

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

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

QUADERNI AISDUE

ES

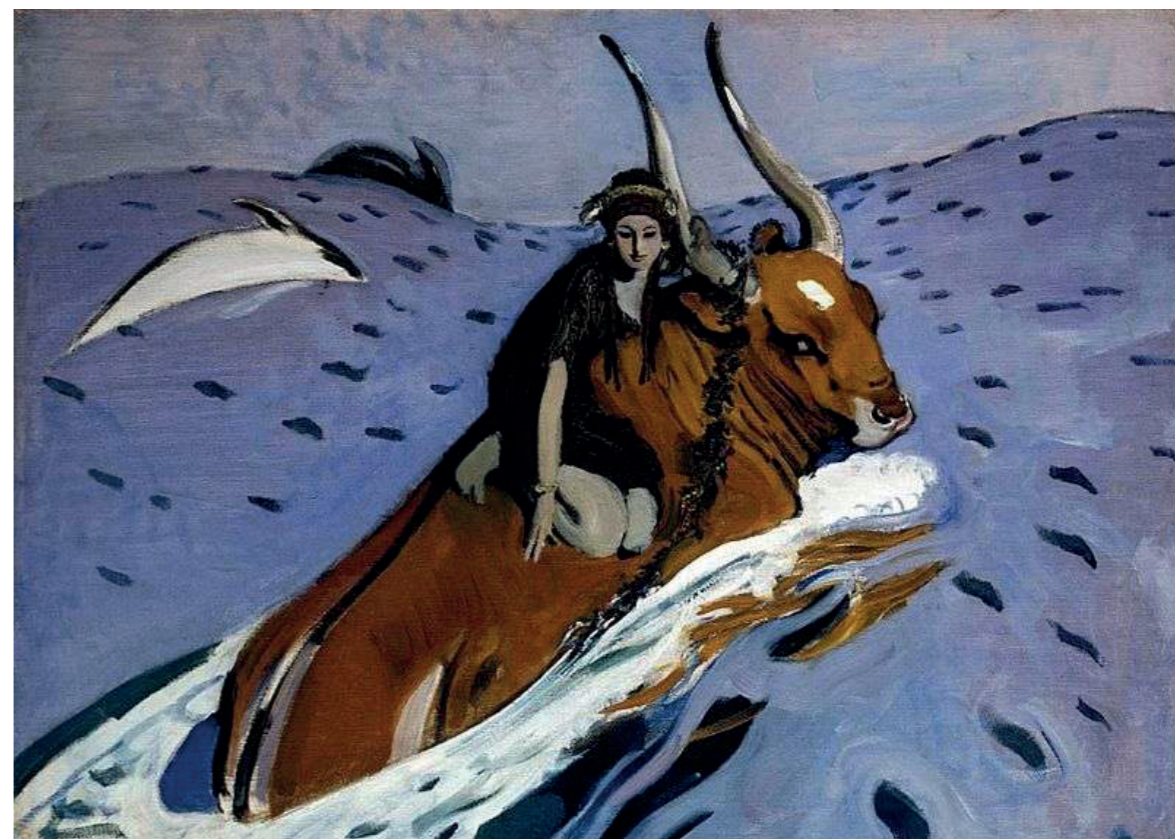
I
2023



QUADERNI AISDUE

I/2023

Editoriale Scientifica



ISBN 979-12-5976-664-9



9 791259 766649

ASSOCIAZIONE ITALIANA DEGLI STUDIOSI DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Organi dell'Associazione

Presidente: Antonio Tizzano

Segretario generale: Patrizia De Pasquale

Consiglio direttivo:

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

Collegio dei garanti:

Giandonato Caggiano, Paolo Mengozzi,
Bruno Nascimbene, Ennio Triggiani

Quaderni AISDUE

Comitato scientifico:

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

Comitato editoriale Quaderni AISDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Andrea Circolo, Angela Correra, Giulia D'Agnone, Benedetta Minucci

Comitato editoriale BlogDUE:

Patrizia De Pasquale e Fabio Spitaleri (coordinatori),
Mario Barbano, Samuele Barbieri, Nicola Bergamaschi, Federico Ceci,
Andrea Circolo, Erika Colombo, Angela Correra,
Giuseppe Emanuele Corsaro, Giulia D'Agnone, Alessandra Favi,
Federico Ferri, Marco Gerbaudo, Elena Gualco, Anna Kompatscher,
Miriana Lanotte, Sarah Lattanzi, Irene Marchioro, Claudia Massa,
Benedetta Minucci, Emmanuel Pagano, Gabriella Perotto,
Martina Previatello, Alessandro Rosanò, Gabriele Rugani,
Enrico Tinti, Alessia Voinich

QUADERNI AISDUE

2023/1

Editoriale Scientifica
Napoli

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2023 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-664-9

ISSN 2723-9969

INDICE

Presentazione di Antonio Tizzano 9

Articoli

MANFREDI M., La direttiva sui salari minimi e i limiti delle competenze dell'Unione europea in materia di retribuzioni, 9 maggio 2023 13

MENGOZZI P., L'assistenza finanziaria comunitaria e le diverse accezioni del principio di condizionalità: dal MESF al Recovery Fund-Next GenerationEU, 6 maggio 2023 29

Note e commenti

ORLANDI M., In assenza di specifici accordi tra enti di previdenza sociale, i contributi già versati non possono essere trasferiti dall'INPS alla BCE, 2 marzo 2023 47

PALLOTTA O., La Corte di giustizia rinviene una fattispecie che si assumeva perduta: l'abuso di struttura, 26 aprile 2023 61

PARISI N., Come l'Unione potrebbe proteggersi dalle condotte di corruzione. Qualche considerazione a partire dal cosiddetto *Qatargate*, 13 gennaio 2023 75

PREVIATELLO M., L'accesso alle intese informali in materia di riammissione tra vincoli di riservatezza e obblighi di pubblicazione, 30 aprile 2023 93

BlogDUE

TIZZANO A., Il trasferimento di alcune questioni pregiudiziali al Tribunale UE, 11 gennaio 2023 109

BARBIERI S., Tutte le strade portano a Lussemburgo. Il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale alla Cassazione e l'art. 267 TFUE, 21 aprile 2023 115

BELLENGHI G., The ball is in the EU's Court (again): the Opinion of AG Szpunar in <i>Royal Antwerp Football Club</i> , 30 marzo 2023	125
BIANCO A., Cyberattacks: ipotesi di reazioni, 24 febbraio 2023	135
CAGOSSI F., Il Green Deal Industrial Plan: verso l'adozione dell'ennesimo quadro temporaneo in materia di aiuti di Stato?, 7 marzo 2023	145
CECI F., Dalle dichiarazioni di carattere non finanziario alla rendicontazione societaria di sostenibilità: una prima lettura della direttiva (UE) 2022/2464, 2 marzo 2023	151
COLOMBO E., Il "codice di condotta delle ONG" italiano alla prova del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale, 12 febbraio 2023	165
CORSARO G., Energy and environmental State aid: the Court of Justice of the European Union interprets extensively the notion of "incentive effect" in the case <i>Veejaam and Espo</i> , C-470/20, of 15 December 2022, 28 marzo 2023	177
DE FALCO E., La tutela del passeggero per il ritardo del volo in coincidenza: nuovi spunti dalla sentenza <i>Flightright</i> , 12 gennaio 2023	185
DE PASQUALE P., "Francovich ambientale"? Sarà per un'altra volta. Considerazioni a margine della sentenza <i>Ministre de la Transition écologique</i> , 7 novembre 2022	195
DIVERIO D., Nulla di nuovo... sotto il sole? Qualche considerazione a prima lettura sulla sentenza della Corte di giustizia nella causa <i>AGCM c. Comune di Ginosa</i> , 28 aprile 2023	205
FAUDONE J., The Windsor Framework: a step Forward more stable EU-UK relations?, 4 maggio 2023	219
FAVI A., "Autonomia rimediale" degli Stati membri vs. effettività della protezione giurisdizionale: considerazioni a margine della sentenza <i>IG</i> nella causa C-289/21, 3 febbraio 2023	227
FERRI F., Intercettazioni telefoniche autorizzate in assenza di motivazione specifica e tutela dei diritti fondamentali: alcune considerazioni critiche sulla sentenza <i>HYA e al.</i> , 9 maggio 2023	239

INDICE	7
GERBAUDO M., Temporary Protection: Which Future in The EU Migration Policy?, 3 maggio 2023	249
GRECO G., Le conclusioni dell'Avvocato generale Rantos nella delicata questione della Superlega, 13 gennaio 2023	263
KOMPATSCHER A., A right to stay for medical reasons? Case note to case C-69/21 of the CJEU about the limit to returning a seriously ill and irregularly staying third-country national, 2 febbraio 2023	269
LANOTTE M., Il ridimensionamento dell'approccio del legislatore europeo (e nazionale) alla "piena trasparenza": il caso <i>Luxembourg Business Registers</i> , 9 marzo 2023	277
MARCHIORO I., La decisione (UE) 2022/2512 relativa alla non accettazione dei documenti di viaggio della Federazione russa rilasciati in Ucraina e Georgia: una scelta poco attenta alla salvaguardia delle persone?, 6 marzo 2023	287
MARCIA A., The Equality Package: has the Hard Law Momentum arrived for LGBTIQ+ Rights in the EU?, 19 aprile 2023	299
MONTALDO S., Le potenzialità delle petizioni al Parlamento europeo: riflessioni e proposte sul ruolo dell'Università, alla luce di un'iniziativa recentemente avviata presso l'Università di Torino, 31 marzo 2023	309
NENCINI L., Da <i>Lexitor</i> a <i>UniCredit</i> passando per la sent. n. 263/2022: un corto circuito giurisprudenziale?, 19 aprile 2023	321
PARISI N., Come l'Unione potrebbe proteggere se stessa dalle condotte di corruzione. Qualche punto fermo a proposito del <i>Qatargate</i> , 7 gennaio 2023	329
PEROTTO G., La sentenza della Corte di giustizia nel caso <i>Fiat</i> : il divieto di aiuti di Stato e il limite dell'autonomia fiscale nazionale, 17 gennaio 2023	337
RAMAT M., The Commission Recommendation on procedural rights of persons held in pre-trial detention and on material detention conditions. A true step forward?, 7 febbraio 2023	347
ROSANÒ A., La riforma della legge della Regione Autonoma Valle d'Aosta in materia di attività condotte nell'ambito delle politiche promosse dall'Unione europea, 12 gennaio 2023	359

RUGANI G., Gli ultimi sviluppi della saga sui trasferimenti di dati personali UE-USA: l' <i>Executive Order</i> firmato dal Presidente USA Biden il 7 ottobre 2022 e la proposta di decisione di adeguatezza presentata dalla Commissione UE il 13 dicembre 2022, 19 gennaio 2023	373
SCOTT B., Horizon Europe: The Next Multiannual Framework Programme, 6 febbraio 2023	383

LA SENTENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NEL CASO *FIAT*:
IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO E IL LIMITE DELL'AUTONOMIA
FISCALE NAZIONALE

Gabriella Perotto*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione della Commissione europea e la sentenza del Tribunale. – 3. La sentenza della Corte di giustizia. – 4. Commento.

1. *Introduzione*

La recente sentenza della Corte di giustizia pronunciata l'8 novembre 2022 nella controversia fra la Fiat Chrysler Finance Europe e la Commissione (cause riunite C-885/19 P e C-898/19 P) è l'ultimo capitolo della lunga saga che negli ultimi anni ha visto la Corte impegnata nello spinoso rapporto fra misure fiscali e aiuti di Stato, considerati rispettivamente fonte e panacea di fenomeni distorsivi dell'equità fiscale fra Stati. L'origine di questo filone giurisprudenziale deriva dall'impugnazione da parte delle imprese e degli Stati membri coinvolti di una serie di decisioni della Commissione relative al recupero di aiuti fiscali concessi dalle autorità fiscali nazionali a società parte di gruppi multinazionali. Le misure in oggetto avevano la forma di *tax rulings*. Si tratta di decisioni tributarie anticipate emesse dalle autorità nazionali, solitamente su richiesta delle imprese, che sono vincolanti rispetto al futuro trattamento fiscale delle loro operazioni. Le indagini formali aperte dalla Commissione al riguardo si inseriscono sulla scia di grandi scandali mediatici come quello di *LuxLeaks*.

I *tax rulings* sono misure statali soggette al generale divieto di aiuti di Stato ma, allo stesso tempo, possono anche rientrare nell'ambito di applicazione del Codice di Condotta in materia di tassazione delle imprese. Quest'ultimo è uno strumento di *soft law* che ha lo scopo di contrastare la concorrenza fiscale dannosa, risentendo però di limiti in termini di incisività derivanti dalla propria natura. L'insieme di questi casi rivela come la Commissione abbia inteso utilizzare il divieto di aiuti di Stato come mezzo

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano – BLEST – 17 gennaio 2023.

per contrastare la concorrenza fiscale dannosa. Tale conclusione è suffragata anche dalle dichiarazioni di Margrethe Vestager, oltre che dal *modus operandi* della Commissione che è stato, in buona parte, convalidato dal Tribunale (D. KYRIAZIS, *Fiscal State Aid Law as a Tool Against Harmful Tax Competition in the EU: Déjà Vu?*, in *Yearbook of European Law*, 2022). Tuttavia, non pochi problemi sono stati riscontrati nel tentativo di far rientrare questo tipo di misure nei criteri previsti dell'articolo 107(1) TFUE.

La sentenza in analisi sembra porsi in controtendenza rispetto all'approccio interpretativo utilizzato in decisioni precedenti, il quale tendeva ad estendere la nozione di aiuto di Stato mediante il conferimento di un'ampia discrezionalità in capo alla Commissione. L'obiettivo del presente contributo è dunque quello di presentare una prima analisi del caso *Fiat*, fornendone una lettura che sia informata al contesto descritto. In particolare, in primo luogo verrà brevemente ricostruito il contenuto della decisione della Commissione e della sentenza del Tribunale in merito (par. 2). Seguirà l'analisi della recente sentenza della Corte di giustizia (par. 3) e, infine, verranno presentate alcune riflessioni conclusive (par. 4).

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

La misura oggetto della pronuncia in analisi era stata adottata dalle autorità tributarie lussemburghesi nel settembre 2012 nei confronti di Fiat Chrysler Finance Europe (all'epoca Fiat Finance and Trade Ltd, in breve FFT, parte del gruppo automobilistico Fiat/Chrysler). Con tale decisione anticipata veniva approvato un accordo sui prezzi di trasferimento intra-gruppo. Più precisamente, mediante tale decisione le autorità tributarie lussemburghesi si vincolavano per i successivi 5 anni, approvando il metodo di attribuzione degli utili a favore di FFT all'interno del gruppo e consentendo a quest'ultima di determinare l'importo dell'imposta sulle società da versare annualmente al Lussemburgo.

A partire dal giugno 2013 la Commissione aveva trasmesso una prima richiesta di informazioni in merito rivolta al Granducato di Lussemburgo fino a che, l'anno successivo, era stato avviato il procedimento di indagine formale *ex* articolo 108(2) TFUE. Quest'ultimo, si è concluso con l'adozione della decisione (UE) 2016/2326 del 21 ottobre 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN). In questa sede la Commissione ha sostenuto che tale decisione costituiva un aiuto di Stato in

quanto tutti i requisiti previsti dall'articolo 107(1) TFUE erano integrati. In particolare, il criterio dirimente è stato il vantaggio selettivo poiché, secondo la ricostruzione effettuata dalla Commissione, il *ruling* fiscale adottato nei confronti di FFT aveva comportato una riduzione dell'imposta dovuta da quest'ultima in Lussemburgo. Il fulcro dell'argomentazione della Commissione implicava l'inclusione dell'*arm's length principle*, il principio di libera concorrenza, nella valutazione del vantaggio selettivo. Tale principio veniva considerato dalla Commissione alla stregua di un corollario dell'articolo 107(1) TFUE nel caso in cui la valutazione riguardasse misure fiscali relative a operazioni tra società di uno stesso gruppo. È importante sottolineare che, alla luce di questa interpretazione, il principio di libera concorrenza doveva essere parte di detta valutazione indipendentemente dall'incorporazione del principio nell'ordinamento nazionale (A. ARENA, *State Aids and Tax Rulings: an Assessment of the Commission's Recent Decisional Practice*, in *Market and Competition Law Review*, 2017, p. 49 ss.; T. ILIOPOULOS, *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 263 ss.).

Questa impostazione veniva di fatto confermata dal Tribunale nella sentenza del 24 settembre 2019 (cause riunite T-755/15 e T-759/15) con la quale venivano respinti i ricorsi diretti all'annullamento della decisione della Commissione. In particolare, il Tribunale affermava che il principio di libera concorrenza costituisce un valido "strumento" o "criterio di riferimento" per verificare che i prezzi delle operazioni infragruppo accettati dalle autorità tributarie nazionali mediante *ruling* fiscale siano a condizioni di mercato. Di conseguenza, il Tribunale considerava questo principio come un utile parametro per la valutazione *ex* articolo 107(1) TFUE indipendentemente dalla sua integrazione nell'ordinamento nazionale.

Più precisamente, il Tribunale aveva respinto gli argomenti dedotti dal Granducato di Lussemburgo e dalla FFT rispetto alla carenza di un valido fondamento giuridico nell'ordinamento dell'Unione europea che suffragasse il ricorso a tale criterio considerando che il principio di libera concorrenza costituisce necessariamente parte integrante dell'esame *ex* articolo 107(1) TFUE nel caso di misure fiscali concesse a società integrate in quanto declinazione del più generale principio di parità di trattamento in materia tributaria. Inoltre, il Tribunale non aveva considerato accoglibile l'argomento per il quale la posizione assunta dalla Commissione eccedesse le proprie competenze e costituisse una forma di armonizzazione dissimulata delle imposte dirette in violazione dell'autonomia fiscale degli Stati

membri. Tale decisione è stata argomentata sostenendo che il ricorso al principio di libera concorrenza era fondato in quanto le norme tributarie lussemburghesi prevedono che le società integrate siano tassate allo stesso modo rispetto a quelle autonome. A supporto di tale tesi veniva richiamata sentenza *Belgio e Forum187 c. Commissione* (sentenza della Corte del 22 giugno 2006, causa C-182/03 e C-217/03) nella quale, secondo l'impostazione della Commissione avallata dal Tribunale, la Corte aveva di fatto applicato il principio di libera concorrenza pur senza menzionarlo esplicitamente. Infatti, si sosteneva che l'utilizzo dei termini "che svolge le proprie attività in condizioni di libera concorrenza" e "prezzi di trasferimento" (punti 95 e 96) non lasciasse spazio ad una diversa interpretazione (T. JORIS, W. DE COCK, *Is Belgium and Forum 187 v. Commission a Suitable Legal Source for an EU "At Arm's Length Principle"?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, p. 607 ss.).

3. *La sentenza della Corte di giustizia*

La controversia davanti alla Corte verte sulla richiesta delle parti ricorrenti che, con le rispettive impugnazioni, hanno chiesto l'annullamento della sentenza del Tribunale e della decisione controversa. La Corte accogliendo tali ricorsi e annullando dette pronunce, è giunta alle medesime conclusioni proposte dall'Avvocato generale Pikamäe il 16 dicembre 2021.

In via preliminare, la Corte ha sottolineato che, nei settori in cui non è intervenuta l'armonizzazione da parte dell'Unione europea, gli Stati membri possono esercitare le proprie competenze ma sempre nel rispetto del diritto dell'Unione europea di cui fanno parte le regole relative al divieto di aiuti di Stato. A tal proposito, citando la propria consolidata giurisprudenza in merito (sentenze della Corte del 6 ottobre 2021, causa C-51/19 P e C-64/19 P, *World Duty Free Group e Spagna c. Commissione*, del 16 marzo 2021, causa C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*, del 15 novembre 2011, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*) la Corte ha ricordato la metodologia che deve essere utilizzata per valutare le misure nazionali alla luce del divieto di aiuti di Stato. Si è soffermata in particolare sul criterio del vantaggio selettivo che impone di stabilire se la misura nazionale sia idonea a favorire "talune imprese o talune produzioni" rispetto ad altre che si trovano in situazioni di fatto o di diritto paragonabili. La valutazione viene strutturata in tre passaggi. Il primo implica l'individuazione del sistema di riferimento,

cioè il regime fiscale “normale” applicabile nello Stato. Il secondo mira a stabilire se la misura in questione deroghi al sistema di riferimento individuato creando, in sostanza, una discriminazione fra soggetti che si trovano nella medesima situazione materiale o giuridica rispetto all’obiettivo perseguito dal sistema. Il terzo livello della valutazione introduce la possibilità di giustificare tale differenziazione sulla base della natura o struttura del sistema tributario di cui la misura in analisi è parte. Alla luce di questa breve ricostruzione è evidente la fondamentale importanza di una corretta ricostruzione del sistema di riferimento, in quanto punto di partenza per la valutazione, e che l’analisi tenga conto degli effetti concreti della misura e non del *nomen iuris*.

Infatti, il fulcro della sentenza della Corte verte proprio sulla valutazione della corretta identificazione del sistema di riferimento e, di conseguenza, sulla possibilità di includervi il principio di libera concorrenza. In merito, la Corte è giunta alla conclusione che l’argomentazione della Commissione, convalidata dal Tribunale, è viziata da un errore di diritto in quanto non tiene debitamente conto delle norme nazionali applicabili (in questo caso, l’articolo 164, par. 3 del codice delle imposte lussemburghese, come precisato dalla circolare 164/2) nell’individuazione del sistema di riferimento. Poiché quest’ultimo rappresenta le fondamenta dell’analisi relativa l’esistenza di un vantaggio selettivo *ex art. 107(1) TFUE*, tale errore vizia l’intera valutazione e porta necessariamente all’annullamento della sentenza del Tribunale

In particolare, la Corte ha ritenuto che, escludendo l’applicazione delle specifiche norme nazionali in favore di un principio esterno a tale ordinamento sulla base del fatto che entrambi perseguono il medesimo obiettivo (cioè pervenire a un’approssimazione affidabile del prezzo di mercato nel caso di operazioni fra società integrate), il Tribunale si sia posto in contrasto con la menzionata giurisprudenza relativa all’applicazione dell’articolo 107(1) TFUE secondo la quale l’esame deve essere effettuato rispetto al diritto nazionale vigente. È sulla base di quest’ultimo che, in mancanza di armonizzazione, devono essere definite le modalità concrete dell’applicazione di tale principio. Pertanto, convalidando il *modus operandi* della Commissione, il Tribunale ha violato le norme del Trattato relative all’adozione da parte dell’Unione europea di misure di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di imposte dirette, in particolare gli articoli 114(2) e 115 TFUE), limitano indebitamente l’autonomia statale. In assenza di armonizzazione, rientra infatti nella discrezionalità di questi ultimi la scelta di integrare nel proprio ordinamento criteri per la de-

terminazione della “libera concorrenza” e, di conseguenza, ai fini della valutazione relativa al vantaggio selettivo non è possibile utilizzare parametri che siano esterni al sistema tributario nazionale, salvo che quest’ultimo non vi faccia espresso riferimento. Questa argomentazione è peraltro espressione del principio di legalità dell’imposta, principio generale del diritto dell’Unione europea in base al quale l’obbligo di pagare un’imposta e tutti gli elementi che definiscono le caratteristiche fondamentali di quest’ultima sono determinati per legge poiché il soggetto passivo deve essere in grado di prevedere e calcolare l’imposta dovuta. Inoltre, la Corte ha sostenuto che il riferimento fatto alla sentenza Belgio e Forum 187 c. Commissione sia fuori luogo poiché in quel caso il principio in oggetto era stato integrato nel sistema tributario nazionale. Non si può dunque ritenere che con detta pronuncia la Corte abbia inteso introdurre un principio autonomo di libera concorrenza applicabile indipendentemente dall’incorporazione di quest’ultimo nel diritto nazionale ai fini dell’esame delle misure di natura fiscale nell’ambito di applicazione dell’articolo 107(1) TFUE.

La Corte non si è limitata all’annullamento della sentenza impugnata ma ha statuito definitivamente sulla controversia annullando la decisione della Commissione. Ciò in applicazione dell’articolo 61(1) dello Statuto della Corte poiché i motivi dei ricorsi volti all’annullamento della decisione sono stati oggetto di discussione in contraddittorio davanti al Tribunale e il loro esame non richiedeva l’adozione di ulteriori misure di organizzazione del procedimento. Anche con riferimento alle argomentazioni della Commissione la Corte ha rilevato un errore di diritto nella valutazione del vantaggio selettivo e, in particolare, nell’individuazione del sistema di riferimento sulla base delle motivazioni già esposte in precedenza.

4. *Commento*

Con la sentenza in commento la Corte, discostandosi dall’impostazione proposta dalla Commissione e dal Tribunale, torna nel solco della sua precedente giurisprudenza con una pronuncia “classica” dal punto di vista degli aiuti di Stato. Si tratta di una sentenza che riporta un’analisi puntale e chiara, inanellando argomentazioni che applicano metodi valutativi assodati ed escludendo la possibilità di considerare il principio di libera concorrenza come una nozione autonoma del diritto dell’Unione europea a corollario dell’articolo 107(1) TFUE. Tuttavia, questa pronuncia non si limita ad avere un impatto sulla disciplina degli aiuti

di Stato ma ha importanti risvolti anche sul concetto di autonomia statale in materia fiscale nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea.

In un momento del processo di integrazione europea in cui ci si chiede se abbia ancora senso parlare di *retained powers* vista la sempre maggiore pervasività del diritto dell'Unione europea (L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 168 ss.), questa sentenza si pone in controtendenza stabilendo un limite al potere interpretativo e discrezionale della Commissione e, di conseguenza, all'ambito applicativo dell'art. 107(1) TFUE. È interessante notare come le argomentazioni fornite dalla Corte per escludere la possibilità di inserire il principio di libera concorrenza (quando non esplicitamente previsto dall'ordinamento nazionale) nella valutazione di una misura statale ex articolo 107(1) TFUE si concentrino proprio sul rispetto dell'autonomia statale e, in ultimo, del principio di attribuzione. Facendo riferimento agli articoli 114 e 115 del TFUE, la Corte chiarisce quindi che non è possibile limitare la discrezionalità statale in materia fiscale mediante un'armonizzazione fiscale di fatto che eluda le norme dei Trattati in materia (C. PETERS, *Tax Policy Convergence and EU Fiscal State Aid Control: In Search of Rationality*, in *EC Tax Review*, 2019, p. 6 ss.; E. TRAVERSA, P. M. SABBADINI, *State-Aid Policy and the Fight Against Harmful Tax Competition in the Internal Market: Tax policy in Disguise?*, in W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST (eds.), *EU Tax Law and policy in the 21st Century*, The Hague, 2017, p. 107 ss.).

Un altro riflesso del concetto di autonomia statale in materia fiscale che questa pronuncia evoca sono gli effetti che la limitazione dell'utilizzo di questo strumento può avere rispetto al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa. Questo fenomeno consiste nella creazione di dinamiche concorrenziali fra diversi ordinamenti mediante l'uso della leva fiscale al fine di attrarre investimenti e capitali (P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Regulating Tax Competition in the Internal Market: Is the European Commission Finally Changing Course?* in *European Papers*, 2019, p. 225 ss.; M. CHASTAGNARET, A. MAITROT DE LA MOTTE, M. KARPENSCHIF, J. ALBERT, L. STANKIEWICZ, *La concurrence fiscale dans l'Union européenne*, in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET, E. MAZUYER (sous la direction de), *La concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, New York, 2016, p. 238 ss.).

Si tratta di uno strumento di *soft law*, basato sul controllo *inter pares* tra gli Stati membri, i quali si impegnano a smantellare le misure fiscali dannose esistenti e ad astenersi dall'introdurne di nuove. La prima versio-

ne di questo strumento intergovernativo è stata adottata nel 1997 e veniva utilizzata per individuare e valutare le misure fiscali preferenziali potenzialmente dannose, cioè quelle misure nazionali che determinano un livello di imposizione inferiore al livello generalmente applicabile. Il Codice di Condotta è stato recentemente riformato (la nuova versione è stata adottata l'8 novembre 2022, medesima data di pubblicazione della sentenza *Fiat*) prevedendo un ambito di applicazione più ampio che includa anche le “caratteristiche fiscali di applicazione generale” che possono portare a casi di doppia non imposizione o plurimi utilizzi di benefici fiscali. Le misure fiscali vengono vagliate da un gruppo appositamente istituito in seno al Consiglio, che è composto da rappresentanti ad alto livello degli Stati membri e della Commissione europea. Al momento, il Codice di Condotta non si è dimostrato particolarmente efficace in quanto, pur avendo un forte valore politico, non è vincolante dal punto di vista giuridico. Peraltro, al riguardo, è interessante notare come nella nuova versione del Codice di condotta si sottolinei insistentemente la natura dello strumento e il fatto che questo non miri ad intaccare l'autonomia statale in materia fiscale. In questo, le assonanze con la pronuncia nel caso *Fiat* sono evidenti.

Anche in considerazione della scarsa incisività del Codice di Condotta ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, a partire dal 2013 la Commissione ha avviato una serie di procedure con la finalità di indagare sui *tax rulings* concessi dagli Stati membri. Come evidenziato nel corso dell'analisi effettuata, nel farlo la Commissione ha cercato di estendere la nozione di aiuto di Stato in modo da poter utilizzare questo strumento anche con questa finalità (N. BAYÓN FERNÁNDEZ, *The Selective Advantage Criterion in Tax Rulings: The Path Towards a More Coherent and Thorough Analysis of Selectivity*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021, p. 200 ss.). Con la sentenza *Fiat*, la Corte ha indubbiamente posto un freno a questa tendenza. In ogni caso, vale la pena evidenziare come oltre alle difficoltà relative all'adattamento dei requisiti dell'articolo 107(1) TFUE alle misure in questione, l'utilizzo di questo strumento ai fini del contrasto alla concorrenza fiscale dannosa pone dubbi anche in merito all'adeguatezza dello strumento rispetto ai fini (E. FORRESTER, *Is the State Aid Regime a Suitable Instrument to Be Used in the Fight Against Harmful Tax Competition?*, in *EC Tax Review*, 2018, p. 19 ss.). Basti pensare che il rimedio, nel caso di aiuti di Stato illegittimo, consiste nel recupero dell'aiuto da parte dello Stato in modo da ripristinare il *level playing field* fra le imprese. Tuttavia, nel caso della concorrenza fiscale dannosa, si viene a creare una situazione paradossale in cui lo Stato, soggetto che ha posto

volontariamente in essere la condotta distorsiva ai danni degli altri Stati membri, non viene sanzionato ma, anzi, ottiene un beneficio.

Alla luce della recente pronuncia nel caso *Fiat*, è interessante formulare alcune osservazioni conclusive rispetto a quale sarà in futuro il rapporto fra misure fiscali dannose e aiuti di Stato. In primo luogo, il divieto di aiuti di Stato continuerà ad applicarsi nei casi in cui misure fiscali dannose presentino gli elementi richiesti dall'articolo 107(1) TFUE ai fini della sua applicazione, così come interpretati dalla Corte nella sua giurisprudenza consolidata. Ciò significa che, nella valutazione del vantaggio selettivo, è necessario individuare correttamente il sistema di riferimento, il quale non può includere elementi esterni all'ordinamento nazionale, salvo che vi sia un espresso riferimento. Come specificato dal Codice di Condotta, nel caso in cui si tratti di misure fiscali dannose coperte dall'ambito di applicazione di quest'ultimo che risultino però allo stesso tempo anche degli aiuti di Stato, è preferibile seguire le procedure previste da questo secondo set di norme. Invece, nel caso di misure fiscali dannose che non siano coperte dal divieto di aiuti di Stato, queste ricadono esclusivamente nell'ambito di applicazione del Codice di Condotta con la conseguente applicazione delle procedure ivi previste. La recente riforma del Codice di Condotta lascia intravedere una rinnovata volontà da parte degli Stati a non introdurre e rimuovere misure di questo tipo. Tuttavia, un limite importante che questo strumento continua ad avere consiste nella mancanza di una definizione chiara di "misura fiscale dannosa", limitandosi ad elencare alcuni elementi che possono essere presi in esame in fase di valutazione.

In conclusione, la sentenza della Corte nel caso *Fiat* rappresenta un importante tassello non solo nella giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, ma anche nella ricostruzione dei limiti posti a tutela dell'autonomia statale in materia fiscale. Va d'altra parte ricordato che dallo scoppio del caso *LuxLeaks* ad oggi il contesto è sicuramente cambiato notevolmente. Ad esempio, grazie all'adozione di strumenti di coordinamento come le direttive sullo scambio di informazioni fiscali fra Stati membri, è molto più difficile concedere misure fiscali di questo tipo. Tuttavia, è innegabile che il vero punto di svolta in questo settore si avrebbe con il passaggio da un'impostazione di contrasto del fenomeno a una di prevenzione mediante l'armonizzazione della tassazione sulle imprese (G. PEROTTO, *How to Cope with Harmful Tax Competition in the EU Legal Order: Going Beyond the Elusive Quest for a Definition and the Misplaced Reliance on State Aid Law*, in *European Journal of Legal Studies*, 2021, p. 336 ss.). Al riguardo sarà interessante monitorare i prossimi sviluppi previsti per il 2023 con l'adozione

del “Business in Europe: Framework for Income Taxation” (BEFIT). Quest’ultimo è volto a sostituire la proposta in sospenso relativa a una base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società e costituirà un codice unico della tassazione delle imprese per l’Unione europea permettendo così una più equa allocazione dei diritti di imposizione fra Stati membri.