



Quando il *ruling* preventivo diviene aiuto di stato: il caso *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd.*

DI SAMUEL BOLIS*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La concorrenza fiscale tra gli Stati dell’Unione europea. – 3. La disciplina degli aiuti di Stato applicata al *tax ruling*: un inedito strumento di politica fiscale? – 4. La sentenza del Tribunale dell’Unione europea sul *ruling* preventivo presentato da *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd.* – 5. Prospettive di recupero degli aiuti illegalmente concessi. – 6. Lo scambio automatico di informazioni sui *ruling* fiscali preventivi transfrontalieri.

1. Il Tribunale dell’Unione europea, con la sentenza pronunciata in data 24 settembre 2019¹, ha statuito che il *tax ruling*² preventivo transnazionale accordato da un’agenzia nazionale di uno Stato membro comporta uno sgravio fiscale illecito e costituisce, pertanto, un *Aiuto di Stato* ai sensi dell’art. 107 del TFUE.

La causa in commento concerne l’impugnazione della decisione della Commissione europea del 21 ottobre 2015 avente ad oggetto gli accordi in tema *Advanced Price Agreement*

* Dottore di ricerca in diritto dell’Unione europea ed ordinamenti nazionali presso l’Università degli Studi di Ferrara.

¹ Tribunale, sentenza 24 settembre 2019, *Granducato del Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione europea*, T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670.

² Con il termine inglese *ruling* si deve intendere, nel presente lavoro, l’interpello fiscale con il quale il contribuente, previa richiesta, ottiene dall’amministrazione finanziaria una pronuncia in merito alle modalità di applicazione o alla possibilità di disapplicazione di specifiche disposizioni tributarie, con riguardo a casi di concreto interesse. Una sua definizione positiva è ora rinvenibile nell’art. 3, punto 14, della 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, in *G.U.U.E.*, L 64 del 11 marzo 2011. Per un approfondimento dell’istituto del *ruling* si veda, da ultimo, A. PERRONE, *Sull’inquadramento sistematico e sulla natura giuridica degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale e sulla loro estensibilità all’IVA*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2019, e, volendo, S. BOLIS, *L’interpello CFC alla prova del diritto comunitario*, in *Il fisco*, n. 47 del 19 dicembre 2011, p. 1-7667 e ss..

definiti dal Granducato del Lussemburgo con *Fiat Chrysler Finance Europe*³. In realtà, già sul finire del 2014, la Commissione aveva sindacato l'operato delle amministrazioni fiscali di alcuni Paesi membri che avevano raggiunto un accordo mediante *ruling* di standard internazionale con società multinazionali sulla tassazione dei profitti realizzati in tutto il mondo. In tale momento storico, dunque, il guardiano dei Trattati – a cui è attribuita la competenza esclusiva in ordine alla valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato⁴ – contestò analoghi accordi di favore adottati anche da altri Paesi nei confronti di società multinazionali, ed in particolare: nei confronti del Granducato del Lussemburgo per il trattamento riservato ad Amazon⁵, all'Irlanda per Apple⁶ ed all'Olanda per Starbucks⁷.

A far condensare la situazione in quel periodo storico fu lo stimolo fornito da un reportage dell'*International Consortium of Investigative Journalists* (ICIJ) – noto come scandalo *Luxleaks*⁸ – in cui vennero divulgati gli accordi tra diverse multinazionali e le amministrazioni fiscali di taluni Stati membri di Lussemburgo, Olanda ed Irlanda che comportavano il pagamento di un *effective tax rate* quasi nullo. Da qui il dubbio che tali accordi – sia pur concessi da Agenzie fiscali di uno Stato membro – sono incompatibili con il diritto dell'Unione europea in quanto costituiscono un indebito aiuto di Stato che rischia di alterare la concorrenza nel mercato interno.

Ma quanto si sta verificando in questi ultimi anni – ovvero la conflittualità tra politiche fiscali nazionali in competizione tra di loro e non armonizzate a livello europeo – era già stato intuito all'inizio del percorso comunitario che ha portato alla creazione del mercato unico europeo prima e della moneta unica poi: l'autonomia nella politica fiscale induce i singoli paesi a sviluppare alcuni strumenti di aggiustamento macroeconomico sostitutivi rispetto ai meccanismi di politica monetaria – quest'ultima ormai fuoriuscita dal perimetro della sovranità nazionale – ma fortemente dannosi per gli Stati stessi.

Questi strumenti consistono in pratiche concorrenziali fiscali sleali volti ad attirare all'interno dei Paesi a bassa intensità fiscale capitali ed attività economiche, comportando però una erosione fiscale a danno di altri paesi. Si registra, pertanto, una fuoriuscita negativa dagli Stati che subiscono una perdita di base imponibile a favore di altri Stati a tassazione più bassa i quali, tuttavia, non si fanno carico della gestione dei servizi pubblici non remunerativi o nell'attuazione di politiche fiscali redistributive su cui comunque incidono le esternalità negative delle imprese che hanno trasferito solo gli utili dagli Stati di origine ma non certo le attività industriali.

³ Procedura Aiuto di Stato n. 38375(2014/NN) (ex 2014/CP), decisione C(2014) 3627 del 11.06.2014, pubblicata in G.U.U.E. serie C nr. 369 del 17.10.2014, p. 37 – 59.

⁴ Sul punto si veda G. GRECO, *Il rapporto "particolare" tra gli aiuti di Stato e il giudicato*, in *Eurojus*, 23 luglio 2018, ove l'Autore osserva come «fermo restando che spetta alla Commissione valutare se un determinato aiuto sia compatibile, o non, con il Trattato, tale valutazione presuppone l'inquadramento della fattispecie nel *genus* degli aiuti. Quest'ultima operazione – che è poi la prima sul piano logico – dovrebbe spettare al Giudice nazionale (...) se non altro ai limitati fini di risolvere la controversia portata al suo giudizio».

⁵ Procedura Aiuto di Stato n. 38944(2014/C), decisione del 07.10.2014 pubblicata in G.U.C.E. serie C nr. 44 del 6.2.2015, p. 1 – 12.

⁶ Procedura Aiuto di Stato n. 38373(2014/C), decisione del 11.06.2014 pubblicata in G.U.C.E. serie C nr. 369 del 17.10.2014, p. 22 – 36.

⁷ Procedura Aiuto di Stato n. 38374(2014/C), decisione del 11.06.2014, pubblicata in G.U.C.E. serie C nr. 460 del 19.12.2014, p. 11 – 39.

⁸ Tutti i documenti sono consultabili sul sito <http://www.icij.org/project/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database>.

La conseguenza più rilevante di tale situazione consiste nel necessario inasprimento del carico fiscale sui fattori economici più statici – come il lavoro, i consumi o i beni immobili – che, rappresentando un grado di mobilità della base imponibile inferiore rispetto a quella del capitale, consentono prelievi più agevoli e certi. Tale inasprimento diviene necessario da parte dei singoli Stati per poter far fronte alla spesa pubblica; pertanto, in questa fase dell'integrazione europea, assistiamo ad una concorrenza fiscale tra i Paesi membri della UE che porta ad un abbattimento dell'imposta effettiva sui redditi da parte di taluni, ed un inasprimento delle aliquote sull'IVA ovvero sul possesso di immobili da parte di altri.

2. È dalla metà degli anni novanta che, in sede europea, si cerca di contrastare la cosiddetta *concorrenza fiscale dannosa*, ovvero a partire da quando venne incaricato un gruppo di alto livello di individuare sistemi di tassazione *il più possibile semplici, equi ed efficaci* per lo sviluppo delle imprese ed il buon funzionamento del mercato unico. Lo scopo che si intendeva perseguire consisteva nella protezione delle basi imponibili e nella prevenzione della frode e dell'evasione fiscale⁹ (queste ultime agevolate proprio dallo sviluppo del mercato unico) attraverso una maggiore cooperazione tra le autorità nazionali, nonché l'eliminazione degli ostacoli di natura fiscale ai flussi di reddito transfrontalieri ed il miglioramento del funzionamento delle convenzioni sulla doppia imposizione tra gli Stati membri. Mentre su impulso italiano¹⁰ veniva proposta un'azione coordinata a livello europeo per ridurre le distorsioni che sussistono nel mercato unico al fine di prevenire consistenti perdite di gettito tributario¹¹, la Commissione stilava il documento dal titolo *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea: un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa*¹². Con tale comunicazione la Commissione – distinguendo tra una concorrenza fiscale legittima ed una dannosa¹³ – ha cercato di impedire che gli Stati membri adottassero o mantenessero misure fiscali tali da falsare in modo sleale la concorrenza, ovvero sia quelle pratiche in grado di attrarre in modo non trasparente capitali ed imprese di altri Stati membri in pregiudizio dei relativi interessi finanziari.

Si giunge così alla pubblicazione delle Conclusioni del Consiglio del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale¹⁴ contenente il *Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese*, che enuclea i principi per valutare la dannosità di tali misure ponderandole con la libertà di trasferimento sancita dai Trattati.

Il Codice di condotta si applica alle misure – non solo alle disposizioni legislative, dunque, ma anche alle prassi amministrative – che hanno o che possono avere una sensibile incidenza sull'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio dell'Unione; in tal senso, sono giudicate potenzialmente dannose le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo

⁹ Una prima descrizione dei casi che possono integrare l'ipotesi della frode comunitaria era contenuta nella *Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea* del 26 luglio 1995, più semplicemente nota come convenzione PIF; più recentemente, la nozione di frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione è contenuta nell'art. 3 della direttiva UE 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017.

¹⁰ La proposta è scaturita in occasione della riunione informale dei ministri delle Finanze e dell'Economia tenutasi a Verona nell'aprile 1996, in occasione del semestre di Presidenza Italiana dell'allora Comunità europea.

¹¹ Per un approfondimento si rinvia a C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Torino, 2012, p. 5.

¹² Comunicazione al Consiglio COM(1997)495 del 1 ottobre 1997.

¹³ Nel testo in lingua inglese, *harmful tax competition*.

¹⁴ Pubblicate in *G.U.C.E.*, C 2 del 6 gennaio 1998, p. 1 – 6.

nettamente inferiore – quando non addirittura nullo – a quello applicato nel Paese considerato a seguito di accordi transattivi con il Fisco.

La valutazione della compatibilità delle misure fiscali rispetto alla corretta applicazione dei principi del Codice di buona condotta¹⁵ venne affidata ad un Gruppo di esperti rappresentanti dei diversi Stati membri – noto come *Gruppo Monti*¹⁶ – istituito dal Consiglio in data 9 marzo 1998. Tuttavia le misure proposte da tale gruppo di studio si arenarono, proprio quasi in dirittura d’arrivo, in conseguenza dell’opposizione del Regno Unito espressa nel Consiglio europeo di Helsinki del 10 e 11 dicembre 1999¹⁷. Oltre a ciò, Lussemburgo, Svezia, Irlanda, Portogallo, Belgio e Olanda posero ulteriori limiti e vincoli ad un’azione comune che sarebbe senz’altro stata avviata su impulso della Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese della fine del 1998¹⁸: forse non è un caso che tra gli appena citati Paesi vi fossero anche quelli che poi si sarebbero dimostrati i più intraprendenti artefici degli aiuti di stato in materia fiscale in seguito contestati dalla Commissione.

In tempi più vicini a noi, l’azione della Commissione in materia fiscale si è quasi esclusivamente rivolta al contrasto delle frodi e dell’evasione fiscale ed è stata espressa nel piano di azione presentato in data 6 dicembre 2012¹⁹, mediante più incisive forme di cooperazione amministrativa e scambio di informazioni²⁰. Secondo l’analisi effettuata dalla

¹⁵ Secondo il Codice di condotta, nella valutazione del carattere pregiudizievole della misura, è necessario considerare, tra l’altro, 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. Viene valutato anche il fatto che le agevolazioni siano o meno riservate esclusivamente ai non residenti o per transazioni effettuate con non residenti.

¹⁶ Nell’aprile 1996 il Consiglio dei ministri delle finanze (ECOFIN) ha istituito un Gruppo ad alto livello sull’imposizione fiscale presieduto da Mario Monti, allora Commissario per gli affari fiscali. Le conclusioni iniziali della Commissione a seguito delle riunioni di tale gruppo (che comprendeva rappresentanti del Parlamento europeo) sono apparse nell’ottobre 1996: *La politica tributaria nell’Unione europea: relazione sullo sviluppo dei sistemi tributari*, (COM(96) 546). La nuova strategia fiscale europea (il cosiddetto *pacchetto Monti*) è stata pubblicata dalla Commissione nell’ottobre 1997 con il documento citato in nota 12.

¹⁷ Tale Consiglio europeo è noto per avere adottato la “*dichiarazione per il millennio*”. I temi trattati, oltre al processo di allargamento ai paesi dell’ex blocco sovietico, riguardano anche il “pacchetto fiscale” ove si registrò l’opposizione del Regno Unito all’inclusione dei c.d. “*eurobond*” – vale a dire la maggior parte dei titoli finanziari trattati sul mercato finanziario londinese – nel regime di controllo del risparmio.

¹⁸ Pubblicata in *G.U.C.E.*, C 384 del 10 dicembre 1998, p. 3 – 9, considerato testo rilevante ai fini dello Spazio economico europeo.

¹⁹ La Comunicazione COM(2012)722 del 6 dicembre 2012, riporta un invito diretto agli Stati membri relativa a talune misure specifiche di contrasto al *tax planning* aggressivo di cui si consiglia agli stessi Stati l’adozione. Il riferimento è in particolare rivolto all’inclusione nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni di clausole tese ad evitare casi di doppia non imposizione ed all’inserimento nell’ordinamento interno, ove necessario, di una clausola generale antielusiva diretta a dare rilievo, al ricorrere di determinate condizioni, alla sostanza economica della transazione in luogo del formale assetto giuridico prescelto dalle parti. La questione, in ogni caso, si presenta di estrema delicatezza: diversi Stati membri, a fronte di dichiarazioni “politiche” nettamente contrarie a forme di elusione fiscale e *tax planning* aggressivo, continuano, comunque, a prevedere regimi fiscali vantaggiosi diretti in particolare a consentire la localizzazione di redditi in paradisi fiscali, al fine ultimo di mantenere elevato il livello di competitività delle società residenti nel proprio territorio e operanti su scala transnazionale. Al riguardo, v. J. DRUCKER, *Europe Eases Corporate Tax Dodge as Worker Burdens Rise*, 13 maggio 2013, reperibile al seguente sito internet: <http://www.bloomberg.com/news/2013-05-13/europe-eases-corporate-tax-dodge-as-worker-burdens-rise.html>.

²⁰ Conclusioni del Consiglio del dicembre 2011 (doc. 9586/12 - FISC 63 OC 213). Relazione del Consiglio ECOFIN al Consiglio europeo sulla fiscalità del 4.12.2012 (doc. 16327/12 — FISC 166 — ECOFIN 949) e conclusioni del Consiglio relative alla comunicazione della Commissione del 13.11.2012 (doc. 16051/12 —

Commissione in quella sede, nello stato attuale dell'integrazione europea, infatti, gli Stati membri riconoscono il danno potenziale ed effettivo causato dalle giurisdizioni nazionali che non rispettano le norme minime di buona *governance* in materia fiscale, tra cui quelle comunemente considerate paradisi fiscali.

Tenendo presente le libertà accordate loro quando operano nel mercato interno, le imprese hanno comunque facoltà di stipulare accordi con le suddette giurisdizioni scegliendo appositamente quello Stato membro che si dimostri più debole nella contrattazione degli accordi. Di conseguenza, secondo la Commissione, l'efficacia della protezione complessiva del gettito fiscale di uno Stato membro trova il suo limite proprio nella risposta più debole di qualsiasi altro Stato membro.

Questo stato di cose non solo finisce con l'erosione della base imponibile degli Stati membri nel loro complesso, ma compromette anche la leale concorrenza tra le imprese e, in ultima analisi, distorce il funzionamento del mercato interno.

Per affrontare questo problema occorrono pertanto misure concrete adottate dagli Stati membri, anche sotto il coordinamento della Commissione, che sul tema ha raccomandato, ad esempio, di inserire nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni fiscali specifiche clausole – concordate anche con gli altri Stati membri e con i paesi terzi – che prevengano il rischio della “doppia *non* imposizione”. La Commissione ha inoltre raccomandato l'introduzione di una norma generale comune antiabuso, che contribuisca ad assicurare uniformità ed efficacia in un settore in cui le pratiche variano sensibilmente da uno Stato membro all'altro²¹. Tale percorso ha infine portato all'adozione della Direttiva (UE), n. 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016, rubricata *Norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*²².

La pressione concorrenziale sulla tassazione del reddito di impresa obbliga, invece, a politiche di abbassamento dell'aliquota, almeno nominale. Ciò emerge dal sopra citato studio della Commissione europea, dove con riferimento alla tassazione del capitale si evidenzia al contrario, sempre a livello europeo, una sensibile diminuzione delle aliquote nominali sui redditi societari, con un passaggio, nell'Europa a 17, dal 36,8% al 26,1%, e in quella a 27 Stati, dal 35,3% al 23,5%; di contro la tassazione effettiva del lavoro, nel periodo 1995-2010 e con riferimento all'Europa a 17 Stati, sia rimasta sostanzialmente stabile, passando dal 34,3% al

PRESSE 465 — PR CO 60). Tali atti incidono direttamente sui nuovi strumenti di scambio informativo nella mutua assistenza in ambito amministrativo di cui si dirà nel successivo paragrafo 6.

²¹ Le direttive dell'UE in materia fiscale permettono già agli Stati membri di applicare salvaguardie antiabuso e gli Stati membri possono avvalersi di tali facoltà loro concesse per evitare pianificazioni fiscali abusive, nel rispetto del diritto tributario comunitario. Sul punto si veda, per un approfondimento in ambito tributario, P. BORIA, *L'abuso del diritto in materia fiscale come principio generale di derivazione giurisprudenziale*, in *Riv. Dir. Trib.*, fasc. 6/2017; per un approfondimento in ambito penale, P. SORBELLO, *Abuso del diritto e repressione penale*, Roma, 2018.

²² Anche nota come *Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD), volta all'introduzione negli ordinamenti dei singoli Stati membri di regole omogenee in materia di: tassazione di imprese controllate estere (CFC), Costi di trasferimento (HMA), clausola generale anti-abuso, imposizione in uscita e deducibilità degli interessi di fonte estera. Sul punto si veda F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, p. 703 ss., ed, in particolare, p. 710.

34,0%. La media migliora lievemente considerando l'Europa a 27 Stati, con una diminuzione dal 35,3% al 33,4%²³.

Il divario crescente tra tassazione del lavoro e del capitale si spiega, dunque, con la ridotta mobilità del primo rispetto al secondo, unitamente, da un lato, alla liberalizzazione e globalizzazione dei mercati finanziari, che consentono politiche di *tax planning* su base mondiale, dall'altro, al peso crescente della spesa pubblica per i sistemi di *welfare* e per gli interessi sul debito pubblico, che deve essere finanziata in modo facile e sicuro.

Anche a livello sovranazionale si è tentato di risolvere il problema. In ambito OCSE, dopo la pubblicazione di un documento introduttivo su *Base Erosion and Profit Shifting*²⁴, un piano di azione contenente misure di contrasto di tali fenomeni è stato avviato a partire dal luglio 2013²⁵. Il tema è stato discusso anche in sede di G-8 e di G-20²⁶ per contrastare il fenomeno denominato *Stateless income*²⁷: si tratta dei profitti delle società multinazionali che non vengono tassati in alcuna parte del mondo in quanto – grazie ad un'oculata gestione dei flussi finanziari e delle immobilizzazioni immateriali nella lunga catena di produzione del valore del gruppo societario – vengono allocati nei Paesi ad *effective tax rate* quasi nullo.

3. Le società multinazionali possono imporre alle proprie controllate di stipulare accordi volti alla ripartizione dei costi (*cost sharing agreement*) a seguito dell'accentramento in una società del gruppo di determinati servizi messi a disposizione delle varie sezioni dell'impresa sulla base di criteri di imputazione determinati²⁸.

L'OCSE riconosce però alle amministrazioni finanziarie dei Paesi interessati la facoltà di rettificare gli utili dichiarati dalle imprese controllate applicando alle operazioni tra parti correlate costi di trasferimento a valore di mercato.

L'impresa può però sottoporre all'amministrazione fiscale il c.d. *ruling*, ovvero una proposta preventiva sui prezzi di trasferimento – *Advance Pricing Agreements* (APA) – che intende adottare ed il metodo con cui giunge a determinare la base imponibile finale. In tal senso, il *ruling* – quando non deroga all'ordinaria applicazione della normativa fiscale vigente in relazione alla tassazione dei gruppi di imprese – è dunque l'espressione dell'autonomia e

²³ Si rinvia allo studio della Commissione europea “*Strutture dei sistemi fiscali nell'Unione europea*” ed al contributo di G. MELIS, in *Rass. Trib.*, fasc. 6/2014, p. 1283 e ss.

²⁴ Si veda, in proposito, il documento dell'OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 2013, noto come “*Rapporto BEPS*”, ed i successivi aggiornamenti di cui, l'ultimo, *Harmful Tax Practices - 2018 Progress Report on Preferential Regimes*, Parigi, 2019.

²⁵ L' *Action Plan* – condiviso dal G-20 nel *meeting* di San Pietroburgo – propone quindici interventi, da attuarsi in un periodo temporale di 18/24 mesi. Tra questi, vanno segnalati quelli in materia di economia digitale, di concorrenza fiscale dannosa, tassazione dei beni immateriali e *transfer pricing*.

²⁶ Al riguardo, si veda il documento finale adottato in data 18 giugno 2013 dal vertice del G-8 di Lough Erne ove si legge che «Countries should change rules that let companies shift their profits across borders to avoid taxes, and multinationals should report to tax authorities what tax they pay where». Anche il G-20, nell'incontro tenutosi a San Pietroburgo il 5-6 settembre 2013, si è dichiarato favorevole al contrasto dei fenomeni del c.d. *base erosion and profit shifting* e del c.d. *offshore tax evasion*.

²⁷ Sul punto si veda E. D. KLEINBARD, *Stateless Income*, in *Florida Tax Review*, 2011, p. 699 – 774, pubblicato in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1791769.

²⁸ Per un approfondimento sui criteri di imputazione, si rinvia a V. UCKMAR, *Diritto Tributario Internazionale*, 2009, p. 64 e ss.

della sovranità fiscale degli Stati membri. Anche nell'ordinamento italiano²⁹ è stata introdotta una specifica forma di interpello per aderire alle sollecitazioni dell'OCSE.

Per capire se la concessione di un accordo di tal fatta possa però costituire un aiuto di Stato all'impresa richiedente è opportuno procedere ad un succinto richiamo della disciplina eurounitaria in materia, ricordando inoltre che l'onere di provare che l'aiuto concesso sotto ogni forma è compatibile con il mercato interno grava sul Paese membro che lo adotta³⁰.

Una misura pubblica viene considerata aiuto di Stato³¹, ai sensi dell'art. 107 TFUE, qualora sia: i) di origine pubblica; ii) determini un vantaggio in capo al destinatario; iii) abbia carattere selettivo; iv) falsi, o quantomeno minacci di falsare, la concorrenza.

Giova a questo punto esaminare la giurisprudenza della Corte che ha equiparato agli aiuti di Stato talune agevolazioni fiscali, al fine di estrapolare principi assiologici validi nella procedura operata dall'amministrazione finanziaria del Lussemburgo.

Sotto il primo punto, l'art. 109 TFUE esige che per essere considerate aiuti di Stato le misure nazionali debbono essere concesse *dagli Stati ovvero mediante risorse statali*. Netta è anche la posizione assunta dalla Commissione su questo specifico punto, ove ritiene che «ogni decisione di un'amministrazione fiscale deroghi ad un principio generale del diritto tributario per consentire benefici individuali costituisce una presunzione di aiuto di Stato»³². Conseguentemente, secondo la Corte di giustizia, lo Stato membro è civilmente responsabile in solido con le Autorità amministrative che hanno adottato decisioni contrarie al diritto comunitario³³.

Sotto il secondo punto, tra i benefici equiparati non vi è solo l'erogazione di contributi statali a favore di determinate produzioni o agevolazioni tariffarie, ma vi è anche l'abbattimento del carico fiscale o il riconoscimento di sgravi contributivi, nonché le esenzioni e gli incentivi fiscali sono ricompresi negli aiuti di Stato³⁴.

Sotto il terzo punto, il trattamento dei contribuenti in modo discrezionale può comportare che l'applicazione delle misure generali contemplate dal diritto tributario al caso particolare in modo più favorevole, implementa *ipso facto* una misura selettiva: la selettività della misura viene sufficientemente provata se l'esercizio di un potere discrezionale nella prassi della pubblica amministrazione va oltre il semplice esercizio dell'accertamento fiscale secondo criteri oggettivi³⁵.

²⁹ Il *ruling* preventivo di standard internazionale è stato introdotto nell'ordinamento italiano dall'art. 8, par. 5, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella l. 24 novembre 2003, n. 326, ed attuato con Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 23 luglio 2004. L'istituto italiano ripropone sostanzialmente il modello dei cosiddetti *Advance Pricing Agreements* (APA).

³⁰ Rif. Tribunale, sentenza 12 settembre 2007, causa T 68/03, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies*, EU:T:2007:253.

³¹ Sulla nozione in generale di aiuto di Stato si veda, da ultimo, G. CONTALDI, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Rivista Eurojus*, fasc. 3/2019, p. 107 e ss.

³² Rif. *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, in *G.U.C.E.*, C 384 del 10.12.1998, p. 2.

³³ Rif. Corte di giustizia, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana*, EU:C:2006:391. Per un approfondimento sul tema si rimanda a D. GALLO, *Aiuti di Stato e risarcimento del danno*, in *Rivista Eurojus*, fasc. 3/2019, p. 79 e ss..

³⁴ Rif. Corte di giustizia, sentenza 15 dicembre 2005, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, punto 82; Corte di giustizia, sentenza 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, EU:C:2005:768.

³⁵ Rif. Corte di giustizia, sentenza del 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Francia c. Commissione, Kimberly Clark Sopalin*, EU:C:1996:353, punti 23 e 24.

Sotto il quarto punto, un regime tributario che per la sua stessa struttura procura un vantaggio ad una o più categorie di imprese mediante una selezione dei criteri applicabili nel sistema di imposizione asseritamente “normale”³⁶ determina un sistema intrinsecamente discriminatorio. Qualora si tratti di imprese multinazionali, che operano in più Paesi membri, ogni aiuto comporta necessariamente una distorsione alla concorrenza ed ha effetti potenziali nel mercato interno.

In estrema sintesi, il diritto dell’Unione osta ad una misura nazionale che consenta di erogare un vantaggio in modo selettivo ad uno specifico operatore, alterando il regime della concorrenza nel mercato interno. Alla Commissione spetta infatti la mera facoltà di vagliare l’ammissibilità della misura in relazione alla disciplina della concorrenza, e non le è in alcun modo consentito di utilizzare surrettiziamente la disciplina *antitrust* quale strumento di politica fiscale per «un’azione tesa non già ad armonizzare, ma addirittura ad uniformare in chiave centralista le politiche fiscali degli Stati membri»³⁷.

Ma si rischia una deriva in tal senso qualora la Commissione, nel pronunciarsi in tema di compatibilità di una norma nazionale alla disciplina degli aiuti di Stato, proceda ad una *valutazione unitaria* della natura selettiva della misura e dell’esistenza di un vantaggio economico. È stato infatti osservato³⁸ che se la Commissione analizza un unico indistinto *selective advantage* omette uno stretto riscontro della sussistenza del requisito della selettività – inteso, come sopra detto, quale applicazione derogatoria delle normali regole tributarie vigenti – limitandosi alla ben più facile dimostrazione dell’esistenza di un qualsivoglia vantaggio. Ma in realtà tale valutazione è unitaria solo in ragione di una «illusione ottica (...) sono i caratteri peculiari dei *tax rulings* che portano a centralizzare l’attenzione sul solo requisito del vantaggio, marginalizzando l’analisi degli altri elementi (che dunque appaiono in esso ‘assorbiti’)»³⁹, e non perché sia venuta meno la necessità di provare pienamente la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato.

Probabilmente tale equivocata *illusione ottica* è il frutto della c.d. *dottrina Vestager* con la quale la Commissione – quantomeno nel quinquennio 2014-2019 – ha assunto «l’impegno di lotta all’evasione e all’elusione fiscali per assicurare che ciascuno versi il giusto contributo» valorizzando la disciplina europea sugli aiuti di Stato⁴⁰.

4. Come innanzi già anticipato, la Corte di giustizia dell’Unione europea ha sostanzialmente confermato – con la sentenza pronunciata in data 24 settembre 2019 sulle cause riunite T-755/15 e T-759/15⁴¹ – la decisione della Commissione europea del 21 ottobre

³⁶ Rif. Corte di giustizia, sentenza del 15 novembre 2011 in cui la Grande Sezione della Corte si è pronunciata in merito alle cause riunite C-106/09 e C-107/09, *Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*, EU:C:2011:215, riferite al regime fiscale adottato da Gibilterra inerenti alle società *off-shore*.

³⁷ Rif. S. BASTIANON, *La vicenda Apple e gli aiuti di Stato irlandesi: la mela, il bastone e la carota*, in *Eurojus* del 22 settembre 2016, § 6; ID., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Deal*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, n. 6/2016, p. 374 ss.

³⁸ Rif. S. BASTIANON, op. ult. cit., § 5.

³⁹ Rif. F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, cit., p. 715.

⁴⁰ Rif. F. PEPE, “*Concorrenza fiscale dannosa*” e tax rulings: l’uso “strategico” dell’*arm’s length principle* nella disciplina europea sugli aiuti di Stato e l’impresista (?) “*egemonia della Commissione europea nell’area della fiscalità internazionale*”, in *Federalismi*, 28 febbraio 2018, p. 7. Tale dottrina – *rectius*: la prassi – prende il nome dall’allora Commissario europeo alla concorrenza, Margrethe Vestager.

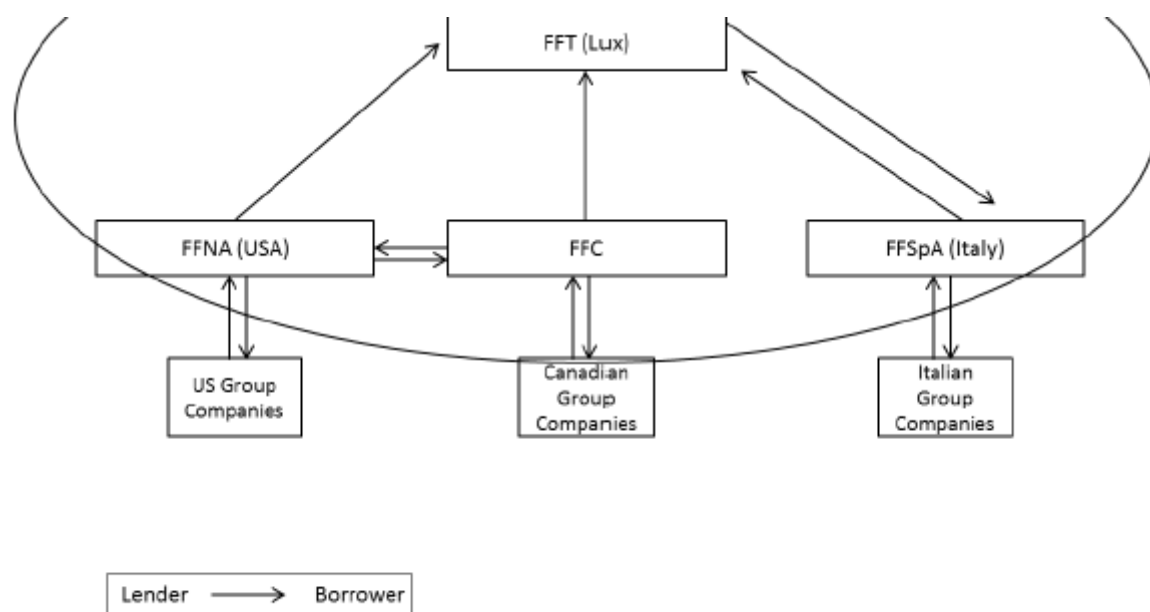
⁴¹ La decisione della Commissione europea è stata impugnata dal Granducato del Lussemburgo e da *Fiat Chrysler Finance Europe* che, nel procedimento delle cause riunite, sono state supportate dalla Repubblica d’Irlanda. Anche

2015 avente ad oggetto gli accordi in tema di *Advanced Price Agreement* definiti dal Granducato del Lussemburgo con Fiat Chrysler Finance Europe⁴².

È venuto però ora il momento di analizzare nel dettaglio l'accordo fiscale raggiunto tra *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd*⁴³ e l'amministrazione fiscale lussemburghese, che costituisce la misura oggetto della procedura avviata ai sensi del sopra richiamato articolo 108, co. 2, TFUE e chiusa il 21 ottobre 2015.

Proprio nel caso in esame, infatti, è finito il *ruling* di standard internazionale relativo agli accordi sui costi di trasferimento adottati dalle *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd* nel periodo 2010-2013, sulla cui base l'*Administration des contributions directes* lussemburghese ha definito un accordo sulla tassazione preventiva per il periodo di imposta 2012-2016.

Il Gruppo Fiat – che controlla la *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd* con sede in Lussemburgo – è una realtà multinazionale con impianti produttivi in circa 40 paesi e rapporti commerciali con 140 paesi, un fatturato globale nel 2013 pari a circa 86,8 miliardi di € ed un profitto netto di 1,9 miliardi di €. Il Gruppo ha inoltre deciso di centralizzare tutte le funzioni finanziarie e di tesoreria in capo ad un veicolo lussemburghese, come nello schema di seguito riportato, tratto dalla ricostruzione fatta dalla stessa Commissione⁴⁴:



La strutturazione societaria è così composta: FFSpA è la società con sede in Italia incaricata del coordinamento delle operazioni finanziarie in Italia; FFT opera come società finanziaria per le società basate in Europa, Italia esclusa; FFNA opera per le società basate negli Stati Uniti;

tale ultimo Paese, secondo la decisione della Commissione richiamata in nota 6, avrebbe concesso aiuti di Stato alla multinazionale Apple in modo analogo a quanto fatto dal Lussemburgo con il gruppo FCA. Per un commento agli aiuti di Stato concessi dall'Irlanda si veda, in particolare, a S. BASTIANON, *La vicenda Apple e gli aiuti di Stato irlandesi: la mela, il bastone e la carota*, cit..

⁴² Si tratta della già richiamata procedura Aiuto di Stato n. 38375(2014/NN), cit..

⁴³ Inizialmente denominata *Fiat Finance and Trade Ltd*, è stata successivamente ridenominata *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd* a seguito della fusione con la casa automobilistica statunitense.

⁴⁴ La schematizzazione è ripresa dal documento Aiuti di stato n. 38375 (2014/NN), cit., p. 7.

FFC opera per le società del gruppo con sede in Canada; FFB gestisce le operazioni finanziarie per tutte le società del gruppo con sede al di fuori dell'Europa e dei Paesi precedenti.

Le operazioni transnazionali riguardano prestiti intra-settoriali, così riassumibili:

- da FFT a FFSpa, dove FFT raccoglie i fondi attraverso l'emissione di obbligazioni, crediti bancari e depositi da altre società del Gruppo;
- da FFNA a FFT, dove FFNA raccoglie i fondi attraverso l'emissione di obbligazioni garantite;
- da FFT alle varie società del gruppo europee.

Quotidianamente, a fine giornata, i conti di tutte queste società sono azzerate ed i fondi trasmessi a FFT in Lussemburgo, che, dopo un'accorta pianificazione del fabbisogno finanziario del gruppo, investe il *surplus* in attività ad alto rendimento per un totale che secondo la Commissione ammonterebbe in circa 13 miliardi di €.

Questo è il cuore della pianificazione finanziaria congegnata dalla società, poiché dalla quantificazione del tasso di interesse applicato sugli prestiti infra-gruppo da un lato, e su quello applicato agli investimenti speculativi dall'altro, deriva uno spostamento significativo degli utili da una società all'altra.

Senza ripercorrere i complessi calcoli comparativi del *transfer price* per cui si rimanda alla lettera della Commissione⁴⁵, l'*Advanced Pricing Arrangement* accordato dall'amministrazione fiscale lussemburghese aveva determinato una base imponibile fissa quantificata in via forfettaria per cinque anni in 2.542 milioni di € – senza però chiarire in alcun modo il metodo di calcolo adottato, ma che in ogni caso ha comportato un significativo abbattimento delle base imponibile effettiva – su cui applicare un *tax rate* del 28.80%.

Tuttavia, la stessa amministrazione fiscale lussemburghese per ritenere regolari i costi infragruppo avrebbe dovuto richiedere che questi fossero stati definiti secondo l'*arm's length principle*, principio regolato dall'art. 9 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. Tale principio prevede come gli accordi riferiti alle transazioni commerciali e finanziaria tra società associate ubicate in diversi Paesi non dovrebbero differire da accordi comparabili assunti con imprese tra di loro indipendenti in normali condizioni di mercato. Secondo la Commissione, quindi, il Lussemburgo ha accettato un metodo di calcolo della base imponibile basato su costi di trasferimento che non rispecchia le condizioni commerciali di mercato, con ciò rinunciando ad introiti considerevoli. In particolare la Commissione contesta l'utilizzo del metodo TNMM – *Transnational Net Margin Method* e del conseguente calcolo degli utili secondo il CAPM – *Capital Asset Pricing Model*, laddove ritiene più corretto il ricorso al CUP – *Comparable Uncontrolled Price Method*⁴⁶.

Il cuore della contestazione mossa dalla Commissione consiste, dunque, nel fatto che quando un contribuente propone mediante *ruling* un metodo di calcolo della base imponibile ad una Autorità fiscale nazionale, questa dovrebbe comparare il metodo proposto con quello di un ipotetico prudente operatore su di un libero mercato che rifletta una normale condizione di concorrenza: tale operatore non accetterebbe che i suoi guadagni siano basati su di un metodo che ne minimizza i risultati economici. In passato anche la Corte di giustizia ha confermato che

⁴⁵ Rif. il documento Aiuti di stato n. 38375 (2014/NN), *cit.*, punto 2.3, p. 11, rubricato *the contested measure*.

⁴⁶ Con riferimento ai metodi di calcolo espressi al paragrafo 2.3 delle Linee Guida OCSE in tema di *transfer prices* del 2010.

costi di trasferimento che non siano ancorati al principio OCSE dell'*arm's length* e che portano ad un abbattimento della base imponibile costituiscono un vantaggio selettivo in capo alla società interessata⁴⁷.

Ma tutto ciò costituisce, secondo la Commissione, un aiuto di Stato, per le seguenti ragioni. Innanzitutto, in primo luogo, vi è l'origine pubblica della misura: l'Autorità fiscale lussemburghese deve essere considerata come parte organica dello Stato del Lussemburgo⁴⁸.

In secondo luogo vi è un dimostrabile abbattimento degli introiti fiscali dello Stato, con conseguente riduzione delle entrate fiscali⁴⁹. Secondo la Commissione il *ruling* accordato maschera di fatto una manipolazione "cosmetica" delle *royalties* che comportano un abbattimento della base imponibile: infatti non sono state rispettate le indicazioni delle Linee Guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento⁵⁰ che proprio per quanto concerne le *royalties* prevede un pagamento ricorrente parametrato all'utilizzazione di prodotti dell'ingegno con riferimento alle vendite, od in rari casi ai profitti, da questi generati. In particolare, la Commissione ha concluso la propria decisione contro *Fiat Chrysler Financial Europe* rilevando che la concessione di esenzioni e riduzioni fiscali di cui sopra comporterebbe una perdita di gettito fiscale equivalente al consumo di risorse dello Stato sotto forma di spese fiscali. Le misure in causa sono pertanto da qualificare quale *vantaggio* di origine pubblica. Dal canto suo, la Commissione ammette che un certo livello di concorrenza fiscale in seno all'Unione sia senza dubbio inevitabile e che possa contribuire ad una riduzione della pressione fiscale⁵¹: per quanto concerne la fiscalità diretta, infatti, gli Stati membri possono liberamente scegliere i regimi fiscali che preferiscono e che ritengono più opportuni⁵², salvo naturalmente il rispetto delle norme comunitarie⁵³.

⁴⁷ In particolare, i *ruling* che consentono ai contribuenti un uso improprio del *transfer price* per il calcolo degli utili tassabili costituisce un Aiuto di Stato. Sul punto si vedano anche le Decisioni della Commissione: 2003/438/EC del 16 ottobre 2002 sull'aiuto di Stato C 50/2001, *Luxembourg Finance Companies*, punti 43 e 44; Decisione 2003/501/EC del 16 ottobre 2002 sull'aiuto di Stato C 49/2001, *Luxembourg Coordination centres*, punti 46-47 e 50; Decisione 2003/755/EC del 17 febbraio 2003, *Belgian Coordination centres*, punti 89-95 e la correlata sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2006, cause riunite C- 182/03 e C-217/03, *Regno del Belgio e Forum c. Commissione*, EU:C:2006:416, punti 96 e 97; Decisione 2004/76/EC del 13 maggio 2003, *French Headquarters and Logistic Centres*, punti 50 e 53.

⁴⁸ Rif. pt. 49 delle documento C(2014)7156 final, cit., ove si riprende, in tal senso, la posizione già assunta dalla Corte di giustizia sentenza 13 giugno 2006, causa C-173-06, *Traghetti del Mediterraneo Spa*, cit. in nota 33.

⁴⁹ Rif. pt. 50 delle documento C(2014)7156 final, cit., che richiama la citata pronuncia della Corte di giustizia, cause riunite C-106/09 e C-107/09, *Commissione e Spagna v. Gibilterra*, cit., punto 72.

⁵⁰ Rif. paragrafo 6.16 della decisione, confermato dal paragrafo 286 della citata sentenza che di seguito si riporta: «it follows from all of the findings in paragraphs 211 to 285 above that the Commission correctly considered that the tax ruling at issue had endorsed a methodology for determining FFT's remuneration that did not enable an arm's length outcome to be achieved and that resulted in a reduction of FFT's tax burden. Accordingly, it was fully entitled to find, in the context of its principal line of reasoning, that the tax ruling at issue conferred an advantage on FFT».

⁵¹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale – La politica fiscale dell'Unione europea – Priorità per gli anni a venire, COM(2001) 260 def., punto 2.3.

⁵² Comunicazione COM(2001) 260 def., punto 2.4. Tuttavia, in occasione dei negoziati di adesione, la Finlandia aveva autonomamente assunto una posizione responsabile, impegnandosi formalmente nei confronti degli altri Stati membri che non avrebbe consentito che le isole d'Åland divenissero un paradiso fiscale. Sul punto si veda A. KUOSMANEN, *Finland's Journey to the European Union*, Maastricht 2001, p. 262 e 264

⁵³ Pertanto non si viola il principio di attribuzione ai sensi degli articoli 4 e 5 del TUE, in quanto la competenza degli Stati membri in tema di imposte dirette deve essere esercitata nel rispetto del diritto dell'Unione. Sul punto si vedano, nella sentenza in commento, i paragrafi 100-117 con la giurisprudenza ivi citata, ed in particolare il paragrafo 106 ove si legge che una misura fiscale «in fact discriminates between companies that are in a comparable situation with regard to the objective of that tax measure and as a result confers selective advantages

In terzo luogo la natura selettiva deriva dalla natura stessa del *ruling* che consente di derogare ai principi tributari di portata generale al caso particolare della società beneficiata⁵⁴.

In quarto luogo, *Fiat Chrysler Finance Europe Ltd* è un'impresa che opera nei vari Paesi membri della UE e pertanto ogni aiuto in suo favore crea una distorsione alla concorrenza con effetti sull'intero mercato interno⁵⁵. Come innanzi ricordato, l'onere di provare che l'aiuto è compatibile con il mercato interno grava sul Paese membro che lo adotta, cosa che il Lussemburgo non ha fatto nelle controdeduzioni presentate alla Commissione prima e nelle allegazioni prodotte alla Corte poi.

Anche secondo la Corte di giustizia, dunque, lo sgravio fiscale concesso alla Ltd costituisce un aiuto di Stato illegittimo, il cui ammontare è stato quantificato dalla Commissione in almeno 23,1 milioni di € dal 2012 ad oggi, pari all'indebita riduzione dell'onere fiscale ottenuto⁵⁶.

È ora opportuno valutare quali conseguenze potrà avere tale decisione sulle società del Gruppo residenti in altri Paesi dell'Unione.

5. Con l'accertamento definitivo dell'esistenza di un aiuto di Stato, la Commissione adotta le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario, seguendo quanto disposto dall'art. 16 del Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, in vigore dal 14 ottobre 2015⁵⁷, che regola le procedure per la rilevazione, la contestazione e la sanzione degli aiuti di Stato.

Ai sensi dell'art. 17 del Regolamento, il potere – ma, secondo taluni, la discrezionalità⁵⁸ – della Commissione di procedere al recupero si prescrive nel periodo di 10 anni che decorrono dal giorno in cui l'aiuto illegale è stato concesso al beneficiario, con interruzione causata da qualsiasi azione intrapresa dalla Commissione o da uno Stato membro ed è sospeso in presenza di un procedimento dinanzi alla Corte.

Il recupero dell'importo complessivo dell'aiuto concesso, maggiorato degli interessi, non ha natura sanzionatoria ma ripristinatoria in quanto mira a rideterminare il regolare funzionamento del libero mercato mediante l'eliminazione delle cause ostative alla libera concorrenza.

Il recupero va poi effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. I termini per l'esecuzione sono fissati in due mesi entro i quali

on the beneficiaries of the measure which favour 'certain' undertakings or the production of 'certain' goods, it can be considered State aid within the meaning of Article 107».

⁵⁴ Si vedano i paragrafi 328 -398 della sentenza in esame ed, in particolare, i paragrafi 334 e 335.

⁵⁵ Si veda, in particolare, il paragrafo 384 della sentenza in esame ove si legge che «the Commission found that FFT and the group to which it belonged benefited from an advantage resulting from a tax reduction that the other companies with which it competes did not have and which was therefore liable to improve its financial position on the market, so that the tax ruling at issue restricted competition. (...) It must be stated that these points are sufficient for a finding that the Commission did refer to the circumstances that led it to consider the measure at issue to be liable to affect competition and to distort trade».

⁵⁶ Si vedano i punti 417 e 424 della sentenza in esame.

⁵⁷ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 TFUE, pubblicato in *G.U.U.E.*, L 248 del 24 settembre 2015 il quale, ai sensi dell'art. 35, abroga il previgente Regolamento (CE) 659/1999 del 22 marzo 1999. Il testo del citato articolo 16 del nuovo Regolamento ripropone, senza variazioni, il testo del previgente art. 14 del Regolamento (CE) 659/1999.

⁵⁸ Cfr. A. MAITROT DE LA MOTTE, *The Recovery of the Illegal Fiscal State Aids: Tax Less to Tax More*, in *EC Tax Review*, n. 2/2017, p. 80.

lo Stato deve informare la Commissione dei provvedimenti presi e in quattro mesi per darvi effettiva esecuzione.

L'effettività delle decisioni che ordinano il recupero non può però essere ostacolata, nemmeno per l'operare del principio della *res iudicata*⁵⁹ ovvero – come accade, invece, con il *ruling* italiano – per la presenza di un vincolo giuridico posto all'Amministrazione Fiscale che lo ha accordato. L'unica giustificazione che lo Stato può adottare per sottrarsi al recupero dell'aiuto è costituita dall'assoluta impossibilità di eseguire il recupero per difficoltà imprevedute o imprevedibili; ma tra queste non sono ricomprese difficoltà interne giuridiche, politiche o procedurali nel recupero, ma si deve dimostrare l'effettiva impossibilità provando di aver intrapreso le iniziative necessarie per dare esecuzione alla decisione di recupero⁶⁰. Non possono rientrare tra queste ultime, tuttavia, la difficoltà finanziaria dell'impresa beneficiaria dell'aiuto illegittimo per far fronte al pagamento⁶¹.

6. Dunque l'ordinamento eurounitario non consente i trattamenti preferenziali di imprese tramite la concessione selettiva di sgravi fiscali poiché questi costituiscono aiuti di Stato. Come tali, devono ottenere una preventiva approvazione da parte della Commissione europea e, laddove illecitamente concessi, debbono essere ripetuti maggiorati degli interessi in capo alle imprese beneficiarie, pena una responsabilità solidale degli stessi Stati membri inadempienti.

In ambito comunitario il problema dell'erosione della base imponibile mediante ricorso al *transfer price* è stato affrontato in sede ECOFIN ove si è raggiunto il 6 ottobre 2015 l'accordo politico per definire la proposta della Commissione europea che modifica sul tema la direttiva 2011/16/UE⁶² relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale. A coronamento di tale accordo, nella succitata direttiva è stato introdotto l'art. 8 *bis*⁶³ concernente uno scambio automatico di informazioni sui *ruling* fiscali preventivi transfrontalieri nonché sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento delle imprese con un fatturato superiore ai 40 milioni di, a partire dal 1 gennaio 2017⁶⁴.

Tuttavia tale impostazione non appare lo strumento adatto per regolare i *ruling* preventivi internazionali che hanno effetti distorsivi sul mercato interno e ciò per due ordini di motivi. In primo luogo – a sommosso parere di chi scrive – non pare corretto che si individui nell'articolo 113 del TFUE (in tema di “Disposizioni Fiscali”) anziché nell'art. 107 del TFUE (in tema di “Aiuti concessi dagli Stati”) la base giuridica per intervenire. Inoltre lo strumento viene di fatto depotenziato poiché la procedura di legiferazione adottata è quella speciale ed all'unanimità dei

⁵⁹ Rif. Corte di giustizia, sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, EU:C:2007:434, punti 60 e ss.

⁶⁰ Rif. Corte di giustizia, sentenza 14 aprile 11, causa C-331/09, *Commissione c. Polonia*, EU:C:2011:250, punti 69 e ss.; sentenza 12 maggio 05, causa C-415/03, *Commissione c. Grecia*, EU:C:2005:287, punto 43.

⁶¹ Rif. Corte di giustizia, sentenza 07 giugno 88, causa C-63/87, *Commissione c. Grecia*, EU:C:1988:285, punto 14.

⁶² 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, in *G.U.U.E.*, L 64 del 11 marzo 2011.

⁶³ Ad opera della Direttiva 2015/2376/UE del Consiglio del 8 dicembre 2015, che ha emendato la Direttiva 2011/16/UE.

⁶⁴ Per quanto riguarda le annualità fiscali precedenti, ancora aggredibili in sede di accertamento, valgono i seguenti termini: i dati scambiati riguardano i *ruling* finalizzati, emendati o rinnovati tra il 1 gennaio 2013 ed il 31 dicembre 2013 se ancora validi al 1 gennaio 2014; invece tutti i *ruling* finalizzati, emendati o rinnovati tra il 1 gennaio 2014 ed il 31 dicembre 2016 devono essere scambiati anche se i dati non sono più validi. Per un preliminare approfondimento al tema si rimanda a C. GIUSSANI, *Tax ruling: stretta della Commissione contro l'elusione dell'imposta sulle società*, in *Eurojus*, 7 aprile 2015.

voti in sede di Consiglio, anziché quella ordinaria. In secondo luogo con lo strumento sopra indicato i dati vengono raccolti in modo riservato⁶⁵, ovvero non potranno essere divulgati a soggetti diversi dalle pubbliche amministrazioni e dalla Commissione con ciò estromettendo, almeno nella fase iniziale, i diritti di terzi, come le imprese concorrenti che sono parte interessata nei procedimenti definiti in base al Regolamento (UE) 2015/1589⁶⁶.

Lo scambio automatico di informazioni sui *ruling* fiscali preventivi può tuttavia risultare efficace sotto un altro aspetto: qualora venga riconosciuto⁶⁷ come illecito uno sgravio fiscale definito mediante *ruling* che contiene un *Advanced Price Agreement* sui prezzi di trasferimento, si possono infatti aprire contenziosi con le Amministrazioni fiscali dei Paesi membri ove risiedono le società controllate cui è stata sottratta indebitamente base imponibile.

Non solo il giudice nazionale può infatti condannare lo Stato membro a risarcire i danni patiti dal beneficiario in conseguenza della restituzione dell'aiuto ricevuto e quelli subiti dai concorrenti a causa dell'illegittima concessione dell'aiuto medesimo, in base al diritto nazionale ovvero comunque secondo i principi stabiliti nella giurisprudenza della Corte per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto dell'Unione⁶⁸. La giurisprudenza della Corte ha già dichiarato che «il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato, e tale principio ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione»⁶⁹. In altri termini, «si tratta della logica Francovich applicata al tema degli aiuti: si tratta della responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto europeo»⁷⁰.

Oltre a ciò, l'amministrazione finanziaria nazionale può infatti, come riconosciuto anche in sede di legittimità⁷¹, disconoscere la deducibilità del reddito imponibile degli interessi passivi eccedenti la misura del tasso di interesse mediamente applicato nel mercato della società estera mutuante e costituenti aiuti di Stato. L'effetto utile di tale assunto consiste nella ripresa a tassazione della differenza tra i due tassi di interesse – ricorrendo al correlato disposto

⁶⁵ Una delle caratteristiche che rendono appetibile il ricorso al *ruling* nazionale è, infatti, la segretezza: le informazioni relative ai dati organizzativi, finanziari e societari che vengono partecipate alle amministrazioni finanziarie per prendere i suoi provvedimenti devono essere mantenuti riservati poiché una loro divulgazione potrebbe compromettere la capacità competitiva della società. Sul punto si veda A. CHRISTIANS, *How Nations Share*, in *Indiana Law Journal*, 2012, p. 1435.

⁶⁶ Si veda *supra* in nota 57.

⁶⁷ Circa l'efficacia del giudicato europeo in sede domestica si veda M. LUCIANI, *Gli aiuti di Stato nella Costituzione italiana e nell'ordinamento europeo*, in *Rivista Eurojus*, fasc. 3/2019, p. 64 e ss.

⁶⁸ Rif. Corte di giustizia, sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e a.*, EU:C:1991:428; sentenza 05 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pecheur e Factortame*, EU:C:1996:79.

⁶⁹ Principio espresso dalla Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, EU:C:2003:513, punti 30 e 31 e giurisprudenza ivi richiamata.

⁷⁰ Sul punto, si veda D. GALLO, *Aiuti di Stato e risarcimento del danno*, cit., p. 80.

⁷¹ Si veda *Corte Cass., Sez. V Civile, ord. 6 luglio 2018 – 10 ottobre 2018*, n. 25025, in tema di mancato riconoscimento dell'inerenza dei costi dei servizi finanziari resi ad una capogruppo estera e di inversione dell'onere della prova in capo al contribuente; si veda anche *Corte Cass., Sez. V Civile, sent. 4 luglio 2013 – 25 settembre 2013*, n. 22010. Per un inquadramento degli APA nell'ordinamento tributario italiano si rimanda al contributo di F. MENTI, *Il valore normale e il prezzo di libera concorrenza nelle transazioni fra imprese del gruppo transnazionale residenti negli stati membri dell'UE*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2014, p. 765 e ss.

dall'articoli 110, co. 7, T.U.I.R.⁷², in tema di prezzi di trasferimento di parti correlate, e dall'art. 9, co. 3, del medesimo decreto, in tema di valore normale – evitando che si realizzi uno spostamento degli utili dall'Italia al Paese a più bassa tassazione di residenza della società mutuante.

Tutto ciò potrebbe, tuttavia, portare a rendere meno appetibile alle multinazionali il ricorso all'istituto del *ruling* poiché questo non sarebbe più in alcun modo considerato uno strumento il cui utilizzo porta certezza nei rapporti tributari, bensì comporta un fattore di incertezza⁷³. Inoltre, come è stato osservato⁷⁴, i *ruling* «per la complessità tecnica ed estrema opinabilità nella scelta dei metodi e per la loro tendenziale segretezza, consentono infatti alle parti coinvolte di innestare nel processo decisionale (...) anche valutazioni di altro genere, in specie di politica economica, commerciale, occupazionale»; la Commissione quindi «di fatto neutralizza un mezzo (occulto) di politica economica e commerciale degli Stati membri, con ciò toccando interessi spesso considerati più importanti anche del recupero di ingenti quote di gettito».

Il rischio – su cui il Giudice del Lussemburgo potrà essere chiamato a pronunciarsi – è dunque quello innanzi succintamente richiamato⁷⁵ che la Commissione utilizzi indebitamente la disciplina eurounitaria in materia di concorrenza per perseguire non ammesse politiche di armonizzazione fiscale.

⁷² Si tratta del Testo unico delle imposte sui redditi, contenuto nel D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Si noti che vi è una diretta derivazione di questo articolo dall'art. 9 del modello di convenzione fiscale OCSE del 1995-1996, che recita: «quando le condizioni convenute o imposte tra le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle due imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza».

⁷³ Incertezza altrimenti definita *State Aid risk*, intendendosi per tale il rischio che – pur raggiunto l'accordo tra Stato membro e società multinazionale – questo possa successivamente essere annullato dalla Commissione europea, a seguito di una verifica sul rispetto della normativa sugli aiuti di Stato. Sul punto si veda P. ROSSI MACCANICO, *Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, in *EC Tax Review*, 2/2015, p. 75.

⁷⁴ Sul punto, si veda, anche per le indicazioni bibliografiche internazionali, F. PEPE, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, cit., p. 726 e ss.

⁷⁵ Si veda *supra* nel § 3.