

Il ritorno delle “competenze esclusive” degli Stati membri nel controllo sugli aiuti di Stato?

Rosario Federico (Dottorando di ricerca in Diritto europeo, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna) – 1° febbraio 2022

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Lussemburgo – Bruxelles... e ritorno. – 3. La proposta dell’AG Pikamäe. – 4. La funzione di “inquadramento” del controllo sugli aiuti di Stato fiscali. – 5. ...e l’autonomia dei relativi test. – 6. Conclusioni.

1. Esistono competenze interamente riservate agli Stati membri, tali da limitare l’applicazione dell’art. 107 TFUE?

Quantomeno per la fiscalità diretta, la risposta sarebbe stata di segno certamente negativo fino a pochi anni fa. Ciò è massimamente evidente nel noto [caso sulla riforma fiscale di Gibilterra](#), in cui la Corte di giustizia ribadì il carattere “oggettivo” del controllo sugli aiuti di Stato, che deve guardare al merito dell’operazione economica e non alla tecnica regolamentare utilizzata (punto 92).

Le [conclusioni dell’Avvocato generale Pikamäe](#) del 16 dicembre 2021, relative alla controversia tra Commissione e gruppo FIAT – Chrysler in merito al *tax ruling* a quest’ultimo concesso dal Lussemburgo, si pongono in prospettiva diametralmente opposta, riaffermando il carattere tendenzialmente inviolabile della “competenza esclusiva degli Stati in materia di fiscalità diretta” (punti 59, 63, 106 e 110), censurabile solo in ipotesi eccezionali.

Il tema è qui esaminato alla luce delle riflessioni dell’AG nel caso C-898/19 P, relative all’impugnazione dell’Irlanda contro la sentenza del Tribunale (causa [T-755/15, Lussemburgo c. Commissione](#)). In particolare, interessa soffermarsi sul rapporto tra nozione di “aiuto”, normativa domestica ed *arm’s length principle* (“ALP”), ossia lo strumento antielusivo coniato dall’OECD per impedire alle multinazionali di minimizzare la pressione fiscale gravante su di loro tramite il compimento di operazioni economiche fittizie. Esulano dalla presente analisi le altre questioni affrontate dall’AG nelle conclusioni citate ed in quelle gemelle, relative all’impugnazione formulata dal gruppo FIAT (causa [C-885/19 P](#)).

2. I fatti di causa traggono origine da una decisione anticipata (c.d. *tax ruling*) concessa dall’amministrazione finanziaria lussemburghese il 3 settembre 2012 a FFT, controllata del gruppo multinazionale FIAT-Chrysler. Tramite tale provvedimento, l’amministrazione finanziaria si vincolava nei

confronti di FFT per i successivi 5 anni a determinare il reddito di impresa sulla base dei criteri ivi indicati.

Il *tax ruling* in esame è stato considerato un aiuto di Stato illegale ed incompatibile con il mercato interno dalla Commissione europea nell'ottobre 2015. Quest'ultima ha formalizzato il proprio accertamento ed imposto al Lussemburgo di recuperare il vantaggio concesso tramite la [decisione \(UE\) 2016/2326](#).

L'aiuto di Stato risulterebbe dall'errata determinazione del reddito imponibile della società, derivante dalla scorretta applicazione degli strumenti antielusivi da parte dell'amministrazione fiscale. Facendo applicazione del noto "test in tre fasi" per individuare l'esistenza del "vantaggio selettivo", la Commissione ha ritenuto che:

a) la "cornice di riferimento" entro cui accertare la presenza della discriminazione fosse il regime generale dell'imposta sulle società vigente in Lussemburgo, il cui obiettivo intrinseco sarebbe quello di tassare tutti gli utili delle società ivi residenti, senza distinzione tra società autonome e società integrate in gruppi multinazionali;

b) il *tax ruling* in esame costituiva una "deroga" a tale cornice di riferimento, in quanto incorporante prezzi di trasferimento inferiori a quelli che sarebbero applicati in "regime di libera concorrenza". La Commissione è giunta a tale risultato dimostrando che l'*ALP*, effettivamente impiegato dall'amministrazione lussemburghese, è stato tuttavia applicato in maniera scorretta, a beneficio di FFT;

c) infine, la deroga non trovava "giustificazione" nei principi generali del sistema tributario di riferimento. Il trattamento *prima facie* discriminatorio tra multinazionali ed imprese autonome, infatti, non è stato ritenuto giustificato da alcun principio immanente al sistema tributario lussemburghese.

Il Tribunale, chiamato a valutare la legittimità della decisione in parola, l'ha confermata interamente. Ai fini della presente riflessione, occorre richiamare il passaggio in cui il Tribunale ha ritenuto che la Commissione potesse legittimamente utilizzare l'*ALP* per valutare l'esistenza di un aiuto di Stato, a prescindere da quanto previsto nella normativa interna: "qualora il diritto tributario nazionale non distingua tra le società integrate e le società autonome ai fini del loro assoggettamento all'imposta sulle società, tale diritto intende tassare l'utile derivante dall'attività economica di tale società integrata come se fosse il risultato di operazioni effettuate a prezzi di mercato. In tali circostanze, occorre rilevare che, quando esamina, nell'esercizio della competenza conferitale dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, una misura tributaria concessa a tale società integrata, la Commissione può confrontare l'onere fiscale di tale società integrata derivante dall'applicazione di detta misura tributaria con l'onere fiscale derivante dall'applicazione delle norme fiscali normali del diritto nazionale di una società, posta in una situazione di fatto analoga, che esercita le proprie attività a condizioni di mercato" (punto 141).

3. Questo il contesto da cui muove la riflessione dell'AG. Questi, richiamati i fondamenti teorici della selettività fiscale (punti 49-66), esamina il rapporto tra art. 107(1) TFUE ed *ALP*.

Pikamäe ritiene, innanzitutto, che la “cornice di riferimento” vada determinata alla luce dei soli principi incorporati nella normativa tributaria domestica, senza integrazioni fondate sul principio generale di non discriminazione. Da ciò discende che l'*ALP* può effettivamente essere utilizzato solo se incorporato, esplicitamente o implicitamente, nella legislazione nazionale. L'interpretazione opposta, infatti, si tradurrebbe in un'indebita intrusione nella “competenza fiscale esclusiva” degli Stati membri (punto 94 ss., in particolare punto 106).

L'AG considera poi viziata la concreta applicazione del “test in tre fasi” fatta dalla Commissione (ed avallata dal Tribunale). Richiamando l'onere della Commissione di definire diligentemente la “cornice di riferimento”, senza invocare “disposizioni estrapolate artificialmente da un quadro normativo più ampio”, l'AG ritiene che il riferimento al “presunto obiettivo del legislatore nazionale” non sia sufficiente a giustificare l'utilizzo dell'*ALP* al caso in esame (punto 105 ss.).

Viene così formalizzata una lettura “rigorosa” dei limiti all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato. L'art. 107 TFUE diviene, cioè, uno strumento tramite cui verificare che l'amministrazione applichi correttamente la normativa tributaria interna nei propri *ruling* fiscali, senza poter contestare la compatibilità della normativa stessa con i Trattati. Gli Stati membri rimangono interamente liberi di definire la cornice di riferimento e solo una manifesta violazione dei principi espliciti o impliciti della stessa costituisce una “deroga” non permessa dall'art. 107 TFUE. Questa lettura, sottolinea l'AG, si contrappone all'interpretazione estensiva dell'art. 107(1) TFUE fatta dalla Commissione, risultante nell'utilizzo indebito del principio generale di non discriminazione come clausola generale, svincolata da parametri definiti nei Trattati quali sesso o nazionalità, per formalizzare test estranei alla cornice normativa nazionale (punto 97).

4. Si tratta di una ricostruzione chiara ma, a parere di chi scrive, non pienamente convincente. È possibile proporre una lettura diversa, che valorizzi il ruolo del controllo sugli aiuti di Stato quale formante costituzionale del mercato interno più che “semplice” strumento anti-sussidi.

A tal fine, occorre richiamare le affermazioni del Tribunale sopra riportate, la cui interpretazione da parte dell'AG non pare condivisibile. Il Tribunale non afferma in nessun punto del suo ragionamento che l'analisi della selettività debba essere limitata alla cornice normativa nazionale. A ben vedere, i giudici di prime cure si sono limitati a riaffermare la giurisprudenza consolidata in materia di selettività fiscale, ai sensi della quale il principio di parità di trattamento vincola tanto il legislatore nazionale che l'amministrazione fiscale.

L'inciso iniziale “qualora il diritto tributario nazionale non distingue tra le società integrate e le società autonome ai fini del loro assoggettamento

all'imposta sulle società" serve, innanzitutto, ad escludere il contrasto dell'astratta cornice normativa nazionale con l'art. 107(1) TFUE e, solo indirettamente, funge da supporto all'applicazione dell'ALP. Il Tribunale sta cioè sgombrando il campo dalla preliminare censura che investirebbe il diritto lussemburghese qualora fosse congegnato in modo tale da favorire esplicitamente le multinazionali a discapito delle società nazionali. Tale interpretazione trova fondamento nel già citato precedente *Commissione c. Gibilterra* (punto 104 ss.), in cui la Corte ha chiaramente sancito l'incompatibilità con il Trattato di regimi fiscali siffatti.

Se, dunque, la normativa domestica rispetta "in astratto" il principio di non discriminazione, tale parità di trattamento va garantita anche "in concreto", imponendo all'amministrazione finanziaria di utilizzare correttamente lo strumento antielusivo ALP.

Così facendo, il Tribunale ha ribadito che la funzione dell'art. 107 TFUE non è né quella di compiere un'armonizzazione indiretta (ed illegittima) né quella di mero controllo amministrativo di secondo livello sulla corretta applicazione della normativa interna. L'istituto funge, piuttosto, da "inquadramento", secondo la nota espressione di K. LENAERTS, delle competenze degli Stati membri, che non sono mai esclusive e devono sempre essere esercitate in modo da non confliggere con i principi derivanti dai Trattati (K. LENAERTS, L. BERNARDEAU, *L'encadrement Communautaire de la Fiscalité Directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 19 ss.). In questa prospettiva, il controllo sugli aiuti di Stato si limita a correggere, senza armonizzare, gli esercizi abusivi della competenza fiscale nazionale, operazione sempre lecita, a prescindere dal grado di armonizzazione di uno specifico settore.

Ai sensi dell'art. 107 TFUE, l'abuso sussiste ogniqualvolta lo Stato realizzi trattamenti fiscali discriminatori tra operatori che si trovano nella stessa situazione fattuale e giuridica. Quest'ultima, certo, viene innanzitutto determinata alla luce della cornice normativa vigente ma non è questa limitata. Se così fosse, gli Stati sarebbero paradossalmente in grado di determinare a loro piacimento l'ampiezza dello scrutinio della Commissione, in palese contrasto con la necessità di garantire una forma di controllo "oggettivo" sulla dazione di sussidi pubblici.

Tale lettura trova conferma sul piano processuale. La Corte di giustizia, infatti, ha più volte affermato che la normativa interna costituisce mero "fatto" da sussumere entro l'art. 107(1) TFUE per valutare l'esistenza di una discriminazione (*Dirk Andres c. Commissione*, punto 78). L'interpretazione proposta dall'AG, di contro, sembra implicitamente elevare la normativa tributaria interna ad elemento di diritto vincolante per la stessa Commissione.

5. Così ricostruito il rapporto tra normativa interna e nozione di "aiuto", occorre soffermarsi sul parametro utilizzato per valutare la compatibilità della misura nazionale con l'art. 107 TFUE, nel caso di specie, l'ALP.

Lo stesso, come correttamente evidenziato dall'AG, è uno strumento che nasce con una funzione autonoma dalla tutela del mercato interno. Le sue

principali funzioni sono quella di ripartire correttamente la sovranità impositiva degli Stati membri ed evitare che le multinazionali erodano la base imponibile tramite transazioni artificiali tra parti correlate (c.d. BEPS – *Base erosion and profit shifting*). Sfruttando la lapidaria formula di un precedente del 2006 dalla Corte di giustizia ([Forum 187 c. Commissione](#), punto 95), la Commissione ha ritenuto che l'ALP sia un principio intrinseco all'art. 107(1) TFUE, in quanto idoneo ad assicurare la parità di trattamento ai fini fiscali tra imprese autonome ed imprese integrate in gruppi multinazionali. Di conseguenza, l'analisi del "vantaggio selettivo" dovrebbe prescindere dalla pedissequa applicazione dei parametri eventualmente presenti nella normativa interna.

Tale ricostruzione non è stata condivisa dall'AG, che, da un lato, ha ritenuto insufficiente il riferimento a tale precedente per giustificare l'applicazione diretta del parametro (punto 120 ss.), e, dall'altro, ha evidenziato la superficialità dell'analisi condotta dalla Commissione, ritenuta inadeguata a fondare l'accertamento del "vantaggio selettivo".

Occorre certamente stigmatizzare il contegno della Commissione, che ha addotto fondamenti giuridici diversi nelle decisioni di apertura dei procedimenti, nelle decisioni finali e, infine, in udienza (!). Nelle prime, infatti, compare un ambiguo riferimento ad un "operatore indipendente prudente", poi scomparso nelle decisioni finali, sostituito dal solo "test in tre fasi" unito all'ALP, dapprima, ritenuto principio inerente all'art. 107(1) TFUE e poi implicitamente legato alla cornice normativa nazionale. Ciò nonostante, l'analisi svolta dalla Commissione è corretta e fa applicazione dei principi sanciti nella consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.

Ciò detto, e contrariamente a quanto affermato dall'AG (punto 97), il controllo sugli aiuti di Stato rappresenta una declinazione del principio di non discriminazione, come evidenziato in un [primo commento alle conclusioni in esame](#). I recenti [casi Ryanair](#) e la giurisprudenza ivi citata sembrano, infatti, confermare la lettura degli artt. 18 e 107 TFUE in rapporto di genere a specie. Non solo. La principale conferma del carattere "autonomo" dei test utilizzati per valutare il rispetto dell'art. 107 TFUE va individuata per analogia nella giurisprudenza relativa al "vantaggio" della misura, nei casi in cui lo Stato agisca sul mercato come operatore economico e non come regolatore. In tali circostanze, la Commissione paragona il comportamento tenuto dallo Stato a quello di un "operatore in un'economia di mercato", diligente ed interessato ad un ragionevole margine di guadagno sulle proprie transazioni. Ebbene, non c'è dubbio che tale parametro sia autonomo da qualsiasi cornice normativa nazionale, che spesso prescinde da una rigida logica aziendalistica quando lo Stato o le imprese pubbliche agiscono sul mercato.

Nessuno metterebbe oggi in discussione l'autonomia di tale test e a conclusioni identiche deve giungersi rispetto all'ALP. L'analogia tra i due ambiti, del resto, era stata intuita dalla stessa Commissione, che aveva fatto riferimento al parametro dell'"operatore prudente" nella decisione di apertura della procedura di indagine formale. Né può ritenersi che la scarsissima armonizzazione in materia di fiscalità diretta imponga di ancorare l'indagine

della Commissione al diritto interno. Come più sopra anticipato, se l'ostruzionismo degli Stati in seno al Consiglio fosse capace di influire sullo scrutinio della Commissione, verrebbe gravemente minata l'effettività dei già limitati strumenti a tutela del mercato interno.

6. Spetta ora alla Corte di giustizia definire il rapporto tra nozione di aiuto e competenza fiscale nazionale. Dietro la questione tecnica relativa all'applicabilità dell'*ALP* da parte della Commissione, si cela, evidentemente, il più ampio tema del rapporto tra ordinamento UE e concorrenza fiscale a ribasso. In questa prospettiva, abbracciare una prospettiva "rigorosa" sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato equivale a legittimare comportamenti opportunisti di alcuni Stati membri a danno di tutti gli altri "fiscalmente meno competitivi".

Chi scrive ritiene, dunque, che la Corte dovrebbe disattendere le conclusioni dell'AG ed affermare che:

- non esistono competenze riservate agli Stati membri;
- non può, di conseguenza, essere eccepita alla Commissione l'assenza di atti armonizzati in un determinato settore quando questa applica l'art. 107 TFUE;
- e, come ulteriore conseguenza, i diversi test utilizzati per determinare l'esistenza di un "vantaggio selettivo", in quanto applicazioni del principio di non discriminazione, prescindono da quanto espressamente codificato nella normativa domestica.