto al *tax ruling* concesso in favore di McDonald's ma giungendo alla conclusione che non si trattava di un aiuto di Stato.

²⁷⁴ Decisione della Commissione 2017/1283, aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) posto in essere dall'Irlanda in favore di Apple, GU L187/1.

²⁷⁵ Decisione della Commissione 2016/1699, Schema di aiuto SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) posto in essere dal Belgio, GU L260/61.

²⁷⁶ Decisione della Commissione 2017/502, aiuto di Stato SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) posto in essere dai Paesi Bassi in favore di Starbucks, GU L83/38.

²⁷⁷ Decisione della Commissione 2019/1352, aiuto di Stato SA.44896 posto in essere dal Regno Unito e riguardante l'esenzione nei confronti di CFC Group Financing, GU L/216/1. In questo caso la decisione è solo parzialmente negativa.

²⁷⁸ Commissione, 'State Aid SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN) — Possible State aid in favour of Inter IKEA' (invito a depositare osservazione ex articolo 108 (2) TFEU), 2018, GU C121/30; Commissione, 'State aid SA.51284 (2018/NN) — Possible State aid in favour of Nike.' (invito a depositare osservazione ex articolo 108 (2) TFEU), 2019, GU C226/31.

²⁷⁹ Commissione, 'State aid SA.50400 (2019/C) (ex 2019/NN-2) — Possible State aid in favour of Huhtamäki' (invito a depositare osservazione ex articolo 108 (2) TFEU), 2019, GU C161/3.

²⁸⁰ Commissione, 'Decision to open in-depth investigations into individual "excess profit" tax rulings granted by Belgium to 39 multinational companies' 16 Settembre 2019.

²⁸¹ Per la lista dei casi collegati alle decisioni sui *tax rulings*, si veda: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html.

²⁸² Tribunale dell'UE, sentenza del 14 febbraio 2019, cause T-131/16 e T-263/16, *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea*.

Fiat,²⁸³ *Starbucks*,²⁸⁴ *Apple*,²⁸⁵ *Amazon*²⁸⁶ e *Engie*.²⁸⁷ Alcune di queste (*Belgian Excess Profit*,²⁸⁸ *Fiat*²⁸⁹ e *Apple*²⁹⁰) sono state impugnate e sono attualmente pendenti davanti alla Corte di giustizia. Come già evidenziato, il legame fra questo tipo di misure e la concorrenza fiscale dannosa è molto stretto poiché, offrendo livelli di tassazione estremamente bassi, alcuni Stati membri sono in grado di attrarre la delocalizzazione delle imprese multinazionali. Tuttavia, come giustamente sottolineato da Nicolaides, ‘*the Commission may be correct that multinational companies pay too little tax in relation to their ability to pay (...) [and it] may be both morally wrong and harmful to the European economy (...) [but] not all social and economic problems can be solved by mobilising the EU's State aid rules*’.²⁹¹ Per comprendere questa affermazione è necessario fare un passo indietro e considerare le modalità con le quali in questi casi è stata condotta l’analisi ex articolo 107(1) TFUE, ponendo particolare attenzione alla problematica introduzione dell’*arm’s length principle* nella valutazione del vantaggio selettivo (si veda *infra* par. 3.2.1.1.) e all’estensione di detti requisiti in rapporto alla corrispondente riduzione di discrezionalità in materia fiscale da parte degli Stati membri (si veda *infra* par. 3.2.1.2.).

3.2.1.1. Le pronunce sui *tax rulings* e l’introduzione dell’*arm’s length principle* nell’analisi sulla selettività della misura

I *tax rulings* sono decisioni amministrative vincolanti emesse dalle autorità fiscali nazionali su richiesta dei contribuenti che hanno lo scopo di stabilire come verranno

²⁸³ Tribunale dell’UE, sentenza del 24 settembre 2019, causa T-755/15, *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*.

²⁸⁴ Tribunale dell’UE, sentenza del 24 settembre 2019, causa T-760/15, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*.

²⁸⁵ Tribunale dell’UE, sentenza del 15 luglio 2020, cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione europea*.

²⁸⁶ Tribunale dell’UE, sentenza del 12 maggio 2021, causa T-816/17 e T-318/18, *Granducato di Lussemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. c. Commissione europea*.

²⁸⁷ Tribunale dell’UE, sentenza del 12 maggio 2021, cause T-516/18 e T-525/18, *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea*.

²⁸⁸ Corte di Giustizia dell’UE, *Commissione c. Belgio e Magnetrol International*, causa C-337/19 P.

²⁸⁹ Corte di Giustizia dell’UE, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*, causa C-885/19 P; Corte di Giustizia dell’UE, *Irlanda c. Commissione e a.*, causa C-898/19 P.

²⁹⁰ Corte di Giustizia dell’UE, *Commissione c. Irlanda e a.*, Causa C-465/20 P.

²⁹¹ Phedon Nicolaides, ‘Can Selectivity Result from the Application of Non-Selective Rules? The Case of Engie’ (2019) 18(1) *European State Aid Law Quarterly* 15, 28.

in concreto interpretate le disposizioni fiscali nazionali astrattamente applicabili al caso di specie. L'uso di questi strumenti è auspicabile in termini di certezza del diritto²⁹² e, in particolare in relazione agli accordi preliminari sui prezzi (tipi specifici di decisioni amministrative riguardanti la determinazione dei prezzi di trasferimento per le transazioni tra società integrate), possono migliorare la trasparenza, la prevedibilità e prevenire la doppia imposizione. In quest'ultimo caso si parla di accordi preventivi sulla determinazione dei prezzi di trasferimento (viene spesso utilizzato l'acronimo *APA*, dalla denominazione inglese *Advance Pricing Agreement*), cioè un "accordo che stabilisce, in anticipo rispetto ai controlli sulle transazioni, un insieme di criteri appropriato (ad esempio, il metodo da utilizzare, gli elementi di comparazione e gli aggiustamenti da apportare, le ipotesi di base relative agli eventi futuri) per la determinazione dei prezzi di trasferimento applicabili a tali transazioni durante un dato periodo di tempo".²⁹³ A differenza delle operazioni tra società non integrate (ossia società che non fanno parte di un gruppo) che si presume siano effettuate a condizioni di mercato, le operazioni intragrupo possono non esserlo, in quanto il livello dei prezzi è stabilito dal gruppo stesso. Pertanto, questo sistema può portare alla manipolazione dell'allocazione degli utili al fine di spostare le entrate verso Paesi a bassa tassazione. Per evitare tale distorsione, l'OCSE ha formulato il cosiddetto "principio di piena concorrenza" o "libera concorrenza" (*arm's length principle*), che consente di calcolare il corretto prezzo di trasferimento per le transazioni intragrupo.²⁹⁴ Sebbene la fonte che introduce l'*arm's length principle* non sia vincolante, questo viene considerato uno standard riconosciuto a livello mondiale.²⁹⁵

²⁹² Commissione (DG Competition), 'Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016 - DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings' (Internal Working Paper), disponibile online: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf, para. 5.

²⁹³ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento nel settore delle procedure di prevenzione e soluzione delle controversie e agli orientamenti in materia di accordi preventivi sui prezzi di trasferimento nell'UE (COM(2007) 71 definitivo) 9.

²⁹⁴ OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OCSE 2017) 22 disponibile online: <http://www.oecd.org/publications/oecd-transfer-pricing-guidelines-formultinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

²⁹⁵ Theodoros Iliopoulos, *op. cit.*; Tony Joris, Wout De Cock, 'Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU 'At Arm's Length Principle'?' (2017) 4 European State Aid Law Quarterly 607.

Chiaramente, gli Stati membri sono liberi di emettere decisioni di questo tipo nell'ambito della loro competenza in materia fiscale e ciò non implica necessariamente un contrasto con l'articolo 107(1) TFUE. Tuttavia, i *tax rulings* possono tradursi in aiuti di Stato illegali se si basano su criteri non oggettivi o personalizzati o se non riflettono in modo affidabile ciò che risulterebbe dall'applicazione ordinaria del regime fiscale, riducendo di conseguenza l'onere fiscale del beneficiario della misura rispetto ad altre società che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga.²⁹⁶ Riportando il discorso alla terminologia che caratterizza la disciplina degli aiuti di Stato, la selettività – anzi, il vantaggio selettivo, come si vedrà in seguito - è il requisito che assume maggiore rilevanza. Per effettuare tale valutazione, la comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato²⁹⁷ e il Working Paper sugli aiuti di Stato e *tax rulings*²⁹⁸ richiamano entrambi l'*arm's length principle*, che viene ritenuto parte del diritto dell'Unione europea alla luce della pronuncia della Corte di giustizia nella causa *Forum 187*.²⁹⁹ In quell'occasione, si faceva riferimento a tale principio per affermare che una misura fiscale che prescriveva un metodo per la determinazione dell'utile imponibile di una società di un gruppo integrato desse luogo a un vantaggio selettivo ai sensi dell'articolo 107(1) TFUE.³⁰⁰

L'introduzione dell'*arm's length principle* nella valutazione del vantaggio selettivo delle misure fiscali ha suscitato una serie di critiche. Un primo ordine di contestazioni nasce dalla difficoltà nell'individuare una base giuridica che introduca formalmente questo principio nell'ordinamento europeo. La sentenza *Forum 187*, che viene richiamata come precedente al riguardo, non fa in realtà esplicito riferimento a tale principio né lo include espressamente nel processo valutativo del requisito della selettività. In quell'occasione, la Corte di giustizia si

²⁹⁶ Commissione, 'Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea', *cit.*, para. 170.

²⁹⁷ *Ibid.*, para. 172.

²⁹⁸ Commissione (DG Competition), 'Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016 - DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings', *cit.*

²⁹⁹ Corte di Giustizia dell'UE, Sentenza del 22 giugno 2006, Cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio (C-182/03) e Forum 187 ASBL (C-217/03) c. Commissione delle Comunità europee*.

³⁰⁰ Commissione (DG Competition), 'Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016 - DG Competition Working Paper on State Aid and Tax Rulings', *cit.*, para. 4.

è limitata 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."³⁰¹ Pertanto, è stato osservato che non è automatico considerare l'*arm's length principle* come un corollario implicito della valutazione ex articolo 107 TFUE "indipendentemente dal fatto che uno Stato membro abbia o meno incorporato tale principio nel proprio ordinamento giuridico nazionale"³⁰² unicamente sulla base del riferimento fatto nella sentenza *Forum 187* alle "condizioni di libera concorrenza". Infatti, non è possibile derivare da tale affermazione la nozione di *arm's length principle*, come quella adottata dalla Commissione.³⁰³

Il Tribunale si è espresso sulla possibilità di utilizzare questo principio nella valutazione del vantaggio selettivo nelle sentenze relative ai casi *Fiat*, *Starbucks* e *Apple*, anche appellandosi a quanto deciso nella sentenza *Forum 187*.³⁰⁴ Ciò che il Tribunale sembra affermare è la presenza di un principio di libera concorrenza europeo che risulta autonomo dall'incorporazione o meno di tale principio nell'ordinamento nazionale.³⁰⁵ Infatti, in linea con quanto sostenuto dalla Commissione, questo viene configurato alla stregua di una specificazione del principio generale di parità di trattamento in materia di tassazione, che rientra pertanto nell'ambito di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE.³⁰⁶ In questo senso, il principio di libera concorrenza viene applicato come un parametro di riferimento

³⁰¹ *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione delle Comunità europee*, cit., para. 95. Tony Joris, Wout De Cock, *op. cit.*

³⁰² Commissione, 'Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea', cit., para. 172.

³⁰³ Liza Lovdahl Gormsen, 'EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga', cit.; Tony Joris, Wout De Cock, *op. cit.*; Dimitrios A. Kyriazis, *op. cit.*

³⁰⁴ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., para. 142; *Irlanda e a. c. Commissione europea*, cit., para. 213 e *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, cit., para. 150.

³⁰⁵ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., para. 126 ss; *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, cit., para. 131 ss.; *Irlanda e a. c. Commissione europea*, cit., 189 ss.

³⁰⁶ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., para. 131.

per stabilire se una società integrata benefici di un trattamento preferenziale e derogatorio rispetto al regime generale in forza di una misura tributaria che ne determini i prezzi di trasferimento.³⁰⁷ Peraltro, il Tribunale sottolinea che anche se il metodo di determinazione dei prezzi di trasferimento utilizzato dalla Commissione non è formalmente vincolato alle linee guida dell'OCSE, bisogna tenere in considerazione il fatto che “queste ultime si basano su lavori importanti svolti da gruppi di esperti rinomati, che riflettono il consenso raggiunto a livello internazionale per quanto riguarda i prezzi di trasferimento e che rivestono quindi un'importanza pratica certa nell'interpretazione delle questioni relative ai prezzi di trasferimento”.³⁰⁸

Un altro aspetto critico relativo all'introduzione di questo principio nella valutazione ex articolo 107(1) TFUE è legato all'intrinseca imprecisione di questo metodo che potrebbe comportare incertezza giuridica per le imprese. Si tratta di un profilo paradossale se si considera che i tax rulings vengono riconosciuti per essere, fra l'altro, degli ottimi strumenti in termini di prevedibilità e possibilità di pianificazione per le imprese. In effetti, il calcolo del corretto prezzo di trasferimento secondo l'*arm's length principle* è un esercizio complesso poiché consiste nel valutare qualcosa di puramente formale (i prezzi di trasferimento sono, per loro natura, esenti da influenze di mercato)³⁰⁹ che dipende da diversi fattori e che implica un certo grado di approssimazione. Il calcolo dei prezzi di trasferimento non è un'operazione che porta a risultati esatti in termini assoluti in quanto l'interpretazione delle linee guida OCSE può condurre ad esiti diversi, nessuno dei

³⁰⁷ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., para. 143, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, cit., para. 137 e 151; *Irlanda e a. c. Commissione europea*, cit., para. 215. Si noti che il caso Apple non aveva ad oggetto una questione relativa ai prezzi di operazioni infragruppo, bensì la tassazione delle società non residenti fiscali in Irlanda che esercitavano un'attività commerciale in tale Stato tramite le loro succursali irlandesi. Si trattava quindi di determinare gli utili che dovevano essere attribuiti a tali succursali ai fini dell'imposta sulle società, nell'ambito dell'imposizione cosiddetta «normale», tenuto conto delle norme di imposizione normali applicabili nel caso di specie. In questo senso, il Tribunale ha ritenuto che fossero applicabili in via analogica i principi applicabili ai prezzi di operazioni infragruppo all'interno di un gruppo di imprese (para. 206-2013).

³⁰⁸ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., 146-147 e *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, cit., para. 155.

³⁰⁹ Adrien Giraud, Sylvain Petit, 'Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter', *op. cit.*, 233.

quali necessariamente sbagliato.³¹⁰ Infatti, le stesse linee guida fanno riferimento ad un “*arm’s lenght range*”, cioè “un intervallo di prezzi accettabili per determinare se le condizioni di una transazione tra imprese associate siano a condizioni di libera concorrenza”.³¹¹ È importante notare come l’assenza di un metodo “corretto” per il calcolo dei prezzi di trasferimento comporterebbe anche delle difficoltà nell’individuazione della somma che deve essere recuperata, nel caso in cui la misura venga considerata un aiuto di stato illegittimo.³¹² Inoltre, l’introduzione di questo criterio nell’analisi sulla selettività di una misura implicherebbe una valutazione tendenzialmente *ex post* in merito con conseguente possibilità di rivalutazione di una decisione su cui l’impresa fa affidamento.

Quando ne ha avuto occasione, il Tribunale ha escluso la possibilità che il recupero di questo tipo di aiuti potesse creare una situazione tale da integrare una violazione del principio di certezza del diritto o di legittimo affidamento. In particolare, nel caso *Engie* l’argomentazione su cui si sono basati i giudici poggia sulla considerazione per la quale il modo con cui la Commissione ha dimostrato la selettività della misura è fondata su un metodo di valutazione applicato di consueto da Commissione e Corte (garantendo quindi il rispetto del principio della certezza del diritto) e che, tenuto conto del carattere obbligatorio del controllo della Commissione sugli aiuti di Stato, le imprese beneficiarie possono far valere un legittimo affidamento sulla regolarità dell’aiuto solo se questo è stato concesso nel rispetto della procedura di cui all’articolo 108 TFUE.³¹³ Inoltre, nel caso *Fiat*, a fronte delle contestazioni sollevate da Lussemburgo e Irlanda rispetto al fatto che una tale impostazione creerebbe “totale incertezza del diritto” e “una situazione senza precedenti illegittima che obbligherebbe gli Stati membri a notificare tutte le loro decisioni anticipate e a rimettere in discussione le decisioni anticipate esistenti”, il Tribunale ha sottolineato che l’applicazione degli articoli 107 e 108

³¹⁰ Ricardo André Galendi Júnior, ‘State Aid and Transfer Pricing: The Inherent Flaw Under a Supranational Reference System’ (2018) 46(12) *Intertax* 994, 995.

³¹¹ OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, cit., 18.

³¹² Nieves Bayón Fernández, ‘The Selective Advantage Criterion in Tax Rulings: The Path Towards a More Coherent and Thorough Analysis of Selectivity’ (2021) 12(3) *Journal of European Competition Law & Practice* 200, 216.

³¹³ *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea*, cit., para. 501-508.

TFUE a questo tipo di misure non implica in nessun modo una violazione del principio di certezza del diritto.³¹⁴ Infatti, le decisioni anticipate non costituiscono necessariamente un aiuto di Stato ma, come qualsiasi altra misura statale a favore di un'impresa, non devono costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno.

Come si può notare da quanto riportato nelle sentenze del Tribunale, non risulta quindi che al momento siano stati affrontati i problemi di certezza del diritto e di legittimo affidamento relativi, da un lato, all'incertezza del metodo di valutazione e, dall'altro, del rischio che la valutazione *ex post* della Commissione sia paragonabile a quello di una “*supra-national tax authority that reviews Member State transfer price determinations.*”³¹⁵ Questo ultimo aspetto apre la strada ad interrogativi riguardo alla limitazione imposta alla discrezionalità fiscale degli Stati membri e al ruolo che la Commissione può avere in queste dinamiche. Si rimanda a una più ampia discussione sul punto nella sezione dedicata (si veda *infra* par. 3.2.1.2.). Rispetto alla variabilità dei risultati che possono derivare dall'applicazione dell'*arm's length principle*, la posizione assunta dal Tribunale è orientata a ritenere che la Commissione non debba essere limitata nella sua discrezionalità valutativa, ammettendo l'utilizzo di questo metodo per verificare se i prezzi di trasferimento accettati dagli Stati membri corrispondano a una approssimazione corretta rispetto alle normali condizioni di mercato.³¹⁶ Tuttavia, nel compiere la propria analisi la Commissione è tenuta a tenere in considerazione la natura di questo metodo e del risultato approssimativo che si raggiunge, mentre il controllo dei giudici si deve limitare a considerare se eventuali imprecisioni nella decisione rientrano nella normale variabilità dei risultati ottenibili o se si tratti di veri e propri errori di applicazione del metodo individuato nel caso di specie.³¹⁷

³¹⁴ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., 114-117.

³¹⁵ U.S Department of the Treasury, ‘White Paper of 24 August 2016 ‘The European Commission’s Recent State Aid Investigation of Transfer Pricing Rulings’, disponibile online <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>, 9.

³¹⁶ *Granducato di Lussemburgo, Amazon EU Sàrl e Amazon.com, Inc. c. Commissione europea*, cit., para. 126.

³¹⁷ *Ibid*, para. 129.

Occorre precisare che, nella sentenza *Fiat*,³¹⁸ come anche nella sentenza *Amazon*,³¹⁹ il Tribunale ha applicato l'*arm's lenght principle* assumendo la posizione descritta in relazione al requisito del vantaggio senza specificare se la medesima *ratio* sia applicabile anche alla selettività, mentre nei casi *Apple* e *Starbucks* la discussione circa la possibilità di utilizzare questo metodo di valutazione nell'analisi ex articolo 107(1) TFUE verteva inizialmente su quello che viene definito vantaggio selettivo per poi di fatto passare all'analisi del vantaggio *tout court*.³²⁰ Tale commistione nella valutazione del vantaggio economico e della selettività, tratto che caratterizza anche le decisioni della Commissione in questi casi, costituisce un ulteriore punto controverso. Infatti, la Commissione ritiene che se gli *APA* comportano una riduzione ingiustificata dell'onere fiscale per le imprese, tale "riduzione costituisce sia il vantaggio concesso dalla misura fiscale che la deroga al sistema di riferimento".³²¹ Il Tribunale ha confermato tale impostazione della Commissione, sottolineando il fatto che esaminare contemporaneamente i due requisiti non significa di per sé dare per presupposta la prova della sussistenza dell'uno o dell'altro criterio ma semplicemente condurre un'analisi che, nel caso di specie, è utile per provare entrambi e che, in alcuni passaggi si sovrappone.³²² In particolare, nella sentenza relativa al caso *Engie*, il Tribunale ha affermato che :

"en matière fiscale, l'examen de l'avantage et celui de la sélectivité coïncident, dans la mesure où ces deux critères impliquent de démontrer que la mesure fiscale contestée conduit à une réduction du montant de l'impôt qui aurait normalement été dû par le bénéficiaire de la mesure en application du régime fiscal ordinaire, et donc applicable aux autres contribuables se

³¹⁸ Come verrà precisato più avanti, in questo caso il Tribunale ha ritenuto che ricorressero le condizioni per presumere la presenza del requisito della selettività.

³¹⁹ In questa sentenza il Tribunale annulla la decisione della Commissione in quanto non è stato provato il vantaggio. L'*arm's lenght principle* viene utilizzato come metodo di valutazione di tale criterio mentre non viene quasi fatta menzione del criterio della selettività. È bene precisare che l'annullamento non è motivato sulla base dell'impossibilità di utilizzare l'*arm's lenght principle* nella valutazione ex articolo 107(1) TFUE ma dalla modalità di applicazione.

³²⁰ *Irlanda e a. c. Commissione europea, cit.* para. 134-135 e 192 ss.; *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea, cit.*, para. 137 ss.

³²¹ Decisione sull'aiuto di Stato concesso dai Paesi Bassi in favore di Starbucks, *cit.*, para. 253; Decisione sull'aiuto di Stato concesso dal Lussemburgo in favore di Fiat, *cit.*, para. 217.

³²² *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea, cit.*, para. 122; *Irlanda e a. c. Commissione europea, cit.*, para. 135-138.

trouvant dans la même situation. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence de la Cour que ces deux critères peuvent être examinés conjointement, en tant que « troisième condition » prévue par l'article 107, paragraphe 1, TFUE, portant sur l'existence d'un « avantage sélectif »".³²³

Il fatto che il “vantaggio selettivo” non sia una novità nella prassi decisionale della Commissione e che sia possibile ritrovare riferimenti al riguardo sin dalla Comunicazione del 1998 sulla tassazione diretta delle imprese³²⁴ oltre che nella giurisprudenza della Corte,³²⁵ non ha mitigato le critiche della dottrina al riguardo. Queste sono state prevalentemente dirette a sottolineare che il vantaggio economico e la selettività sono due condizioni separate che, pertanto, richiedono due analisi distinte e che l'*arm's length principle* non sarebbe uno strumento adatto per valutare se la misura sia selettiva ma solo se questa conferisca un vantaggio economico.³²⁶

Al riguardo, la stessa giurisprudenza della Corte, da un lato, ricorda la differenza ontologica fra i due requisiti e, dall'altro, individua le condizioni in presenza delle quali è possibile presumere la selettività della misura senza che sia necessario condurre un'apposita analisi. A questo proposito, nella causa *Commissione c. MOL*,³²⁷ la Corte di giustizia ha sottolineato l'autonomia del criterio della selettività, affermando che "il requisito di selettività di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del TFUE deve essere chiaramente distinto dall'individuazione concomitante di un vantaggio economico, in quanto, qualora la Commissione abbia individuato un vantaggio, inteso in senso lato, come derivante direttamente o indirettamente da una determinata misura, essa deve anche stabilire che tale vantaggio va a beneficio

³²³ *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea, cit.*, para. 241 dove viene richiamata una precedente sentenza della Corte al riguardo, sentenza del 30 giugno 2016, causa C-270/15 P, *Regno del Belgio c. Commissione europea*, para. 32.

³²⁴ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *cit.*, 3–9. Amedeo Arena, 'The Commission's ATR Decisions Before the CJEU: Untangling the Legal Conundrums of a Recent Trend in Fiscal Aids.' in Roberto Mastroianni e Amedeo Arena (eds), *60 Years of EU Competitions Law: Stocktaking and Future Prospects* (Editoriale Scientifica 2017).

³²⁵ Tony Joris, Wout De Cock, *op. cit.*

³²⁶ *Ibid*; Liza Lovdahl Gormsen, 'EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga', *cit.*

³²⁷ *Commissione europea c. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt, cit.*

specifico di una o più imprese".³²⁸ La *ratio* secondo la quale i requisiti del vantaggio e della selettività debbano essere trattati come criteri distinti viene ripetuto anche nelle recenti sentenze del Tribunale relative ai casi dei *tax rulings*, dove viene ricordato che il primo è un criterio volto a stabilire se la misura migliori la situazione economica del beneficiario mentre il secondo a dimostrare che altre imprese in una situazione giuridica e fattuale comparabile (individuate alla luce del quadro di riferimento identificato) non abbiano accesso al medesimo beneficio.³²⁹ Infatti, anche se presentano alcune analogie, questi due requisiti hanno una funzione diversa.³³⁰

Ciononostante, nella già richiamata sentenza relativa alla causa *Commissione c. MOL*, la Corte di giustizia ha precisato che "il requisito della selettività varia a seconda che la misura in questione sia prevista come regime generale di aiuti o come aiuto individuale. In quest'ultimo caso, l'individuazione del vantaggio economico è, in linea di principio, sufficiente a sostenere la presunzione di selettività".³³¹ Questa impostazione è stata recentemente riaffermata nella sentenza del Tribunale relativa al caso *Fiat*, precisando che, rispetto ad un aiuto individuale, "la presunzione di selettività si applica a prescindere dalla questione dell'esistenza o meno, sul mercato o sui mercati interessati, di operatori che si trovano in una situazione fattuale e giuridica analoga".³³² In primo luogo, va osservato che questa sentenza non comporta l'unione dei due requisiti in un unico criterio ma si limita a stabilire che, per gli aiuti individuali, esiste una presunzione relativa della

³²⁸ *Ibid*, para. 59.

³²⁹ *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea, cit.*, para. 239-240; *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea, cit.*, para. 332 ; *Irlanda e a. c. Commissione europea, cit.*, para. 134

³³⁰ Tony Joris, Wout De Cock, *op. cit.*

³³¹ *Commissione europea c. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt, cit.*, para. 60. Questa impostazione sembra implicitamente confermata in un obiter dicta della sentenza *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a., cit.*, para. 55, (successivamente citato anche in *Dirk Andres c. Commissione europea*, sentenza del 28 giugno 2018, causa C-203/16 P, para. 84) dove viene affermato che "(...) quando la misura di cui trattasi è considerata un regime di aiuti e non un aiuto individuale, incombe alla Commissione dimostrare se tale misura, benché essa preveda un vantaggio di portata generale, ne attribuisca il beneficio esclusivo a talune imprese o a taluni settori di attività", e nelle sentenze *Orange c. Commissione europea*, sentenza del 26 ottobre 2016, causa C-211/15 P, para. 53-54 e *Mytilinaios Anonymos Etairia – Omilos Epicheiriseon contro Commissione europea*, sentenza del 11 dicembre 2019, causa C-332/18 P, para. 67-68.

³³² *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea, cit.*, para. 333.

sussistenza del requisito della selettività quando il vantaggio economico sia già stato valutato e ritenuto presente,³³³ realizzando quindi l'inversione dell'onere della prova che passa dalla Commissione alle parti.³³⁴ In dottrina è stato sostenuto che l'approccio della Commissione nei confronti di questa presunzione è quanto meno critico alla luce del fatto che la selettività è uno dei principali parametri da valutare nel caso di misure fiscali visto che gli altri requisiti vengono normalmente soddisfatti.³³⁵

In ogni caso, è utile ribadire che affinché la presunzione possa operare, è necessario che il requisito del vantaggio sia provato e che la misura costituisca un aiuto individuale. Pertanto, è necessario individuare brevemente i riferimenti normativi che permettono di distinguere un regime generale di aiuti o da un aiuto individuale. In merito, il Regolamento 2015/1589³³⁶ sulle modalità di applicazione dell'articolo 108 TFUE chiarisce che per regime di aiuti si intende un "atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell'atto in linea generale e astratta e qualsiasi atto in base al quale l'aiuto, che non è legato a uno specifico progetto, può essere concesso a una o più imprese per un periodo di tempo indefinito e/o per un ammontare indefinito" (articolo 1 lett. d)), mentre per aiuti individuali si intendono "gli aiuti non concessi nel quadro di un regime di aiuti e gli aiuti soggetti a notifica concessi nel quadro di un regime" (articolo 1 lett. e)). Come sottolineato dal Tribunale, dalle definizioni fornite dal Regolamento è possibile derivare che l'esistenza di un regime di aiuti implica l'individuazione delle disposizioni di base alle quali viene concesso l'aiuto (oppure, in assenza, del complesso delle circostanze che ne rivelano l'esistenza di fatto), le quali contengono l'indicazione dei beneficiari in via generale e astratta e gli elementi

³³³ Amedeo Arena, 'State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice', *op. cit.*; Dimitrios A. Kyriazis, *op. cit.*

³³⁴ Leigh Hancher, 'The Role of Presumptions and the Burden of Proof in Recent State Aid Cases Some Reflections' (2019) 4 European State Aid Law Quarterly 470, 480 ss.

³³⁵ Si veda, ad esempio, Nieves Bayón Fernández, *op. cit.*, 202; Anna Gunn, Joris Luts, *op. cit.*, 122; Saturnina Moreno González, 'State Aid and Tax Competition: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings' (2016) 4 European State Aid Law Quarterly 556, 566; Liza Lovdahl Gormsen, *European State Aid and Tax Rulings*, *op. cit.*, 53.

³³⁶ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU L 248/9.

essenziali di detto regime, che non possono essere soggetti alla discrezionalità delle autorità nazionali che ne fanno applicazione.³³⁷

I *tax rulings* analizzati sono di solito aiuti individuali e, pertanto, la presunzione di selettività, derivante dalla valutazione del vantaggio economico, è applicabile e in linea con la giurisprudenza della Corte.³³⁸ In questo senso, è interessante segnalare la sentenza del Tribunale nel caso *Magnetrol International* relativo al regime fiscale belga sugli utili in eccesso.³³⁹ Infatti, in questo caso il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione ritenendo che la conclusione a cui era giunta quest'ultima, cioè l'esistenza di un regime di aiuti, fosse errata in quanto era stato analizzato solo un campione di decisioni anticipate. La sentenza è stata impugnata davanti alla Corte, la quale al momento non si è ancora pronunciata. Sono però già disponibili le conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del dicembre 2020³⁴⁰ dove viene proposto di annullare la sentenza del Tribunale, ritenendo che la Commissione abbia dimostrato in maniera soddisfacente che la prassi belga di rettifica in diminuzione degli utili delle società facenti parte di un gruppo multinazionale è da considerarsi un regime di aiuti *de facto*.³⁴¹ La questione della presunzione sarà un punto interessante rispetto al quale si attende la pronuncia della Corte la quale, al momento, non si è mai espressa in modo esplicito sull'applicabilità di detta presunzione nell'ambito della tassazione diretta.³⁴² Inoltre, potrebbe cogliere l'occasione per chiarire le condizioni che permettono di considerare un *tax ruling* come un aiuto individuale concesso nel quadro di un regime di aiuti - anche prendendo posizione rispetto alle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott dove la prassi amministrativa relativa ai *tax rulings* viene

³³⁷ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, cit., para. 344-348.

³³⁸ Sjoerd Douma, Alexia Kardachaki, 'The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises' (2016) 44(19) *Intertax* 746; Theodoros Iliopoulos, *op. cit.*; Amedeo Arena, 'State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice', *op. cit.*

³³⁹ *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea*, cit.

³⁴⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del dicembre 2020 nella causa *Commissione c. Belgio e Magnetrol International*, cit.

³⁴¹ La stessa linea argomentativa è stata seguita da Nike davanti al Tribunale nel corso dell'udienza del 25 gennaio 2021. Al riguardo, si veda Nieves Bayón Fernández, *op. cit.*, 203.

³⁴² *Ibid.*, 204.

equiparata a un regime di aiuti - e specificare se l'esistenza di un margine di discrezionalità da parte dell'amministrazione che concede la misura implica necessariamente la qualificazione di quest'ultima come aiuto individuale *ad hoc*.³⁴³

Infine, ulteriori profili critici relativi a questi casi sono individuabili nella conduzione dell'analisi da parte della Commissione nella valutazione del vantaggio selettivo, in particolare rispetto alla modalità di applicazione dell'*arm's length principle* e all'individuazione del quadro di riferimento. Infatti, si tratta di schemi fiscali particolarmente elaborati e complessi, rispetto ai quali non è facile fare applicazione dei principi che reggono la valutazione del vantaggio selettivo. In particolare, l'individuazione del corretto quadro di riferimento è un elemento cruciale della classica analisi in tre fasi della selettività, essendo il benchmark rispetto al quale la misura viene confrontata e, quindi, potendo influenzarne fortemente l'esito della valutazione. Facendo riferimento agli APA, va osservato che astrattamente questi possono essere conclusi da tutti i gruppi di società, mentre quelle non integrate sono escluse in quanto non fanno parte di un gruppo e quindi, per definizione, non sono coinvolte nelle questioni relative ai prezzi di trasferimento. Nella recente prassi della Commissione al riguardo, il quadro di riferimento è stato individuato nell'imposta sul reddito delle società. Tuttavia, l'identificazione di tale quadro di riferimento sembra piuttosto teorica e illogica poiché i gruppi societari e le società non integrate si trovano chiaramente in una situazione giuridica e fattuale diversa in relazione ai prezzi di trasferimento. Sarebbe stato invece più ragionevole individuare il quadro di riferimento nelle norme in materia di imposta sulle società applicate ai gruppi societari o nelle norme specifiche sui prezzi di trasferimento³⁴⁴ Prendendo in considerazione tale quadro più ristretto probabilmente il risultato sarebbe stato il medesimo ma si sarebbe

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Steven Verschuur, Melina Stroungi, 'State Aid and Tax Rulings – the Commission's Approach to Virtual Payments: Equal Treatment of Multinationals?' (2017) 4 European State Aid Law Quarterly 598; Adrien Giraud, Sylvain Petit, 'Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter', *op. cit.* Parte della dottrina ha anche sostenuto che questa valutazione sia conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Si veda, ad esempio, Nieves Bayón Fernández, *op. cit.*

seguito un ragionamento più logico, concreto e coerente con le norme sugli aiuti di Stato.³⁴⁵

3.2.1.2. L'estensione della nozione di selettività e la riduzione della discrezionalità fiscale nazionale

L'analisi effettuata suggerisce l'effettiva tendenza all'estensione della nozione di selettività, spesso declinato in quello che viene denominato vantaggio selettivo e derivante dalla crasi dell'analisi dei due requisiti. Come già ricordato più volte, poiché la selettività è il criterio che ha maggiore impatto nella valutazione delle misure fiscali, un'interpretazione estensiva comporta inevitabilmente un corrispondente ampliamento della nozione di aiuto di stato fiscale e una proporzionale limitazione della sovranità fiscale nazionale in materia di imposizione diretta, con relativa modifica della ripartizione di poteri tra l'Unione europea e Stati membri.

A seguito delle decisioni della Commissione nei casi relativi ai *tax rulings*, sono state sollevate numerose critiche relative a questo profilo. In particolare, come contestato da molti dei ricorrenti presso il Tribunale che chiedevano l'annullamento delle rispettive decisioni per violazione delle norme dei Trattati in merito a questi profili ed eccesso di potere da parte della Commissione, si lamenta l'attuazione di un'armonizzazione fiscale dissimulata per il tramite dell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato. Ad esempio, nel caso *Fiat*, il Lussemburgo deduceva che “la Commissione ha ecceduto i suoi poteri e violato gli articoli 4 e 5 TUE procedendo a un'armonizzazione fiscale dissimulata, sebbene la fiscalità diretta ricada nella competenza esclusiva degli Stati membri, ai sensi dell'articolo 114 TFUE”³⁴⁶ e, a suo avviso, “la Commissione si sarebbe eretta a «giudice d'appello per le amministrazioni finanziarie» nazionali, verificando se la decisione anticipata controversa fosse anomala ai sensi del diritto lussemburghese e dell'OCSE.”³⁴⁷ Nel

³⁴⁵ Adrien Giraud, Sylvain Petit, ‘Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter’, *op. cit.*,

³⁴⁶ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea, cit.*, para. 100.

³⁴⁷ *Ibid.*

medesimo procedimento, anche l'Irlanda ha sostenuto che la Commissione avesse proceduto ad un'armonizzazione dissimulata poiché "la decisione impugnata violerebbe la ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, stabilita, in particolare, dall'articolo 3, paragrafo 6, TUE e dall'articolo 5, paragrafi 1 e 2, TUE, in quanto l'imposizione diretta rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri."³⁴⁸ In particolare, nel caso *Magnetrol International* (regime sulle esenzioni degli utili in eccesso del Belgio), è stato lamentato il fatto che la Commissione avesse utilizzato le norme sugli aiuti di Stato per determinare unilateralmente degli elementi rientranti nella competenza fiscale esclusiva degli Stati membri, come la determinazione dei redditi imponibili e la modalità di imposizione degli utili prodotti da transazioni transfrontaliere all'interno di gruppi di imprese, equiparando tale attività ad una armonizzazione forzata.³⁴⁹ Inoltre, nel caso *Starbucks* è stata sollevata la seguente contestazione: nonostante il fatto che il rispetto dell'articolo 107 TFUE costituisca effettivamente un limite all'autonomia fiscale degli Stati membri, quest'ultima avrebbe ecceduto i poteri ad essa conferiti sostituendo, "col pretesto del principio della parità di trattamento, le norme di diritto tributario olandese con un principio in materia di prezzi di trasferimento sviluppato in modo autonomo e di aver imposto così norme di diritto tributario sostanziale."³⁵⁰

Tali istanze sono state integralmente rigettate dal Tribunale che, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte in merito, ha ritenuto che anche se la materia delle imposte dirette, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, rientra nella competenza degli Stati membri, questi devono esercitare tali competenze nel rispetto del diritto dell'Unione europea, ivi compresa la disciplina sugli aiuti di Stato.³⁵¹ Infatti, gli Stati membri possono strutturare i propri sistemi di tassazione delle imprese nel modo che ritengono più appropriato e più adatto alle loro economie, determinando i criteri d'imposizione e la ripartizione

³⁴⁸ *Ibid*, para. 101. Si veda anche *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea, cit.*, para. 60. Inoltre, nel caso *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea, cit.*, viene lamentata la violazione degli articoli 4 e 5 TUE, dal 3 a 5 e dal 113 al 117 TFUE.

³⁴⁹ *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea, cit.*, para. 59.

³⁵⁰ *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea, cit.*, para. 132.

³⁵¹ *Ibid*, para. 142; *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea, cit.*, para. 62; *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea, cit.*, para. 138 e giurisprudenza ivi citata.

della pressione fiscale sui diversi fattori di produzione e settori economici,³⁵² ma la loro discrezionalità in questo campo deve essere coerente e conforme con il diritto dell'Unione europea, di cui hanno il dovere di garantirne l'effettiva applicazione.³⁵³ In questo senso, secondo la lettura data dal Tribunale, la Commissione non si è eretta a “giudice d'appello per le amministrazioni finanziarie” ma si è limitata ad esercitare i poteri che le sono attribuiti dalle norme del Trattato in relazione al divieto di aiuti di Stato.³⁵⁴ Con riferimento alla contestazione sostenuta da Paesi Bassi e *Starbucks* consistente nell'accusa verso la Commissione di aver individuato un principio di libera concorrenza specifico del diritto dell'Unione in violazione dell'autonomia fiscale degli Stati membri, il Tribunale ha ribadito che tale principio è un necessario corollario dell'analisi ex articolo 107(1) TFUE, indipendentemente dal fatto che lo Stato membro lo abbia incorporato nel proprio sistema giuridico.³⁵⁵ Ciò non comporta una violazione della discrezionalità fiscale nazionale in quanto si tratta di un parametro che consente di verificare se il livello di prezzo approvato corrisponda a quello che sarebbe stato applicato alle condizioni di mercato e valutare dunque se la misura risulti in un vantaggio selettivo, analisi che rientra nella competenza della Commissione.³⁵⁶ In particolare, viene specificato che:

“sebbene la tassazione cosiddetta «normale» sia definita dalle norme fiscali nazionali e sebbene l'esistenza stessa di un vantaggio debba essere dimostrata

³⁵² Sul tema del riparto di competenze nell'ordinamento europeo e il *retained power* in capo agli Stati membri, si veda Lena Boucon, 'EU Law and Retained Powers of Member States', *op. cit.* Più in generale, in relazione alla nozione di potere fiscale, competenza fiscale e sovranità fiscale, si veda Andréas Kallergis, *op. cit.*

³⁵³ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, *cit.*, para. 105-106, *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, *cit.*, para. 159; *Regno del Belgio e Magnetrol International c. Commissione europea*, *cit.*, para. 63- 64, *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea*, *cit.*, para. 139. Si veda inoltre, Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 19 giugno 2014, Cause riunite C-53/13 e C-80/13, *Strojírny Prostějov, a.s. e ACO Industries Tábor s.r.o. contro Odvolací finanční ředitelství*, para. 23; Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 3 ottobre 2006, Causa C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH contro Finanzamt Hamburg-Eimsbüttel*, para. 30; *Commissione europea (C-106/09 P) e Regno di Spagna (C-107/09 P) contro Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, *cit.*, para. 97. In dottrina, si veda, Loïc Azoulay, 'The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?' *op. cit.*; Amedeo Arena, 'State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice', *op. cit.*; Theodoros Iliopoulos, *op. cit.*, Steven Verschuur, Melina Stroungi, *op. cit.*; Tony Joris, Wout De Cock, *op. cit.*

³⁵⁴ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, *cit.*, para. 108, *Granducato di Lussemburgo e a. contro Commissione europea*, *cit.*, para. 142.

³⁵⁵ *Regno dei Paesi Bassi c. Commissione europea*, *cit.* para. 139.

³⁵⁶ *Ibid.*, para. 151.

in relazione ad esse, resta il fatto che [...] l'articolo 107, paragrafo 1, TFUE consente alla Commissione di controllare se il livello dei prezzi delle operazioni infragruppo, accettato dalle autorità nazionali per la determinazione della base imponibile di una società integrata, corrisponda al livello di prezzo di un'operazione negoziata a condizioni di mercato.”³⁵⁷

Alla luce del quadro ricostruito dal Tribunale nelle recenti sentenze analizzate, non sembra che l'Unione europea, attraverso l'attività della Commissione, stia oltrepassando i limiti dei propri poteri mediante questa interpretazione estensiva dell'articolo 107(1) TFUE. Tuttavia, nonostante le argomentazioni e i chiarimenti esposti al riguardo in tali sentenze, permangono alcuni dubbi e criticità rispetto ad una così forte interferenza dell'Unione europea nella sovranità fiscale degli Stati membri.

In primo luogo, il rischio di rendere la Commissione una sorta di autorità fiscale sovranazionale,³⁵⁸ la “*supra-national tax authority*” prefigurata dal *Department of the Treasury* statunitense,³⁵⁹ non può dirsi un dubbio così peregrino. Infatti, se all'estensione della nozione di selettività e, di conseguenza, di aiuto di Stato, si aggiunge l'applicazione di un criterio che porta a risultati non univoci come il *arm's length principle*, molti elementi di incertezza di inseriscono nell'analisi. Pertanto, una più netta definizione della nozione dell'*arm's length principle* come adottata dalla Commissione sarebbe necessario per aumentare la prevedibilità delle decisioni da parte delle imprese e degli Stati membri. Inoltre, sarebbe importante un chiarimento rispetto alla base giuridica rispetto alla quale questo principio esterno al diritto dell'Unione europea diventa parte integrante dell'ordinamento in qualità di parametro per la valutazione delle misure fiscali. In particolare, sarebbe necessario specificare se si tratti di una nozione autonoma del diritto dell'Unione europea, precisandone la definizione anche in considerazione del fatto che tale principio non è parte di tutti gli ordinamenti degli Stati membri. In effetti, il

³⁵⁷ *Ibid*, para. 159.

³⁵⁸ *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, *cit.*, para. 100.

³⁵⁹ U.S Department of the Treasury, ‘White Paper of 24 August 2016 ‘The European Commission’s Recent State Aid Investigation of Transfer Pricing Rulings’, *cit.*, 9.

riferimento alla sentenza *Forum 187* e il richiamo all'autonomia di cui gode la Commissione nelle modalità che utilizza per dimostrare la presenza dei requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE, non sono sufficienti e non risolvono i dubbi derivanti da un tale uso di questo principio.

In secondo luogo, nel corso degli anni si è assistito a un'evoluzione convergente, da un lato, degli strumenti di soft law volti al contrasto della concorrenza fiscale dannosa tra gli Stati membri e, dall'altro, della nozione di aiuti fiscali ai fini del controllo degli aiuti di Stato.³⁶⁰ Oggi le regole sugli aiuti di Stato sono apertamente utilizzate per contrastare la concorrenza fiscale dannosa e i suoi fenomeni collaterali come il dumping fiscale, la pianificazione fiscale aggressiva e l'evasione e l'elusione fiscale internazionale. Il perseguimento di questo obiettivo, già prefigurato dal 1998 in occasione dell'adozione della Comunicazione della Commissione sulla tassazione diretta delle imprese,³⁶¹ non può e non deve tradursi in quella che talvolta viene denominata “*backdoor tax harmonization*”.³⁶² Le norme sugli aiuti di Stato, pur essendo uno strumento utile per combattere la concorrenza fiscale dannosa, non possono essere utilizzate come sostituto al ravvicinamento delle normative relative dei sistemi di tassazione delle imprese degli Stati membri dell'UE.³⁶³ Al contrario, come dimostra il recente filone di casi sui *tax rulings*, l'impressione è che vi sia, almeno in una certa misura, l'intenzione di perseguire anche questo fine.

3.2.2. Aspetti critici dell'utilizzo degli aiuti di Stato come strumento per contrastare la concorrenza fiscale dannosa

³⁶⁰ Edoardo Traversa, Alessandra Flamini, 'Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?' (2015) 3 *European State Aid Law Quarterly* 323; Steven Verschuur, Melina Stroungi, *op. cit.*

³⁶¹ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *cit.*

³⁶² Eugene Stuart, 'Whether or Not to Bite the Apple: Some Implications of the August 2016 Commission Decision on Irish Tax Benefits for Apple' (2007) 2 *European State Aid Law Quarterly* 209; Dimitrios A. Kyriazis, *op. cit.*, 436; Cees Peters, 'Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality' (2019) 28(1) *EC Tax Review* 6. In senso parzialmente contrario, si veda Massimo Merola, Filippo Caliento, 'Is the Notion of Aid Broadening or Shrinking over Time, and if so, Why? A Subjective View on the Rationale of the Case Law' in Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti, Marco Botta (eds), *EU State Aid Law. Emerging Trends at the National and EU Level* (Edward Elgar Publishing 2020) 51-53.

³⁶³ Edoardo Traversa, Alessandra Flamini, *op. cit.*

Il Codice di condotta contempla la possibilità che, in alcuni casi, ci possa essere una sovrapposizione tra le misure fiscali considerate dannose e la nozione di aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno.³⁶⁴ Infatti, proprio alla luce di questa acclarata eventualità, la Commissione è stata indotta a elaborare le proprie linee guida sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure relative alla tassazione diretta delle imprese.³⁶⁵ La comunicazione che ne è scaturita ha chiarito le modalità di applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato in campo fiscale ed è stata seguita da una relazione sulla loro attuazione.³⁶⁶ È importante sottolineare che, come rilevato in tale documento, "la Commissione ha del resto adottato decisioni nelle quali classifica come aiuti diverse misure considerate non dannose dal codice di condotta" e che, al contrario, "è del tutto possibile che una misura ritenuta dannosa ai sensi del codice di condotta non rientri nella nozione di aiuto di Stato".³⁶⁷ Inoltre, la relazione sottolinea che il codice di condotta "è volto, tra l'altro, a prevenire l'erosione delle basi fiscali di taluni Stati membri a profitto di altri Stati membri, mentre il controllo sugli aiuti di Stato è volto a prevenire le situazioni che incidano sulla concorrenza e sugli scambi tra le imprese"³⁶⁸ e che il controllo degli aiuti di Stato non si applica che a misure specifiche, esso non permette di porre fine alle distorsioni della concorrenza che risultassero da disposizioni generali in vigore degli Stati membri. Pertanto, la politica di controllo degli aiuti di Stato non potrebbe sostituirsi agli sforzi degli Stati membri in materia di coordinamento delle politiche fiscali, volti ad abolire le misure fiscali dannose.³⁶⁹ Tuttavia, l'uso massiccio del controllo degli aiuti di Stato contro le pratiche di ruling fiscale adottate dagli Stati membri negli anni successivi, come visto, suggerisce un cambiamento di posizione da parte della Commissione.

In effetti, l'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato a una vasta gamma di misure nazionali e l'uso di questo controllo per limitare l'attuazione di misure fiscali

³⁶⁴ "Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese", *cit.*, lett. J.

³⁶⁵ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *cit.*

³⁶⁶ Commissione, 'Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese' (COM (2004) 434).

³⁶⁷ *Ibid.*, 66.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*

dannose solleva diversi dubbi. In particolare, non è chiaro in che misura la nozione di aiuto di Stato sia limitata dal rispetto delle competenze nazionali in materia fiscale e se l'utilizzo di questo strumento sia un metodo efficace per affrontare le sfide poste dall'attuazione di misure fiscali dannose. Infatti, il *leitmotiv* del dibattito sul rapporto tra la disciplina degli aiuti di Stato e la concorrenza fiscale riguarda proprio la modalità con la quale sia possibile trovare un equilibrio tra il rispetto del potere discrezionale nazionale in materia fiscale e il mantenimento di un ambiente concorrenziale sano. È dunque interessante analizzare come la normativa in materia di aiuti di Stato venga applicata alle misure che rientrano nell'ambito di applicazione del Codice di condotta, al fine di verificare se tale insieme di norme sia adeguato o meno ad affrontare il problema della concorrenza fiscale dannosa.

La questione principale riguarda la portata della normativa in oggetto. Le norme in materia di aiuti di Stato prendono in considerazione le misure di un singolo Stato membro, valutando se esse possano falsare la concorrenza incidendo sugli scambi nel mercato interno conferendo un vantaggio selettivo a determinate imprese. Al contrario, la concorrenza fiscale e le relative pratiche di trasferimento degli utili attuate dalle imprese sono caratterizzate da una forte dinamica transfrontaliera che la normativa sugli aiuti di Stato non è in grado di ricomprendere nel suo ambito di applicazione. Pertanto, a causa della sua natura, la normativa in materia di aiuti di Stato non è adatta a controllare e sanzionare pratiche di questo tipo che vengono incentivate da misure nazionali.³⁷⁰ Inoltre, applicando la disciplina degli aiuti di Stato, tale sanzione - vale a dire il recupero dell'aiuto - è inefficace se si considera che le misure fiscali dannose, avendo la finalità di attirare investimenti da parte delle imprese impegnate in pratiche di trasferimento degli utili, sono in ultima analisi destinate a conferire un vantaggio allo Stato membro stesso. È chiaro che in questo senso si tratta di una situazione che risulta vantaggiosa anche per lo Stato che attua tali misure. Ne consegue che la normativa in materia di aiuti di Stato non è adatta a limitare questo tipo di pratiche dannose, poiché il recupero degli aiuti mira a ripristinare la *downstream competition* (concorrenza tra imprese) e non ad

³⁷⁰ Emily Forrester, 'Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?' (2018) 27(1) EC Tax Review 19, 31.

avere un impatto sull'*upstream competition* (concorrenza tra Stati membri).³⁷¹ In astratto, lo Stato risulta doppiamente vincente, riuscendo ad ottenere investimenti e capitali sul suo territorio e non subendo alcun tipo di sanzione nel caso di decisione di recupero dell'aiuto.

Ciò spiega le difficoltà che si incontrano nel tentativo di adattare il concetto di aiuto di Stato allo scopo di combattere la concorrenza fiscale dannosa. Infatti, i requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE mirano a individuare le misure potenzialmente pericolose per la concorrenza a valle. Possono anche incidere sulla concorrenza a monte, ma si tratta di un effetto secondario. Il tentativo di estendere la nozione di aiuto di Stato per cogliere anche le misure fiscali dannose che tradizionalmente non rientravano nel campo di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE risulta quindi problematico sotto molti profili.

La conseguenza più rilevante di questa evoluzione è l'estensione della nozione di selettività. Come già evidenziato nei paragrafi precedenti, questa tendenza può essere identificata in relazione alla discussa applicazione delle norme sugli aiuti di Stato ai *tax ruling*, ma anche con riferimento alla definizione di aiuto fiscale in generale. Infatti, nel corso degli anni la prassi decisionale della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno contribuito allo sviluppo e all'estensione di questa nozione che ha un ruolo decisivo nel determinare il campo di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE in relazione alle misure fiscali.³⁷² Gli aiuti fiscali, con tutti gli inevitabili punti di contatto che hanno con il fenomeno

³⁷¹ L'eloquente terminologia usata per distinguere la concorrenza fra imprese e Stati membri (downstream and upstream competition) è mutuata da Alfonso Lamadrid de Pablo, José Luis Buendía, 'State Aid Asymmetries and the Covid-19 Outbreak- An Update and an Offer', *Chillin' Competition*, 19 maggio 2020.

³⁷² Si veda, in particolare, *Repubblica portoghese c. Commissione delle Comunità europee*, *cit.*; *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e altri c. Juntas Generales del Territorio Histórico de Vizcaya e altri*, *cit.*; *British Aggregates Association contro Commissione delle Comunità europee e Regno Unito*, *cit.*; *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, *cit.*; *Commissione europea contro Regno dei Paesi Bassi*, *cit.*; *Ministero dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle Entrate v Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08)*, *Adige Carni Soc. coop. arl, in liquidation v Agenzia delle Entrate and Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08) and Ministero delle Finanze v Michele Franchetto (C-80/08)*, *cit.*; *Commissione europea (C-106/09 P) e Regno di Spagna (C-107/09 P) contro Government of Gibraltar e Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, *cit.*; *Commissione europea contro World Duty Free Group SA e a.*, *cit.* Per una panoramica rispetto alla posizione della Commissione rispetto alla nozione di aiuto di Stato, si veda Commissione, 'Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea', *cit.*

della concorrenza fiscale dannosa e il riparto di competenze in materia fiscale, sono un settore dotato di un discreto grado di complessità, corroborato anche dal fatto che lo sviluppo della giurisprudenza e della prassi decisionale della Commissione al riguardo non risultano sempre coerenti. A questo proposito, in un recente editoriale scritto da Andreas Bartosch, gli aiuti fiscali sono definiti come ‘the intellectually most challenging aspect which the application of the Treaty’s rules on this pillar of EU competition law has to offer’.³⁷³ In particolare, il criterio della selettività materiale viene paragonato ad una medusa, nel senso che ‘in the very moment you have reached a level of sufficient confidence to finally grasp it, it slips out of your hands again.’³⁷⁴ Nella prospettiva della presente analisi, la sfuggevolezza di queste definizioni crea non pochi problemi in quanto la distinzione fra misure generali e selettive determina l’effettiva divisione dei poteri³⁷⁵ e l’ampliamento del concetto di selettività ha effetti importanti in termini di potere conferito alla Commissione, che ha un ruolo fondamentale nella procedura di valutazione di potenziali aiuti di Stato illegali. Pertanto, l’estensione del concetto di selettività (e di aiuto di Stato) porta inevitabilmente con sé anche l’ampliamento del potere di controllo della Commissione sulle scelte nazionali in materia fiscale.

3.2.3. L’allentamento del controllo sugli aiuti di Stato e gli effetti sulla concorrenza fiscale dannosa: l’esempio della crisi legata al COVID-19

Le ripercussioni che la crisi economica legata alla pandemia da COVID-19 ha sul sistema di controllo sugli aiuti di Stato rappresenta un ottimo esempio per porre in evidenza i rischi che sono sottesi all’uso massiccio e, di fatto, quasi esclusivo di questa disciplina per contrastare i fenomeni di concorrenza fiscale dannosa. Infatti, l’allentamento delle norme sugli aiuti di Stato, unito alle forti asimmetrie fiscali tra gli Stati membri (preesistenti ma esacerbate dalla pandemia) e ai poteri di controllo molto limitati sulla concorrenza fiscale a livello europeo rischia di portare a importanti distorsioni nel mercato interno. Infatti, come evidenziato nei paragrafi precedenti, in tempi normali l’applicazione di norme rigorose in materia di aiuti di

³⁷³ Andreas Bartosch, ‘The Apple Ruling or the Destruction of the Ring to Bind Them All’ (2020) 19(3) European State Aid Law Quarterly 249.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Cees Peters, *op. cit.*

Stato ha di fatto anche l'obiettivo di limitare le pratiche concorrenziali tra gli Stati membri, pertanto l'allentamento dei controlli su di essi potrebbe facilitare l'attuazione di misure dannose in termini di concorrenza fiscale.

La pandemia di COVID-19 è una crisi a tutto tondo: al di là delle questioni sociali e di salute pubblica, ha un forte impatto sull'economia e probabilmente comporterà effetti a lungo termine. Tra le molte conseguenze delle necessarie misure di lockdown e contenimento del virus imposte dagli Stati membri, la perdita di ricavi e la mancanza di liquidità sono stati alcuni degli effetti più immediati per le imprese. La Commissione è stata estremamente rapida e reattiva nel riconoscere questi profili problematici intervenendo in modo importante e riconoscendo che un evento di tale entità doveva essere considerato alla stregua di una circostanza eccezionale e imprevedibile che nemmeno imprese “sane” sarebbero state pronte ad affrontare. Pertanto, con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato, il 19 marzo 2020 la Commissione ha pubblicato il Quadro di riferimento temporaneo³⁷⁶ il cui ambito di applicazione è stato esteso con le modifiche adottate i successivi 3 aprile 2020,³⁷⁷ 8 maggio 2020,³⁷⁸ 29 giugno 2020,³⁷⁹ 13 ottobre 2020³⁸⁰ e 28 gennaio 2021.³⁸¹

³⁷⁶ Comunicazione della Commissione, ‘Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19’ (2020) GU CI 91/1. È stato anticipato dalla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, ‘Risposta economica coordinata all’emergenza COVID-19’ (COM/2020/112 final), che evidenzia come la risposta della Commissione sia stata rapida e finalizzata a mitigare l’impatto economico del COVID-19, incluso l’impegno ad assicurarsi che “gli aiuti di Stato siano efficaci nel raggiungere le imprese che ne hanno bisogno e che non vi siano deleterie corse alle sovvenzioni, in cui Stati membri con mezzi più ingenti possono spendere più dei loro vicini a scapito della coesione all’interno dell’UE” (p.9).

³⁷⁷ Comunicazione della Commissione, ‘Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19’ (2020) GU CI 112/1.

³⁷⁸ Comunicazione della Commissione, ‘Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19’ (2020) GU C 164/3.

³⁷⁹ Comunicazione della Commissione, ‘Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della Covid-19’ (2020) GU C 218/3.

³⁸⁰ Comunicazione della Commissione, ‘Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell’allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea all’assicurazione del credito all’esportazione a breve termine’ (2020) GU C 340/1.

³⁸¹ Comunicazione della Commissione, ‘Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell’allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull’applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea all’assicurazione del credito all’esportazione a breve termine’, (2021) GU C 34/6.

La crisi attuale è l'esempio perfetto per mostrare i limiti e i rischi insiti nell'approccio adottato dall'Unione europea negli ultimi anni verso il controllo della concorrenza fiscale dannosa. Come già sottolineato, non è né adeguato né efficace affidarsi ad un insieme di regole destinate ad altri scopi e cercare di adeguare la nozione di aiuto di Stato per affrontare questo tipo di problemi. Il Quadro di riferimento temporaneo offre un ulteriore argomento a favore dell'inadeguatezza di questo approccio. In questo caso, un allentamento delle regole è perfettamente in linea con le logiche poste alla base della disciplina sugli aiuti di Stato. Tuttavia, come già sostenuto in precedenza, il controllo degli aiuti di Stato non è inteso solo a mantenere condizioni di parità tra le imprese, ma di fatto svolge anche un ruolo molto importante nel limitare l'attuazione di misure fiscali dannose dal punto di vista della concorrenza fra ordinamenti visto che il codice di condotta ha un'efficacia molto limitata. Pertanto, vi è motivo di temere che l'allentamento delle norme sugli aiuti di Stato comporti il rischio di un aumento nell'attuazione di misure fiscali dannose dovuto alla maggiore flessibilità permessa agli Stati membri nella concessione degli aiuti e ai controlli più superficiali da parte della Commissione per consentirne una rapida adozione. Alla luce della mancanza di coordinamento nel settore fiscale, questa crisi potrebbe addirittura facilitare l'attuazione di tali misure da parte degli Stati membri con una capacità di spesa maggiore.

Il quadro degli aiuti di Stato prevede diversi strumenti che consentono agli Stati membri di intervenire e mitigare gli effetti negativi della crisi. In primo luogo, come in tempi normali, i governi possono adottare misure generali che non rientrano nel campo di applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, a condizione che non siano selettive e che possono avere ad oggetto, ad esempio, integrazioni salariali, la sospensione del pagamento delle imposte sulle società, dell'IVA o dei contributi previdenziali, sostegno finanziario concesso direttamente ai consumatori per i servizi cancellati o per biglietti non rimborsati dagli operatori interessati.³⁸² Inoltre, gli Stati membri possono attuare misure che rientrano nell'ambito di applicazione

³⁸² Quadro temporaneo consolidato, para. 12.

del Regolamento di esenzione per categoria³⁸³ o che sono sotto le soglie previste dal Regolamento *de minimis*³⁸⁴ senza il coinvolgimento della Commissione.³⁸⁵ Per soddisfare le esigenze di liquidità e sostenere le imprese in difficoltà, i governi possono anche adottare misure previste dall'articolo 107(3), lett. c) TFUE e dai relativi Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà,³⁸⁶ dopo aver debitamente notificato alla Commissione le misure adottate.³⁸⁷

In secondo luogo, l'articolo 107(2) lett. b) TFUE prevede che "gli aiuti destinati ad ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali" sono considerati compatibili con il mercato interno. Si tratta di un'eccezione obbligatoria e le misure che rientrano nel suo campo di applicazione sono sempre esentate dal divieto generale previsto dall'articolo 107(1) TFUE. In particolare, le misure di aiuto devono essere notificate ai sensi dell'articolo 108(3) TFUE, ma la Commissione si limita a verificare che le condizioni siano soddisfatte e, pertanto, non ha potere discrezionale nella valutazione della compatibilità dell'aiuto.³⁸⁸ Poiché la Commissione considera che l'attuale crisi possa essere qualificata come una "circostanza eccezionale" ai fini dell'applicazione dell'articolo 107(2)(b) TFEU,³⁸⁹ gli Stati membri possono indennizzare le imprese che hanno subito un

³⁸³ Regolamento (UE) n. 651/2014 del 17 giugno 2014 che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato, GU L 187/1, come modificato dai regolamenti n. 1084/2017, 972/2020 e 452/2021. Inoltre, si veda Regolamento (UE) n. 702/2014 della Commissione, del 25 giugno 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali e che abroga il regolamento della Commissione (CE) n. 1857/2006; Regolamento (UE) n. 1388/2014 della Commissione, del 16 dicembre 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti a favore delle imprese attive nel settore della produzione, trasformazione e commercializzazione dei prodotti della pesca e dell'acquacoltura.

³⁸⁴ Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis».

³⁸⁵ Quadro temporaneo consolidato, para. 13.

³⁸⁶ Comunicazione della Commissione, 'Orientamenti sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese non finanziarie in difficoltà' (2014) GU C 249/1.

³⁸⁷ Quadro temporaneo consolidato, para.14.

³⁸⁸ Kelyn Bacon, *op.cit.*, 93.

³⁸⁹ Decisione della Commissione di non sollevare obiezioni, aiuto SA.56685 (2020/N) State aid notification on compensation scheme cancellation of events related to COVID-19 (Denmark), (2020) GU C125/1.

danno causato direttamente dalla pandemia da COVID-19.³⁹⁰ Tuttavia, trattandosi di un'eccezione automatica, le condizioni di ammissibilità sono piuttosto restrittive: il danno deve essere una diretta conseguenza dell'evento eccezionale (nesso causale tra il danno subito da un'impresa e l'epidemia), deve essere provato e la sovracompensazione è vietata.³⁹¹ In particolare, nel contesto della notifica di una nuova misura di aiuto relativa alla pandemia di coronavirus ai sensi dell'articolo 107(2) lett. b) TFUE, gli Stati membri sono tenuti a descrivere dettagliatamente la situazione specifica del loro Paese in relazione al COVID-19 (dati sulla diffusione della malattia e sull'impatto economico che sta avendo in quel paese), a fornire una descrizione generale del regime di aiuto (base giuridica nazionale, ambito geografico, forma di aiuto e meccanismo di finanziamento, beneficiari, durata, intensità) e dei danni coperti (nesso di causalità, tipo di danni risarciti e metodo di valutazione).³⁹² Le misure di aiuto previste dall'articolo 107(2) lett. b) TFUE sono cumulabili con altre forme di aiuto di Stato (come gli aiuti concessi in conformità al Quadro di riferimento temporaneo) a condizione che i costi coperti siano diversi.

In terzo luogo, ai sensi dell'articolo 107(3) lett. b) TFUE, gli aiuti concessi dagli Stati membri possono essere dichiarati compatibili con il mercato interno quando sono destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia nazionale. Per questo motivo, la Commissione ha adottato il Quadro di riferimento temporaneo: uno strumento giuridico non vincolante che individua una serie di misure temporaneamente ritenute compatibili con l'articolo 107(3) lett. b) TFUE in modo da garantire una procedura di approvazione rapida e più flessibile a seguito della notifica di una misura.³⁹³ Il Quadro di riferimento temporaneo non introduce nuove

³⁹⁰ Quadro temporaneo consolidato, para. 15.

³⁹¹ Si veda l'intervento di Jacques Derenne durante il webinar '#3 State aid in the COVID-19 contest' organizzato da Concurrences il 14 aprile 2020 nell'ambito della rassegna 'Concurrences Quarantine Webinar Series', (transcript disponibile online www.concurrences.com) e, in generale, Kelyn Bacon, *op. cit.*, 97.

³⁹² La Commissione ha pubblicato delle linee guida operative in merito alla notifica ex articolo 107 (2) (b) TFEU (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html).

³⁹³ Per una panoramica dei contenuti del Quadro di riferimento temporaneo, si veda: José Luis Buendía and Angela Dovalo, 'State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework', (2020) 1 *European State Aid Law Quarterly*, 3-7; Michel Debroux, 'State Aid & COVID-19: a Swift Response to a Massive Challenge', *e-Competitions Special Issue State aid & Covid-19 State aid & Covid-19*, 16 aprile 2020, 1-8, disponibile online: <https://www.concurrences.com/en/bulletin/special-issues/state-aid-covid-19/>; Andrea Biondi,

basi giuridiche per valutare la compatibilità degli aiuti di Stato, ma conferma la possibilità di ricorrere all'articolo 107(3) lett. b) TFUE, individuando specificamente le condizioni di compatibilità che la Commissione deve applicare e che devono essere rispettate da parte degli Stati membri, i quali dovranno anche dimostrare la necessità, la proporzionalità e l'adeguatezza delle misure per porre rimedio al turbamento dell'economia.³⁹⁴ Il Quadro di riferimento temporaneo non impedisce agli Stati membri di utilizzare approcci alternativi, pertanto sono sempre possibili notifiche sia per i regimi di aiuto che per quelli individuali che non rientrano nell'ambito di applicazione di questo strumento.³⁹⁵

La Commissione prevede una gamma molto ampia di misure ritenute compatibili: sovvenzioni dirette, anticipi rimborsabili o vantaggi fiscali,³⁹⁶ garanzie sui prestiti,³⁹⁷ tassi di interesse agevolati per i prestiti,³⁹⁸ garanzie e prestiti veicolati tramite enti creditizi o altri enti finanziari ³⁹⁹ e assicurazione del credito all'esportazione a breve termine.⁴⁰⁰ La modifica del 3 aprile 2020 ha esteso le cinque tipologie di aiuto originariamente previste dal quadro di riferimento temporaneo includendo gli aiuti volti alla ricerca e sviluppo in materia di COVID-19,⁴⁰¹ agli investimenti per le infrastrutture di prova e upscaling⁴⁰² e per la produzione di prodotti connessi al COVID-19,⁴⁰³ gli aiuti sotto forma di differimento delle imposte e/o dei contributi previdenziali ⁴⁰⁴ e gli aiuti sotto forma di sovvenzioni per il pagamento dei salari dei dipendenti per evitare i licenziamenti durante la pandemia.⁴⁰⁵ A seguito di un'ulteriore modifica dell'8 maggio 2020, sono state identificate ulteriori misure statali considerate compatibili con il mercato interno. In particolare, sono stati stabiliti i criteri mediante i quali gli Stati membri possono

'State Aid in the Time of COVID-19', EU Law Live, 25 marzo 2020, disponibile online: <https://eulawlive.com/op-ed-state-aid-in-the-time-of-covid-19-by-andrea-biondi/>;

³⁹⁴ Quadro temporaneo consolidato, para. 19.

³⁹⁵ *Ibid.*, para. 16.

³⁹⁶ *Ibid.*, sezione 3.1.

³⁹⁷ *Ibid.*, sezione 3.2.

³⁹⁸ *Ibid.*, sezione 3.3.

³⁹⁹ *Ibid.*, sezione 3.4.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, sezione 3.5.

⁴⁰¹ *Ibid.*, sezione 3.6.

⁴⁰² *Ibid.*, sezione 3.7.

⁴⁰³ *Ibid.*, sezione 3.8.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, sezione 3.9.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, sezione 3.10.

erogare un sostegno pubblico sotto forma di strumenti di capitale e/o strumenti ibridi di capitale a favore di imprese che si trovano in difficoltà finanziarie a causa della pandemia (misure di ricapitalizzazione)⁴⁰⁶ La Commissione ha ritenuto che questo tipo di misure debbano essere prese in considerazione solo se non possono essere individuate altre soluzioni adeguate e con un minore impatto sulle condizioni di mercato. Infatti, tali misure sono altamente distorsive per la concorrenza fra imprese e la loro concessione deve essere subordinata al rispetto di condizioni rigorose per quanto riguarda l'entrata dello Stato nelle imprese interessate, la sua remunerazione e l'uscita da esse, a disposizioni in materia di governance e a misure adeguate per limitare le distorsioni della concorrenza.⁴⁰⁷ Il 29 giugno 2020, la Commissione ha introdotto ulteriori modifiche al quadro di riferimento temporaneo per estendere ulteriormente l'ambito di applicazione di quest'ultimo, permettendo la concessione di maggiori interventi di supporto alle microimprese e alle piccole imprese, comprese le start-up e per incentivare gli investitori privati a partecipare alle misure di aiuti alla ricapitalizzazione collegate al coronavirus.⁴⁰⁸ Infine, due successive modifiche, rispettivamente del 13 ottobre 2020 e 28 gennaio 2021, hanno prorogato l'applicazione del quadro di riferimento temporaneo fino al 31 dicembre 2021 e ne hanno ulteriormente ampliato l'ambito di applicazione introducendo una nuova misura per consentire agli Stati membri di sostenere le imprese che subiscono un calo del fatturato, adattando le condizioni previste per le misure di ricapitalizzazione, estendendo l'esclusione temporanea di tutti i paesi dall'elenco dei paesi "con rischi assicurabili sul mercato" ai sensi della comunicazione sull'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine, aumentando i massimali degli aiuti e consentendo la conversione di alcuni strumenti rimborsabili in sovvenzioni dirette.⁴⁰⁹ Come previsto, gli Stati membri fanno grande

⁴⁰⁶ *Ibid*, sezione 3.11.

⁴⁰⁷ Comunicazione della Commissione, 'Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19' (2020) GU C 164/3, para. 7.

⁴⁰⁸ Comunicazione della Commissione, 'Terza modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della Covid-19' (2020) GU C 218/3.

⁴⁰⁹ Comunicazione della Commissione, 'Quarta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine' (2020) GU C 340/1; Comunicazione della Commissione, 'Quinta modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza della COVID-19 e modifica dell'allegato della comunicazione della Commissione agli

affidamento sul quadro di riferimento⁴¹⁰ e la Commissione concedere rapidamente la sua approvazione per le misure notificate.⁴¹¹ Infatti, in media le misure notificate sulla base del Quadro di riferimento temporaneo fino alle fine di giugno 2020 sono stati approvati in 12 giorni.⁴¹²

Il Quadro di riferimento temporaneo adottato dalla Commissione per consentire agli Stati membri di affrontare le sfide poste dalla pandemia di COVID-19 è stato modellato sulla base di quello predisposto durante la crisi finanziaria del 2008-2009.⁴¹³ La pronta reazione della Commissione è stata in effetti facilitata dall'esistenza di un modello preesistente che poteva essere adattato alle esigenze attuali. In generale, il nuovo quadro di riferimento temporaneo prevede massimali più elevati (ad esempio, il massimale per gli aiuti concessi sotto forma di sovvenzioni dirette è di 800.000 euro per impresa) e più ampie possibilità di intervento da parte degli Stati membri, come dimostrano le numerose misure sopra elencate.⁴¹⁴ È stato osservato che la crisi finanziaria ha contribuito allo svilupparsi di un nuovo approccio alla disciplina sugli aiuti di Stato caratterizzato da una percezione più positiva dell'intervento statale controllato,⁴¹⁵ con particolare attenzione all'importanza della predisposizione e attuazione di un insieme di regole

Stati membri sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea all'assicurazione del credito all'esportazione a breve termine', (2021) GU C 34/6.

⁴¹⁰ Secondo uno studio richiesto dalla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo (Jan van Hove, 'Impact of State Aid on Competition and Competitiveness During the COVID-19 Pandemic: an Early Assessment', Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, PE 658.214, dicembre 2020, 21) fino al 9 ottobre 2020 il budget totale stimato per tutti gli aiuti di Stato adottati (circa 300 misure che sono state notificate con riferimento a diverse basi giuridiche e di cui 85% fondate sul Quadro di riferimento temporaneo rappresentanti il 92,6% dell'intero budget) superava i 2.000 miliardi di euro e si tratterebbe di una cifra sottostimata in quanto non tutte le misure includevano una stima del budget totale.

⁴¹¹ Si veda https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html per una lista aggiornata delle misure approvate ex articolo 107 (2) b) TFUE, articolo 107 (3) b) TFEU e in applicazione del Quadro temporaneo di riferimento.

⁴¹² Carole Maczkovics, 'How Flexible Should State Aid Control Be in Time of Crisis?' (2020) 3 European State Aid Law Quarterly 271, 279.

⁴¹³ Per un'elencazione esaustiva delle misure temporanee relative agli aiuti di Stato adottate in risposta alla crisi economia e finanziaria, si veda https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary_archive_en.html.

⁴¹⁴ Si veda l'intervento di François-Charles Laprèvote e Georges Siotis durante il webinar '#3 State aid in the COVID-19 contest' organizzato da Concurrences il 14th aprile 2020 nell'ambito della rassegna 'Concurrences Quarantine Webinar Series', (transcript disponibile online: www.concurrences.com).

⁴¹⁵ Michel Debroux, *op. cit.*, 2.

chiare e trasparenti che possano essere seguite sia dagli Stati membri che dalla Commissione in modo rigoroso.⁴¹⁶ Il Quadro di riferimento temporaneo ad oggi in vigore può essere sicuramente considerato il risultato di tale approccio.

Il quadro di riferimento temporaneo conferma esplicitamente la funzione complementare del controllo degli aiuti di Stato, affermando che ‘il controllo dell'UE sugli aiuti di Stato garantisce che il mercato interno dell'UE non venga frammentato e che le condizioni di parità rimangano intatte. (...). Inoltre, evita pericolose corse alle sovvenzioni, in cui Stati membri con mezzi più ingenti possono spendere più dei loro vicini a scapito della coesione all'interno dell'Unione.’⁴¹⁷ Sebbene in termini generali si riferisca alla concorrenza intergiurisdizionale, questa affermazione è applicabile anche al settore specifico della concorrenza fiscale in cui il controllo degli aiuti di Stato può essere utilizzato per evitare una corsa al ribasso. Inoltre, l'ultima modifica del quadro di riferimento temporaneo ha introdotto il paragrafo 16 ter che prevede che gli aiuti concessi nell'ambito di questo regime “non possono essere subordinati alla delocalizzazione di un'attività produttiva o di un'altra attività del beneficiario da un altro paese situato all'interno dello SEE verso il territorio dello Stato membro che concede l'aiuto [poichè] tale condizione sembrerebbe avere degli effetti particolarmente pregiudizievoli per il mercato interno”.⁴¹⁸ Inoltre specifica che questa regola è applicabile ‘indipendentemente dal numero di posti di lavoro effettivamente perduti nel luogo iniziale di stabilimento del beneficiario nel SEE.’⁴¹⁹ L'inserimento di un esplicito divieto di condizionare la concessione dell'aiuto al trasferimento del beneficiario è ovviamente un limite importante all'introduzione di misure fiscali dannose. Tuttavia, questo articolo fa riferimento solo a misure che siano esplicitamente condizionate al trasferimento, mentre incentivi più sottili e nascosti potrebbero eludere il divieto.

Anche se è vero che la pandemia si è diffusa in egual modo in tutta l'Unione europea, oltre che nel resto del mondo, la crisi non ha colpito ogni Paese e settore

⁴¹⁶ Andrea Biondi, ‘State Aid in the Time of COVID-19’, *op. cit.*

⁴¹⁷ Quadro temporaneo consolidato, para. 10.

⁴¹⁸ *Ibid.*, para. 16 ter.

⁴¹⁹ *Ibid.*

nello stesso modo.⁴²⁰ Ciò è dovuto non solo al fatto che alcuni Stati sono stati meno colpiti dal virus, ma anche - e, in una certa misura, soprattutto - dalla diversa capacità di spesa di ciascuno di essi⁴²¹ che si traduce in asimmetrie per le quali gli Stati con maggiore capacità di spesa saranno in grado di sostenere molto meglio la propria economia interna.⁴²² A lungo termine, ciò potrebbe portare a effetti distorsivi della concorrenza tra le imprese, poiché i beneficiari di queste misure si troveranno in una posizione migliore rispetto ai loro concorrenti con sede in altri Stati membri,⁴²³ e all'intensificarsi della concorrenza fiscale dannosa, poiché tali misure possono avere il risultato finale (o l'obiettivo) di attirare capitali e investimenti stranieri, aggravando così la crisi presente in alcuni Stati membri.⁴²⁴

L'aumento delle possibilità di intervento nel mercato da parte degli Stati membri mediante lo strumento degli aiuti di Stato può essere la causa di serie distorsioni nel mercato interno.⁴²⁵ Infatti, come sottolineato dalla Presidente von der Leyen, è già possibile osservare 'an unlevelling of the playing field in our Single Market'.⁴²⁶ Ad

⁴²⁰ Si veda Luca Calzolari, 'L'influenza del COVID-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?', in SIDIBlog, Forum COVID-19, 6 April 2020 disponibile online www.sidiblog.org e François-Charles Laprèvote, Georges Siotis, *cit.*

⁴²¹ Si veda il discorso della Presidente von der Leyen al Parlamento europeo sul nuovo QFP, sulle risorse proprie e sul piano per la ripresa, Bruxelles, 13 maggio 2020. In particolare, ha sottolineato che 'the virus is the same in every Member State, but the capacity to respond and absorb the shock is very different' and 'that each Member State has a different fiscal space - so the use of state aid is very different'. Pertanto, ha considerato che è già possibile osservare 'an unlevelling of the playing field in our Single Market'.

⁴²² José Luis Buendía Sierra, 'State Aid in Time of Cholera', (2020) 1 *European State Aid Law Quarterly*, 2; Alfonso Lamadrid de Pablo and José Luis Buendía, 'State Aid Asymmetries and the Covid-19 Outbreak- An Update and an Offer', *cit.* Si veda inoltre, Carole Maczkovics, *op. cit.*, 279. L'asimmetria della diffusione geografica degli aiuti di Stato concessi a seguito della pandemia e il rischio che ciò possa provocare delle distorsioni nel mercato interno è sottolineato anche nello studio richiesto dalla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo e redatto da Jan van Hove, *op. cit.*, 23.

⁴²³ Paula Riedel, Thomas Wilson, Shane Cranley, 'Learning from the Commission's Initial State Aid Response to the COVID-19 Outbreak' (2020) 2 *European State Aid Law Quarterly* 115, 125.

⁴²⁴ Jan van Hove, *op. cit.*, 37.

⁴²⁵ Si veda Alfonso Lamadrid de Pablo and José Luis Buendía, 'A Moment of Truth for the EU: A Proposal for a State Aid Solidarity Fund', *Chillin' Competition*, 31 marzo 2020, dove gli autori riconoscono la presenza di asimmetrie fra gli Stati membri, denunciando la mancanza di meccanismi di bilanciamento e proponendo una modifica del Quadro di riferimento temporaneo al fine di rendere la compatibilità degli aiuti di Stato condizionata all'introduzione di compensazioni per la distorsione competitiva che creano. Inoltre, si veda anche Lena Hornkohl, Jens van't Klooster, 'With Exclusive Competence Comes Great Responsibility: How the Commission's Covid-19 State Aid rules Increase Regional Inequalities within the EU', *VerfBlog*, 29 aprile 2020, <https://verfassungsblog.de/with-exclusive-competence-comes-great-responsibility/>.

⁴²⁶ Discorso della Presidente von der Leyen al Parlamento europeo sul nuovo QFP, sulle risorse proprie e sul piano per la ripresa, Bruxelles, 13 maggio 2020

esempio, a maggio del 2020 la Germania aveva notificato misure per oltre la metà del valore totale degli aiuti approvati, mentre l'Italia aveva notificato aiuti per circa un quinto di tale valore.⁴²⁷ Questa situazione richiede certamente un intervento a livello europeo e la posizione della Commissione al riguardo è chiaramente indicata nella comunicazione relativa al secondo emendamento al quadro di riferimento temporaneo, dove si ricorda che “se il sostegno dovesse essere concesso a livello dell’UE, tenendo conto dell’interesse comune dell’Unione, il rischio di distorsione del mercato interno potrebbe essere inferiore (...) La Commissione ritiene che siano necessari ulteriori finanziamenti e sostegno a livello dell’UE per far sì che questa crisi simmetrica globale non si trasformi in uno shock asimmetrico a scapito degli Stati membri che hanno minori possibilità di sostenere la loro economia e della competitività dell’UE nel suo complesso.”⁴²⁸

Il *Recovery Plan* basato sul nuovo strumento *Next Generation EU*,⁴²⁹ come proposto dalla Commissione e concordato dai leaders europei il 21 luglio 2020,⁴³⁰ sembra andare in quella direzione ammettendo l'esistenza di asimmetrie e puntando al ripristino di condizioni di parità (ad esempio attraverso il nuovo strumento di sostegno alla solvibilità), oltre al rafforzamento del bilancio dell'UE. In quest'ottica, la discussione sulle risorse proprie è diventata centrale e il 14 dicembre 2020 il Consiglio ha adottato una Decisione al riguardo.⁴³¹ La Decisione sulle risorse proprie è entrata in vigore il 1 giugno 2021, con applicazione retroattiva a partire dal 1 gennaio 2021, a seguito della ratifica da parte di tutti gli Stati membri e autorizza la Commissione a contrarre prestiti fino a 750 miliardi di euro sui

⁴²⁷ Si veda, Sam Fleming, Jim Brunsten and Michael Peel, ‘Crisis in Europe: von der Leyen’s audacious bid for new powers’ *Financial Times* (18 maggio 2020) www.ft.com. Il grafico mostra che all’inizio di maggio il valore totale degli aiuti approvati ammontava a circa 2 trilioni di euro. Inoltre, per ulteriori dati riguardanti il valore di ciascun aiuto approvato, classificati in base al Paese notificante, si veda Commissione, ‘State Aid Cases’ <https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/jobs-and-economy-during-coronavirus-pandemic/state-aid-cases_en> ,

⁴²⁸ Comunicazione della Commissione, ‘Modifica del quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’economia nell’attuale emergenza del COVID-19’ (2020) GU C 164/3, para. 8.

⁴²⁹ Al riguardo, si veda Luca Calzolari, Francesco Costamagna, ‘La riforma del bilancio e la creazione di SURE e *Next Generation EU*’ in Pietro Manzini, Michele Vellano, *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea* (CEDAM 2021).

⁴³⁰ Consiglio europeo, ‘Riunione straordinaria del Consiglio europeo (17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020) - Conclusioni’ (EUCO 10/20).

⁴³¹ Decisione (UE, Euratom) 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell’Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, GU L 424/1.

mercati dei capitali per conto dell'UE, oltre che prevedere un aumento di 0.6 punti percentuali dell'importo massimo che l'Unione può chiedere agli Stati membri al fine di coprire i propri obblighi finanziari.⁴³²

L'attuazione di strumenti volti a compensare le asimmetrie tra gli Stati membri potrebbe effettivamente ridurre gli effetti distorsivi innescati dall'allentamento del controllo degli aiuti di Stato. Tuttavia, nonostante le somme messe in campo siano ingenti e si tratti di un risultato storico, queste risultano ancora limitate se si comparano con quanto impiegato da alcuni Stati membri attraverso lo strumento degli aiuti di Stato.⁴³³ In ogni caso, la lotta contro la concorrenza fiscale dannosa non dovrebbe essere lasciata a misure dettate dalla contingenza e le norme sugli aiuti di Stato si sono rivelate inadatte a questo scopo. In un momento di crisi come quello causato dalla pandemia, un maggiore e ben regolamentato intervento pubblico sui mercati può senz'altro essere vantaggioso.⁴³⁴ Peraltro, questa sembrerebbe inevitabile se si considera che, a causa delle dimensioni limitate del bilancio dell'UE, la principale risposta sul piano economico debba provenire necessariamente dai bilanci nazionali degli Stati membri, come ha ammesso la Commissione nella sua comunicazione relativa alla risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19.⁴³⁵ In questo contesto, l'allentamento delle norme in materia di aiuti di Stato e la conseguente riduzione del controllo sulle misure fiscali dannose evidenziano gli svantaggi che derivano dal fare affidamento principalmente sulla normativa in materia di aiuti di Stato per esercitare un controllo sulla concorrenza fiscale.

⁴³² L'elenco delle ratifiche (<https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/treaties-agreements/agreement/?id=2020025&DocLanguage=en>) e il comunicato stampa (<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/05/31/green-light-from-all-member-states-for-eu-recovery-spending/>) sono disponibili online.

⁴³³ Carole Maczkovics, *op. cit.*, 281 dove viene segnalato che, per esempio, a metà luglio 2020 Germania e Francia avevano già notificato aiuti per 590 e 365 miliardi di euro.

⁴³⁴ In generale, la dottrina concorda sulla necessità di reagire prontamente alla crisi permettendo un intervento statale ampio e flessibile ma che sia, allo stesso tempo, condizionato e trasparente. Per un'opinione parzialmente differente basata sulla proposta di adottare un approccio più rigido verso gli aiuti di Stato e una politica maggiormente permissiva rispetto alle fusioni, si veda Jorge Padilla, Nicolas Petit, 'Competition Policy and the Covid-19 Opportunity', (2020) 2 *Concurrences*.

⁴³⁵ Commissione, 'Risposta economica coordinata all'emergenza COVID-19', *cit.*, 9.

La crisi attuale ha sottolineato ancora una volta la necessità di nuovi strumenti contro la concorrenza fiscale dannosa. Questa situazione, anche letta alla luce delle problematiche che sono state sollevate dai casi relativi ai *tax rulings*, permette di trarre la conclusione che le norme sugli aiuti di Stato non si stanno dimostrando efficaci a tal fine. Il controllo degli aiuti di Stato non può sostituire la necessità di un maggiore coordinamento tra le politiche fiscali degli Stati membri per ridurre o addirittura eliminare la concorrenza fiscale dannosa. Sebbene la somiglianza tra le misure che causano una concorrenza fiscale dannosa e le misure che rientrano nel campo di applicazione delle norme sugli aiuti di Stato sia chiara, le due nozioni non coincidono perfettamente⁴³⁶ e le misure che distorcono la concorrenza tra gli Stati membri non costituiscono necessariamente aiuti di Stato. Tuttavia, nonostante i difetti rilevati, l'insieme di norme che regola la concessione degli aiuti di Stato al momento è ancora uno strumento importante per limitare la concorrenza fiscale dannosa nel mercato unico. Questa dovrebbe però essere considerata un semplice palliativo in attesa di un approccio più completo al problema.

La crisi globale causata dalla pandemia di COVID-19 rappresenta un momento di svolta sotto molti aspetti. Dal punto di vista della concorrenza fiscale tra gli Stati membri, sorge spontaneo chiedersi se questo cambiamento di paradigma comporterà una maggiore consapevolezza della necessità di aumentare il coordinamento dei sistemi fiscali all'interno dell'Unione europea o se, al contrario, porterà all'aumento di pratiche distorsive. Ad oggi, la strada sembra aperta verso una maggiore integrazione in questo settore con una serie di iniziative che aumentano la trasparenza e il coordinamento, oltre che a tentare di rafforzare il dibattito al riguardo.

⁴³⁶ Commissione, 'Relazione sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese' (COM (2004) 434), para. 64-67.

Conclusioni

La concorrenza fiscale dannosa è un fenomeno che spesso sfugge dalle rigide classificazioni giuridiche, soprattutto a causa della difficile definizione della nozione di *harmful tax measure*, cioè le misure considerate dannose in quanto distorsive della concorrenza fra ordinamenti. A livello europeo, dato l'alto livello di integrazione raggiunto, è fondamentale la creazione di meccanismi di controllo che limitino l'instaurazione di questo tipo di fenomeni, come si è reso evidente, da ultimo, in occasione della crisi legata alla pandemia da COVID-19. Negli ultimi anni, diverse iniziative intraprese a livello europeo hanno contribuito a creare un ambiente fiscale più equo¹ come, ad esempio, le direttive volte al contrasto dell'elusione fiscale² e quelle sulla cooperazione fra amministrazioni finanziarie,³ ma ci sono ancora importanti sfide che l'Unione europea deve affrontare e la regolamentazione della concorrenza fiscale dannosa è una di queste.

L'analisi condotta ha evidenziato i punti deboli dell'attuale sistema volto a combattere la concorrenza fiscale dannosa, sottolineando l'inadeguatezza degli strumenti giuridici attualmente utilizzati. Come ampiamente discusso, affidarsi alla disciplina che regola la concessione di aiuti di Stato per evitare o contrastare

¹ Pasquale Pistone, Rita Szudoczky, *op. cit.*, 35 ss.

² Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (ATAD 1), GU L 193/1) e direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi (ATAD 2), GU L 144/1.

³ Direttiva 2011/16/UE che ha sostituito la precedente disciplina europea (77/799/CEE) e ha rafforzato la cooperazione tra amministrazioni finanziarie degli Stati membri per determinate categorie di reddito, GU L 64/1; Direttiva 2014/107/UE (DAC 2) per prevedere lo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, nonché le modalità di rilevazione, trasmissione e comunicazione alle amministrazioni fiscali delle informazioni relative ai conti finanziari e le procedure relative agli obblighi di adeguata verifica ("due diligence") ai fini fiscali, GU L 359/1; Direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio dell'8 dicembre 2015 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale (DAC 3), GU L 332/1, in attuazione dell'Azione 5 del progetto OCSE/G20 BEPS; Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale (DAC 4) GU L 146/8 in attuazione dell'Azione 13 del progetto OCSE/G20 BEPS; Direttiva (UE) 2016/2258 del Consiglio del 6 dicembre 2016 che modifica la direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio (DAC 5) GU L 342/1; Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, GU L 139/1 (DAC 6); Direttiva (UE) 2021/514 del Consiglio del 22 marzo 2021 recante modifica della direttiva 2011/16/UE relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, GU L 104/1 (DAC 7).

l'attuazione di misure fiscali dannose non è efficace. Lo sviluppo della nozione di aiuti fiscali ha permesso una limitazione parziale del fenomeno, indirizzandosi nei confronti di quelle misure che rientrano sia nel campo di applicazione del codice di condotta che in quello dell'articolo 107(1) TFUE. Infatti, in questo modo tali misure sono soggette a un regime normativo che supera i limiti del Codice di condotta, fonte di *soft law*, e sono oggetto di valutazione dalla Commissione che può qualificarle come aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno e ordinarne il recupero.

Tuttavia, questo approccio presenta diversi profili di criticità. Poiché alcune misure non soddisfano le condizioni per rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 107(1) TFUE, esse sfuggono a detto controllo e sono soggette solo all'applicazione delle previsioni previste nel Codice di condotta. Inoltre, come discusso in occasione dell'analisi dei casi relativi ai *tax rulings*, non sempre l'adattamento della nozione di aiuto di Stato a questo tipo di misure è agevole e coerente e, talvolta, implica il ricorso a nozioni estranee al diritto dell'Unione europea come, ad esempio, quella dell'*arm's length principle*. Infine, l'estensione dei criteri dell'articolo 107(1) TFUE che ne deriva pone dei problemi anche in termini di compressione della discrezionalità fiscale nazionale, di rispetto delle prerogative statali e di deficit democratico.

La crisi relativa al COVID-19 ha aggravato e reso più evidente il problema della mancanza di strumenti vincolanti predisposti appositamente per contrastare la concorrenza fiscale dannosa. In primo luogo, infatti, l'unico insieme di norme vincolanti applicabili alle misure fiscali dannose, ossia la disciplina degli aiuti di Stato, è stato temporaneamente allentato. Nonostante sia stata introdotta una disposizione specifica che vieta di condizionare la concessione di un aiuto alla delocalizzazione, un controllo più indulgente da parte della Commissione può lasciare margine per l'attuazione di misure distorsive, anche se non esplicitamente soggette a una condizione di delocalizzazione. Il ricorso agli aiuti di Stato per sostenere l'economia e alleviare l'impatto di una crisi senza precedenti è stato inevitabile, almeno come prima reazione. Tuttavia, è necessario ricordare la logica che sta alla base della recente disciplina in materia di aiuti di Stato: "*in the short*

term, we will need to prevent the ship from sinking, but we will need to remain vigilant to fix other distortions, or leaks, once the storm has settled.”⁴ In secondo luogo, l'epidemia di COVID-19 ha determinato il riemergere di importanti squilibri tra gli Stati membri, intensificando quelli già esistenti. L'allentamento del controllo degli aiuti di Stato può essere un incentivo per gli Stati membri ad attuare misure fiscali dannose, nonostante il *Next Generation EU* miri a riequilibrare tali asimmetrie promuovendo la necessità di maggiore solidarietà di fronte a tale emergenza.

Alla luce del contesto descritto, i rischi in termini di concorrenza fiscale legati all'allentamento delle norme sugli aiuti di Stato sono certamente attenuati. Tuttavia, questa crisi ha dimostrato l'importanza di procedere ulteriormente verso una maggiore integrazione in tale ambito.⁵ L'introduzione di una base imponibile consolidata comune per le imprese costituirebbe un importante passo avanti in questo senso. Come già affermato in precedenza, essa avrebbe importanti ripercussioni sulla concorrenza fiscale, poiché le imprese sarebbero meno incoraggiate a porre in essere pratiche di pianificazione fiscale aggressiva e strategie di trasferimento degli utili. Pertanto, è da accogliere positivamente la recente Comunicazione sulla tassazione delle imprese per il XXI secolo del 18 maggio 2021⁶ nella quale la Commissione ha annunciato che entro il 2023 le proposte attualmente pendenti al riguardo verranno ritirate e sostituite dal BEFIT (*'Business in Europe: Framework for Income Taxation'*). Come si è visto, si tratta di un nuovo quadro per l'imposizione dei redditi basato, come la CCCTB, su due elementi: la base imponibile consolidata comune e l'allocazione dei profitti fra Stati membri sulla scorta di una formula di allocazione. Secondo questa proposta i redditi verranno poi tassati in conformità all'aliquota dell'imposta sulle società nazionale, quindi non è previsto che il BEFIT implichi la creazione di una nuova risorsa propria o che possa in qualche modo configurarsi come una “tassa europea”. Pur

⁴ José Luis Buendía Sierra, *op. cit.*, 2.

⁵ Rispetto alla conclusione per la quale il problema della concorrenza fiscale dannosa dovrebbe essere affrontato utilizzando lo strumento dell'armonizzazione fiscale, si veda Sandra Marco Colino, 'The Long Arm of State Aid Law: Crushing Corporate Tax Avoidance' (2020) 44 *Fordham International Law Journal* 397.

⁶ 'Tassazione delle imprese per il 21° secolo', *cit.*

non rappresentando una fonte per la creazione di una effettiva capacità fiscale europea, un maggiore livello di coordinamento in questo senso potrebbe auspicabilmente aprire la strada a una futura tassazione europea sulle imprese, oltre che avere un importante effetto sulla concorrenza fiscale dannosa.

In considerazione dell'impossibilità di identificare una nozione efficace di misura fiscale dannosa, la ricerca condotta porta a considerare che sia necessario un cambiamento di approccio da parte l'Unione europea nell'affrontare le sfide poste dalla concorrenza fiscale dannosa. I recenti progetti portati avanti dalla Commissione vanno in questa direzione, tentando di costituire un codice unico della tassazione delle imprese per l'Unione europea che consenta una più equa allocazione dei diritti di imposizione fra Stati membri, minimizzando le possibilità di elusione fiscale e, allo stesso tempo, riducendo gli oneri amministrativi e gli ostacoli fiscali che gravano sulle imprese che operano nel mercato unico. Infatti, l'intervento dell'Unione europea non dovrebbe puntare al controllo delle misure adottate dagli Stati membri. Un simile approccio rischia di risultare sterile, imponendo un inutile sforzo di ricerca della definizione e classificazione delle misure fiscali dannose. Al contrario, considerando che le strategie messe in atto dalle imprese e le misure fiscali attuate dagli Stati membri sono due facce della stessa medaglia e che insieme formano il complesso fenomeno della concorrenza fiscale dannosa, risulta senz'altro più promettente porre l'accento sulla limitazione degli incentivi che incoraggiano le imprese ad attuare tali pratiche. La concorrenza fiscale tra gli Stati membri è la normale conseguenza di un sistema caratterizzato dalla mancanza di uniformità in questo settore. Pertanto, si ritiene che l'introduzione di strumenti giuridici vincolanti volti a rafforzare il coordinamento fiscale costituisca l'opzione migliore i fini del contrasto di tale fenomeno.

Il presente lavoro di ricerca ha preso le mosse dalla questione della concorrenza fiscale dannosa considerata attraverso il prisma del riparto delle competenze in materia fiscale fra Unione europea e Stati membri. L'analisi ha dimostrato come uno degli aspetti più problematici siano le rigidità procedurali previste dall'ordinamento europeo per l'adozione di atti in questa materia. In particolare, si è più volte sottolineato come il requisito dell'unanimità, espressione dell'anima

intergovernativa su cui si fonda l'Unione europea, impedisca la progressione del progetto europeo in tale ambito. Nel caso della base imponibile consolidata comune per le imprese, tale profilo problematico ha consentito una riflessione rispetto alla base giuridica che potrebbe essere utilizzata per consentire sia il superamento del requisito procedurale dell'unanimità che l'adozione della direttiva in conformità con il dettato delle norme dei Trattati.

L'articolo 116 TFUE è particolarmente interessante sotto questo profilo in quanto, se interpretato in modo estensivo, potrebbe essere considerata una valida base giuridica per l'armonizzazione. In ogni caso, poichè al momento la disciplina prevista da tale articolo non viene attuata, sarebbe auspicabile una maggiore attenzione nell'individuare i casi che rientrano nell'ambito di applicazione di questa norma in modo da poter attivare la procedura ivi prevista. In questo modo, l'articolo 116 TFUE potrebbe assumere il ruolo di strumento complementare al Codice di condotta e alle regole che disciplinano la concessione degli aiuti di Stato. Chiaramente ciò non creerebbe un quadro giuridico europeo coerente e completo che sia in grado di far fronte in modo sistematico ad un fenomeno complesso come la concorrenza fiscale dannosa in tutte le sue possibili declinazioni. Tuttavia, aggiungerebbe un importante tassello alla gestione di queste pratiche distorsive, sia rispetto ad un loro effettivo riconoscimento come misure dannose, che come passaggio intermedio verso un intervento maggiormente impattante.

Il percorso pare ad oggi ancora impervio e ricco di ostacoli causati dalla riluttanza di molti Stati membri ad accettare ulteriori limitazioni alla propria potestà fiscale a fronte di un'estensione dei poteri dell'Unione in questo ambito. Nonostante ci siano alcuni spiragli che rivelano una volontà comune di cooperare su alcuni fronti,⁷ permangono forti dubbi. Da parte dell'Unione europea, il continuo tentativo di erosione degli ambiti parte del *retained power* nazionale attraverso azioni di

⁷ Ad esempio, oltre al BEFIT, sono utili strumenti di cooperazione le già menzionate direttive DAC, ATAD e la proposta di CBCR, rispetto alla quale le istituzioni hanno dichiarato di aver raggiunto un accordo politico (<https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/06/01/public-country-by-country-reporting-by-big-multinationals-eu-co-legislators-reach-political-agreement/>). Inoltre, recentemente è stato creato il Progetto Fiscalis (Regolamento (UE) 2021/847 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 maggio 2021 che istituisce il programma Fiscalis per la cooperazione nel settore dell'imposizione fiscale e che abroga il regolamento (UE) n. 1286/2013, GU L 188/1) ed è stato istituito l'Osservatorio Fiscale Europeo (www.taxobservatory.eu/).

integrazione negativa senz'altro ha ridotto il margine di discrezionalità lasciato a questi ultimi in materia fiscale. In ogni caso, per far fronte in modo adeguato ai fenomeni di concorrenza fiscale dannosa sarà necessario un intervento di armonizzazione che, salvo il ricorso all'articolo 116 TFUE come base giuridica, dovrà necessariamente passare per l'approvazione unanime da parte di tutti gli Stati membri.

Bibliografia

- Adamczyk L., Majdańska A., 'The Sources of EU Law Relevant for Direct Taxation' in Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer (eds), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* (Spiramus 2018).
- Aldestam M., *EC State Aid Rules Applied to Taxes – an Analysis of the Selectivity Criterion* (Iustus Förlag 2005).
- Alexis A., 'Notion d'aide d'Etat, Remarques sur l'arrêt Stardust Marine du 16 mai 2002' (2002) 1 *European State Aid Law Quarterly* 149.
- Arena A., *Il principio della preemption in diritto dell'Unione europea. Esercizio delle competenze e ricognizione delle antinomie tra diritto derivato e diritto nazionale* (Editoriale Scientifica 2013).
- Arena A., 'Commento all'articolo 116 TFUE' in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè 2014).
- Arena A., 'The Commission's ATR Decisions Before the CJEU: Untangling the Legal Conundrums of a Recent Trend in Fiscal Aids.' in Roberto Mastroianni e Amedeo Arena (eds), *60 Years of EU Competitions Law: Stocktaking and Future Prospects* (Editoriale Scientifica 2017).
- Arena A., 'State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice' (2017) 1(1) *Market and Competition Law Review* 49.
- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and the UK* (Sweet & Maxwell 2014).
- Azoulai L., 'The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?' (2011) 4(2) *European Journal of Legal Studies* 192.
- Azoulai L., 'Introduction: The Question of Competence' in Loïc Azoulai (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014).
- Bacon K., *European Union Law of State Aid* (Oxford University Press 2017).
- Barnard C., 'Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU's Economic and Not So Economic Constitution' in Michael Dougan, Samantha Currie (eds), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward* (Hart Publishing 2009).
- Barnard C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms* (Oxford University Press 2019).

- Bartosch A., ‘On Being Selective in Selectivity’ (2009) 4 *European State Aid Law Quarterly* 433.
- Bartosch A., ‘Is there a Need for a Rule of Reason in European State Aid Law? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity?’ (2010) 3 *Common Market Law Review* 729.
- Bartosch A., ‘The Apple Ruling or the Destruction of the Ring to Bind Them All’ (2020) 19(3) *European State Aid Law Quarterly* 249.
- Başaran Yavaşlar F., Hey J. (eds), *Tax Transparency* (IBFD, 2019).
- Bayón Fernández N., ‘The Selective Advantage Criterion in Tax Rulings: The Path Towards a More Coherent and Thorough Analysis of Selectivity’ (2021) 12(3) *Journal of European Competition Law & Practice* 200.
- Benítez G. M., ‘The European Union, the State Competence in Tax Matters and Abuse of the EU Freedoms’ in José Manuel Almudí Cid, Jorge A. Ferreras, Gutiérrez, Pablo A. Hernández González-Barreda (eds) *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation* (Kluwer Law International 2019).
- Bettendorf L., Devereux M.P., van der Horst A., Loretz S. and de Mooij R. A., ‘Corporate Tax Harmonization in the EU’ (2010) 25 *Economic Policy*, 537-590.
- Biondi A., ‘Some Reflections on the Notion of ‘State Resources’ in European Community Law’ (2007) 30 *Fordham International Law Journal* 1426.
- Biondi A., ‘State Aid is Falling Down, Falling Down: An Analysis of the Case Law on the Notion of Aid’ (2013) 50(6) *Common Market Law Review*, 1719.
- Biondi A., Righini E., ‘An Evolutionary Theory of EU State Aid Control’ in Anthony Arnall, Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015).
- Biondi A., ‘Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali’ in AA. VV., *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: le long parcours de la justice européenne* (Giappichelli 2018).
- Biondi A., ‘State Aid in the Time of COVID-19’, *EU Law Live*, 25 marzo 2020.
- von Bogdandy A., Bast J., ‘The European Union’s Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform’ (2002) 39(2) *Common Market Law Review* 227.
- von Bogdandy A. Bast J. (eds), *Principles of European Constitutional Law* (Hart-Beck 2010).

- Boni D., ‘Commento all’articolo 116 TFUE’ in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea* (CEDAM 2014).
- Boria P., ‘La concorrenza fiscale tra Stati: verso un nuovo ordine della fiscalità internazionale’ in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019).
- Boucon L., ‘EU Law and Retained Powers of Member States’ in Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014).
- Bousin J., Piernas J., ‘Developments in the Notion of Selectivity’ (2008) 4 *European State Aid Law Quarterly* 634.
- Bovis C. H., ‘Financing Services of General Interest in the EU: How Do Public Procurement and State Aids Interact to Demarcate between Market Forces and Protection?’ (2005) 11(1) *European Law Journal* 79.
- Bronckers M., Van der Vlies R., ‘The European Court's PreussenElektra Judgment: Tensions Between E.U. Principles and National Renewable Energy Initiatives’ (2001) 10 *European Competition Law Review* 458.
- Buendía J. L., Dovalo A., ‘State Aid Versus COVID-19. The Commission Adopts a Temporary Framework’, (2020) 1 *European State Aid Law Quarterly* 3.
- Buendía Sierra J. L., ‘State Aid in Time of Cholera’, (2020) 1 *European State Aid Law Quarterly* 2.
- Cachia F., ‘Aggressive Tax Planning: an Analysis from an EU Perspective.’ (2017) 26(5) *EC Tax Review* 257.
- Cafaro S., *L’Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?* (Edizioni Scientifiche Italiane 2017).
- Caggiano G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale* (Giappichelli 2008).
- Caggiano G., ‘Il concetto di impresa’ in Lorenzo F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* (Jovene Editore 2013).
- Caggiano G., ‘Il cantiere dell’armonizzazione fiscale per il Mercato unico digitale’ (2020) II *Annali AISDUE* 1.
- Calzolari L., ‘L’influenza del COVID-19 sulla politica di concorrenza: difese immunitarie o anche altro?’, in SIDIBlog, Forum COVID-19, 6 April 2020.
- Calzolari L., Costamagna F., ‘La riforma del bilancio e la creazione di SURE e Next Generation EU’ in Pietro Manzini, Michele Vellano, *Unione europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l’integrazione europea* (CEDAM 2021).

- Cané D., ‘La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi’ (2012) 6 Rassegna Tributaria 1511.
- Cannizzaro E., ‘L’interaction entre objectifs politiques et compétences matérielles dans le système normatif de l’Union européenne’ in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l’Union européenne* (Bruylant 2013).
- Chastagnaret M., Maitrot de la Motte A., Karpenschif M., Albert J., Stankiewicz L., ‘La concurrence fiscale dans l’Union européenne’ in Éric Carpano, Manuel Chastagnaret, Emmanuelle Mazuyer (a cura di), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l’Union européenne* (Lancier 2016).
- Cisotta R., ‘Criterion of Selectivity’ in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- van Cleynenbreugel P., ‘Regulating Tax Competition in the Internal Market: Is the European Commission Finally Changing Course?’ (2019) 4(1) *European Papers* 225.
- Constantinesco V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l’étude de la nature juridique des Communautés* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 1974).
- Costamagna F., *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L’applicazione delle norme dell’Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi* (Edizioni Scientifiche Italiane 2011).
- Craig P., ‘Competence: Clarity, Conferral, Containment and Consideration’ (2004) 29 *European Law Review* 323.
- Craig P., *The Lisbon Treaty. Law, Politics, and Treaty Reform* (Oxford University Press 2010).
- Craig P., De Búrca G., *EU Law. Text, Cases, and Materials*. (Oxford University Press 2015).
- da Cruz Vilaca J. L., ‘Material and Geographic Selectivity in State Aid - Recent Developments’ (2009) 4 *European State Aid Law Quarterly* 443.
- Damato A., ‘Commento all’articolo 115 TFUE’ in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea* (CEDAM 2014).
- Dashwood A., ‘The Limits of European Community Powers’ (1996) 21 *European Law Review* 113.

- Debroux M., ‘State Aid & COVID-19: a Swift Response to a Massive Challenge’, e-Competitions Special Issue State aid & Covid-19 State aid & Covid-19, 16 aprile 2020.
- Della Valle E., ‘Tassa sul lusso: la Corte di giustizia completa l’epitaffio’ (2010) 33(3) Corriere Tributario 201.
- Derenne J., ‘Commission v. World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?’ (2017) 8(5) Journal of European Competition Law & Practice 311.
- Douma S., Kardachaki A., ‘The Impact of European Union Law on the Possibilities of European Union Member States to Adapt International Tax Rules to the Business Models of Multinational Enterprises’ (2016) 44(19) Intertax 746.
- Draetta U., *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali* (Giuffrè Francis Lefebvre 2020).
- Dutheil de la Rochere J., ‘Préface’ in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l’Union européenne* (Bruylant 2013).
- Englisch J., ‘Article 116 TFEU – The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?’ (2020) 29(2) Editorial in EC Tax Review 58.
- di Fabio U., ‘Some Remarks on the Allocation of Competences Between the European Union and its Member States’ (2002) 39(6) Common Market Law Review 1289.
- Floris de Wilde M., ‘The CCCTB Relaunch: A Critical Assessment and Some Suggestions for Modification’ in Pasquale Pistone (ed), *European Tax Integration: Law, Policy and Politics* (IBFD 2018).
- Fontana C., *Gli aiuti di Stato di natura fiscale* (Giappichelli 2012).
- Forrester E., ‘Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?’ (2018) 27(1) EC Tax Review 19.
- Foster N., *Foster on EU Law* (Oxford University Press 2019).
- Friederiszick H. W., Tröge M., ‘Applying The Market Economy Investor Principle To State Owned Companies — Lessons Learned From The German Landesbanken Cases’ (2006) 1 Competition Policy Newsletter 105.
- Galendi Júnior R. A., ‘State Aid and Transfer Pricing: The Inherent Flaw Under a Supranational Reference System’ (2018) 46(12) Intertax 994.
- Gallo D., *I servizi di interesse economico generale: Stato, mercato e welfare nel diritto dell’Unione europea* (Giuffrè, 2010).

- Gallo F., ‘La concorrenza fiscale fra Stati’ in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019).
- Garbarino C., ‘Harmonization and Coordination of Corporate Taxes in the European Union’ (2016) 5-6 *EC Tax Review* 277.
- Giraud A., Petit S., ‘Spanish Fiscal Aid Cases: the Good, the Bad and the Unclear: Combined Annotation on Case T-219/10, Autogrill España v. Commission, Case T-399/1 1, Banco Santander and Santusa v. Commission, and Case T-140/13, Netherlands Maritime Technology Association’ (2015) 2 *European State Aid Law Quarterly* 295.
- Goossens A., Emmerechts S., ‘Case C-379/98, PreussenElektra AG v. Schlesweg AG, Judgment of the Full Court of 13 March 2001’ (2001) 38(4) *Common Market Law Review* 991.
- Greggi M., ‘Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings’ (2016) 4 *Quaderni Costituzionali* 817.
- Gunn A., Luts J., ‘Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues’ (2015) 2 *EC Tax Review* 119.
- Hancher L., ‘The Role of Presumptions and the Burden of Proof in Recent State Aid Cases Some Reflections’ (2019) 4 *European State Aid Law Quarterly* 470
- Haupt A., Peters W., ‘Restricting Preferential Tax Regimes to Avoid Harmful Tax Competition’ (2005) 35 *Regional Science and Urban Economics* 493.
- Heidhues P., Nitsche R., ‘Comments on State Aid Reform – some Implications of an Effects-based Approach’ (2006) 1 *European State Aid Law Quarterly* 23.
- Helminen M., *EU Tax Law: Direct Taxation* (IBFD 2019).
- Heuninckx B., ‘Defence Procurement: The Most Effective Way to Grant Illegal State Aid and Get Away with it... or Is It?’ (2009) 46(1) *Common Market Law Review* 191.
- Hornkohl L., van’t Klooster J., ‘With Exclusive Competence Comes Great Responsibility: How the Commission’s Covid-19 State Aid rules Increase Regional Inequalities within the EU’, *VerfBlog*, 29 aprile 2020.
- van Hove J., ‘Impact of State Aid on Competition and Competitiveness During the COVID-19 Pandemic: an Early Assessment’, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Directorate-General for Internal Policies, PE 658.214, dicembre 2020.
- Iliopoulos T., ‘The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity’ (2017) 2 *European State Aid Law Quarterly* 263.
- Jaeger T., ‘Taking Tax Law Seriously: The Opinion of AG Maza in EDF’ (2012) 1 *European State Aid Law Quarterly* 1.

- Jaeger T., 'From Santander to LuxLeaks – and back' (2015) 3 *European State Aid Law Quarterly* 345.
- Jaeger T., 'Tax Concessions for Multinational: In or Out of the Reach of State Aid Law?' (2017) 8(4) *Journal of European Competition Law & Practice*, 221.
- Jones A., 'The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law' (2012) 8(2) *European Competition Journal* 301.
- Joris T., De Cock W., 'Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU 'At Arm's Length Principle'?' (2017) 4 *European State Aid Law Quarterly* 607
- Kallergis A., *La compétence fiscale* (Daloz-Sirey 2018).
- Keuschnigg C., Loretz S., Winner H., 'Tax Competition and Tax Coordination in the European Union: a Survey' (2014) 04 *Working Papers in Economics and Finance*, University of Salzburg, Department of Social Sciences and Economics, Salzburg, 2.
- Khan D. E., Eisenhut D., 'Article 115' in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015).
- Khan D. E., Eisenhut D., 'Article 116' in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015).
- Khan D. E., Lichtblau N., 'Article 113' in Rudolf Geiger, Daniel-Erasmus Khan, Markus Kotzur (eds), *European Union Treaties. A Commentary* (C. H. BECK – Hart 2015).
- Kociubiński J., 'Selectivity Criterion in State Aid Control' (2012) 2(1) *Wroclaw Review of Law, Administration & Economics* 4.
- Koenig C., Kühling J., 'EC Control of Aid Granted Through State Resources: Public Undertakings, Funds, Imputability and the Importance of How Resources are Transferred – What do Preussen Elektra and Stardust Marine tell us' (2002) 1 *European State Aid Law Quarterly* 7.
- Kofler G., Tumpel M., 'Recent EU Initiatives in Direct and Indirect Taxation' in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017).
- Köszeghy K., 'Corporate Tax Harmonization: C(C)CTB 2.0?' in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017).
- Krajewski M., (ed), *Services of General Interest Beyond the Single Market* (Springer 2015).

- Kube H., Reimer E., Spengel C., 'Tax Policy: Trends in the Allocation of Powers Between the Union and Its Member States' (2016) 25 EC Tax Review 247, 247.
- Kuhn T., 'Implications of the 'Preussen Elektra' Judgment of the European Court of Justice on the Community Rules on State Aid and the Free Movement of Goods. Preliminary Ruling of 13 March 2001, Case C-379/98, Preussen Elektra v. Schleswag' (2001) Legal Issues of Economic Integration 361.
- Kurcz B., 'How Selective is Selectivity? A Few Thoughts on Regional Selectivity' (2007) 66 Cambridge Law Journal 313.
- Kurcz B., Vallindas D., 'Can General Measures be...Selective? Some Thoughts on the Interpretation of State Aid Definition' (2008) 45(1) Common Market Law Review 159.
- Kyriazis D. A., 'From Soft Law to Soft Law through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings' (2016) 3 European State Aid Law Quarterly 428.
- Lamadrid de Pablo A., Buendía J. L., 'A Moment of Truth for the EU: A Proposal for a State Aid Solidarity Fund', *Chillin'Competition*, 31 marzo 2020.
- Lamadrid de Pablo A., Buendía J. L., 'State Aid Asymmetries and the Covid-19 Outbreak- An Update and an Offer', *Chillin'Competition*, 19 maggio 2020.
- Lang M., 'State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of the ECJ' (2012) 2 European State Aid Law Quarterly 411.
- Lindsay-Poulsen W., 'Regional Autonomy, Geographic Selectivity and Fiscal Aid: Between 'The Rock' and a Hard Place' (2008) 29 European Competition Law Review 43.
- Lionello L., Rossolillo G., 'Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?' (2019) 3 Il Federalista 179.
- López H. L., 'General Thought on Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters' (2010) 4 European State Aid Law Quarterly 807.
- López J. J. P. 'Selectivity Revised' (2016) 1 European State Aid Law Quarterly 115.
- Lovdahl Gormsen L., 'EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga' (2016) 7(6) Journal of European Competition Law & Practice 369.
- Lovdahl Gormsen L., *European State Aid and Tax Rulings* (Edward Elgar Publishing 2019).

- Luchena G, *Aiuti pubblici e vincoli comunitari* (Cacucci 2006).
- Luja R. H. C., 'Revisiting the Balance between Aid, Selectivity and Selective Aid in Respect of Taxes and Special Levies' (2010) 1 *European State Aid Law Quarterly* 153.
- Lujia R. H. C., 'Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?' (2016) 25 *EC Tax Review* 312.
- Maczkovics C., 'How Flexible Should State Aid Control Be in Time of Crisis?' (2020) 3 *European State Aid Law Quarterly* 271.
- Mäki-Lohiluoma J., 'The CCCTB Initiative as a Possible Solution to the Conflict Between the Internal Market and National Tax Autonomy' (2019) 13(1) *Helsinki Law Review* 150.
- Marco Colino S., 'The Long Arm of State Aid Law: Crushing Corporate Tax Avoidance' (2020) 44 *Fordham International Law Journal* 397.
- Merks P., 'Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning' (2006) 34(5) *Intertax*, 272.
- Merola M., Caliento F., 'Is the Notion of Aid Broadening or Shrinking over Time, and if so, Why? A Subjective View on the Rationale of the Case Law' in Pier Luigi Parcu, Giorgio Monti, Marco Botta (eds), *EU State Aid Law. Emerging Trends at the National and EU Level* (Edward Elgar Publishing 2020).
- Milanesi E., 'Commento all'articolo 113 TFUE' in Fausto Pocar, Maria Caterina Baruffi (direttori), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea* (CEDAM 2014).
- Moreno González S., 'State Aid and Tax Competition: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings' (2016) 4 *European State Aid Law Quarterly* 556.
- Nebbia P., 'Il concetto di aiuto di stato' in Lorenzo F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza* (Jovene Editore 2013).
- Neframi E., 'Le rapport entre objectifs et compétences: de la structuration et de l'identité de l'Union Européenne' in Eleftheria Neframi (ed), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* (Bruylant 2013).
- Nicolaides P., Kleis M., 'Where is the Advantage? The Case of Public Funding of Infrastructure and Broadband Networks' (2007) 4 *European State Aid Law Quarterly* 615.
- Nicolaides P., Kleis M, Kekelekis M 'Cumulation of De minimis Aid to Enterprises that form a Single Economic Unit' (2008) 1 *European State Aid Law Quarterly* 48.

- Nicolaidis P., Rusu I. E., ‘Private Investor Principle: What Benchmark and Whose Money?’ (2011) 2 *European State Aid Law Quarterly* 237.
- Nicolaidis P., Rusu I. E., ‘Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage?’ (2012) 1 *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 5.
- Nicolaidis P., ‘New Limits to the Concept of Selectivity: The Birth of a ‘General Exception’ to the Prohibition of State Aid in EU Competition Law’ (2015) 6(5) *Journal of European Competition Law & Practice* 315.
- Nicolaidis P., ‘Can Selectivity Result from the Application of Non-Selective Rules? The Case of Engie’ (2019) 1 *European State Aid Law Quarterly* 15.
- Nita M., ‘Analysis of New Legal Provisions for Granting of ‘De minimis Aid’ ’ (2014) 149 *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 667.
- Nouwen M., ‘The European Code of Conduct Group Becomes Increasingly Important in the Fight Against Tax Avoidance: More Openness and Transparency is Necessary’ (2017) 45(2) *Intertax*, 138.
- Nouwen M., ‘The Market Distortion Provisions of Article 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?’ (2021) 49(1) *Intertax* 14.
- Novi C., ‘Le competenze delle organizzazioni internazionali’ in Piero Pennetta, Susanna Cafaro, Angela di Stasi, Ivan Ingravallo, Gerardo Martino, Criseide Novi, *Diritto delle organizzazioni internazionali* (Wolters Kluwer 2018).
- Ó Caoimh A., Sauter W., ‘Criterion of Advantage’ in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- Oberg J., *Limits to EU Powers: A Case Study of EU Regulatory Criminal Law* (Hart 2017).
- OCSE, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OCSE 2017).
- OCSE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OCSE 2013).
- OCSE, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue* (OCSE 1998).
- Ølykke G. S., ‘Legal Basis Which Will (Probably) Never Be Used: Enforcement of State Aid Law in a Public Procurement Context’ (2011) 3 *European State Aid Law Quarterly* 457.
- Osti C., ‘Di alcuni problemi degli aiuti di Stato’ (2006) 3 *Mercato concorrenza regole* 429.

- Padilla J., Petit N., 'Competition Policy and the Covid-19 Opportunity', (2020) 2 *Concurrences*.
- Papadamaki I., *Les aides d'État de nature fiscale en droit de l'Union européenne* (Bruylant 2018).
- de Pasquale P., Pallotta O., 'Commento all'articolo 115 TFUE' in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea* (Giuffrè 2014).
- Pepe F., 'Il problema della «giusta» mutualità cooperativa e l'(in)efficacia dei controlli: osservazioni in tema di «aiuti di Stato» a margine della sentenza Paint Graphos della corte di giustizia delle comunità europee' (2012) 3 *Diritto e Pratica Tributaria* 203.
- Pescatore P., *The Law of Integration. Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on the Experience of the European Communities* (Sijthoof 1974).
- Peters C., 'Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality' (2019) 28(1) *EC Tax Review* 6.
- Pisapia A., *Aiuti di Stato: profili sostanziali e rimedi giurisdizionali* (CEDAM, 2012).
- Pistone P., *Diritto Tributario europeo* (Giappichelli 2018).
- Pistone P., Szudoczky R., 'Coordination of Tax Laws and Tax Policies in the EU' in Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer (eds), *Introduction to European Tax Law: Direct Taxation* (Spiramus 2018).
- Pitruzzella G., 'La concorrenza fiscale nel processo di integrazione europea' in Pietro Boria (a cura di) *La concorrenza fiscale fra Stati* (CEDAM 2019).
- Porchia O., 'La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze' (2010) 3 *Studi sull'Integrazione europea* 631.
- Prek M., Lefèvre S., 'The Requirement of Selectivity in the Recent Case-Law of the Court of Justice' (2012) 2 *European State Aid Law Quarterly* 335, 337.
- Quattrocchi A., *Gli aiuti di Stato nel diritto tributario* (Wolters Kluwer: CEDAM 2020).
- Riedel P., Wilson T, Cranley S, 'Learning from the Commission's Initial State Aid Response to the COVID-19 Outbreak' (2020) 2 *European State Aid Law Quarterly* 115.
- Romariz C., 'Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law - Or the Ghost of Yet-to-Come' (2014) 1 *European State Aid Law Quarterly* 39.

- Rossi-Maccanico P., 'The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: a Reasoned Review of the Community Practice' (2009) 2 *European State Aid Law Quarterly* 161
- Rossolillo G., 'Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea' (2018) 1 *Il diritto dell'Unione europea*, 121.
- Rubini L., 'Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come 'prendere seriamente' le norme sugli aiuti di Stato e la Tutela dell'Ambiente nel Diritto Comunitario' (2001) 3 *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali* 473.
- Rubini L., 'The 'Elusive Frontier': Regulation under EC State Aid Law' (2009) 3 *European State Aid Law Quarterly* 277.
- Rusche T. M., Micheau C., Piffaut H., Van de Castele K., 'State Aid' in Faull J., Nikpay A., (ed), *The EU Law of Competition* (Oxford University Press 2014).
- Rusche T. M., 'General Theory on Compatibility of State Aid' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- Sánchez Graells A., 'Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate?' (2012) 6 *Public Procurement Law Review*, 205 205.
- Sánchez Graells A., *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart Publishing 2015).
- dos Santos A. C., Lopes C. M., 'Tax Sovereignty, Tax Competition and The Base Erosion and Profit Shifting Concept of Permanent Establishment' (2016) 25 *EC Tax Review* 296.
- Sauter W., 'The Notion of Undertaking' in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- Schütze R., *From Dual to Cooperative Federalism: the Changing Structure of European Law* (Oxford University Press 2009).
- Schütze R., *European Constitutional Law* (Cambridge University Press 2012).
- Schütze R., 'EU Competences: Existence and Exercise' in Anthony Arnull, Damian Chalmers (eds), *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford University Press 2015).
- Schütze R., *European Union Law* (Oxford University Press 2021).
- Schön W., 'Taxation and State Aid Law in the European Union' (1999) 36 *Common Market Law Review* 911.

- Sciskalová M., Münster M., ‘Definition and Characteristics of State Aid’ (2014) 110 *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 223.
- Simone P., ‘Commento all’articolo 113 TFUE’ in Antonio Tizzano (a cura di), *Trattati dell’Unione europea* (Giuffrè 2014).
- Slocock B., ‘The Market Economy Investor Principle’ (2002) 2 *Competition Policy Newsletter* 23.
- Slot, ‘Public Distortions of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine’ in Neergaard U., Szyszczak E, van de Gronden J.W., Krajewski M(eds), *Social Services of General Interest in the EU* (Springer 2013).
- Staviczky P., ‘De Facto Selectivity in the Light of the Recent Case Law of the General Court’ (2015) 3 *European State Aid Law Quarterly* 332.
- Stuart E., ‘Whether or Not to Bite the Apple: Some Implications of the August 2016 Commission Decision on Irish Tax Benefits for Apple’ (2007) 2 *European State Aid Law Quarterly* 209.
- Szyszczak E., ‘Criterion of State Origin’ in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- Szyszczak E., ‘Distortion of Competition and Effect on Trade between UE Member States’ in Herwig C. H. Hofmann, Claire Micheau (eds), *State Aid Law of the European Union* (Oxford University Press 2016).
- Teather R., ‘Harmful Tax Competition?’ (2002) 22 *Economic Affairs* 58.
- Temple Lang J., ‘Autogrill España and Banco Santander: The Concept of “General” Tax Measures Clarified for State Aid’ (2015) 40(5) *European Law Review* 763.
- Terra B. J. M., Wattel P. J., *European Tax Law* (Kluwer Law International 2012).
- Thomas S., ‘Sélectivité et discrimination: quelques réflexions autour des arrêts de la Cour du 21 décembre 2016 dans les affaires World Duty Free Group et Hansestadt Lübeck’ (2017) 58 *Revue Lamy de la concurrence* 37.
- Timmermans C., ‘ECJ Doctrines on Competences’ in Loïc Azoulay (ed), *The Question of Competence in the European Union* (Oxford University Press 2014).
- Tomat F., ‘The Preliminary Ruling of the Court of Justice on Preferential Taxation of Cooperatives and State Aid Rules: Comments on Joined Cases C-78/08 to C-80/08’ (2012) 2 *European State Aid Law Quarterly* 449.

- Tosics N., Gaál N., ‘Public Procurement and State Aid Control — the Issue of Economic Advantage’ (2007) 3 Competition Policy Newsletter 15.
- Townley C., ‘The Concept of an ‘Undertaking’: The Boundaries of the Corporation - A Discussion of Agency, Employees and Subsidiaries’ in G. Amato & C. Ehlermann (eds), *EC Competition Law: A Critical Assessment* (Hart Publishing, 2007).
- Trandafir A. V., ‘Tax Competition – Beneficial or Harmful? How Various Tax Measures Affect the Allocation of Resources?’ (2010) 15 Studies and Scientific Researches Economic Edition 173.
- Traversa E., ‘EU and International Income Tax Coordination After the Pandemics: It Is Time to Take It Personal’ (2021) 49(5) Intertax 390.
- Traversa E, Sabbadini P. M., ‘State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax policy in Disguise?’ in Werner Haslehner, Georg Kofler, Alexander Rust (eds), *EU Tax Law and policy in the 21st Century* (Kluwer Law International 2017).
- Traversa E., Flamini A., ‘Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?’ (2015) 3 European State Aid Law Quarterly 323.
- Valente P., ‘Less Agreement for More EU? The Commission QMV Proposal’, Kluwer International Tax Blog, 3 settembre 2019.
- Vanistendael F., ‘On Democratic Legitimacy of European Tax Law and the Role of the European Parliament’, in Pasquale Pistone (ed), *European Tax Integration: Law, Policy and Politics* (IBFD 2018).
- Verschuur S., Stroungi M., ‘State Aid and Tax Rulings – the Commission’s Approach to Virtual Payments: Equal Treatment of Multinationals?’ (2017) 4 European State Aid Law Quarterly 598.
- Vesterdorf B., ‘A Further Comment on the New State Aid Concept’ (2005) 3 European State Aid Law Quarterly 393.
- Vezzoso G. ‘Le tasse sarde sul lusso al vaglio della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia CE’ (2010) 1 Diritto e Pratica Tributaria 40.
- Weatherill S., ‘Competence creep and competence control’ (2004) 23 Yearbook of European Law 1.
- Weatherill S., ‘Better Competence Monitoring’ (2005) 30 European Law Review 23.
- Wislade F., Michie R., ‘Il ‘Vaso di Pandora’ e ‘l’Oracolo di Delfi’: la Politica di Coesione Europea e il Rispetto delle Norme sugli Aiuti di Stato’ (2009) 3 Rivista giuridica del mezzogiorno 877.