

BlogDUE

L'*arm's length principle* nel diritto dell'Unione europea. Riflessioni a margine delle conclusioni dell'AG Kokott nel caso *Amazon*

Gabriella Perotto (Assegnista di ricerca in diritto dell'Unione europea, Università Commerciale "Luigi Bocconi" di Milano – BLEST) – 15 novembre 2023

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

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

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

L'applicazione di detto principio al calcolo dei prezzi di trasferimento da parte dall'amministrazione fiscale di uno Stato membro può assumere rilevanza nell'ambito dell'identificazione del reddito imponibile di una società parte di un gruppo. A detta identificazione, ovviamente, consegue la quantificazione dell'imposta che può essere cristallizzato in una decisione tributaria anticipata (*tax ruling* o *ruling* fiscale). Tuttavia, l'*arm's length principle* non consente di individuare un risultato certo. Si tratta di un'approssimazione che può essere ottenuta utilizzando metodi diversi fra loro e che consente di individuare un range ragionevole entro il quale la transazione può essere considerata "*at arm's length*".

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

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

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

dell'imposta sul reddito per la società lussemburghese. Il metodo da utilizzare per effettuare tale calcolo è stato concordato fra Amazon.com e l'amministrazione fiscale lussemburghese.

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

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

Nel luglio 2021 la sentenza del Tribunale è stata impugnata davanti alla Corte da parte della Commissione, la quale ne richiede l'annullamento sulla base di due motivi: l'erronea applicazione da parte del Tribunale dell'*arm's length principle* e l'esistenza di un vantaggio selettivo conferito dalla misura in questione.

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

dell'imposta in quanto principio generale del diritto dell'Unione europea secondo il quale l'obbligo di pagare un'imposta e gli elementi che definiscono e caratteristiche fondamentali di quest'ultima devono essere determinati per legge affinché il soggetto passivo sia in grado di prevederne l'esigibilità e l'importo.

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

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

L'AG passa poi a considerare il secondo punto (conclusioni AG Kokott, punto 81 ss.) per valutare se – nel caso in cui la Corte non aderisse a questa linea argomentativa e ritenesse adeguato il sistema di riferimento individuato

dalla Commissione – l’analisi nel merito relativa alla corretta applicazione dell’*arm’s length principle* sia da considerarsi una questione di fatto o di diritto. Ciò rileva in quanto “la valutazione dei fatti – nella quale rientra, in linea di principio, anche la valutazione quanto al diritto nazionale da parte del Tribunale – e delle prove non è (...) una questione di diritto che può essere esaminata dalla Corte nell’ambito di un’impugnazione” (conclusioni AG Kokott, punto 84). La Corte ha già chiarito nel caso *Fiat* che la corretta determinazione del sistema di riferimento è una questione che può essere oggetto di un sindacato nel giudizio di impugnazione. Tuttavia, non è ancora stato specificato se possa rientrarvi anche “la concreta sussunzione in tale sistema di riferimento” (conclusioni AG Kokott, punto 87), cioè l’applicazione del diritto nazionale nel caso concreto. Secondo l’impostazione seguita dall’AG, questi due aspetti sono difficilmente separabili e auspica che “sia la corretta determinazione (interpretazione) del sistema di riferimento sia la corretta sussunzione (applicazione) in tale sistema di riferimento vengano trattate in modo identico” (conclusioni AG Kokott, punto 88).

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

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

Come nelle conclusioni in analisi, anche la Corte nel caso *Fiat* pone l’attenzione sulla corretta individuazione del quadro di riferimento e sulla possibilità di includervi l’*arm’s length principle*. È importante ricordare che la Corte non esclude l’applicazione del principio e dei relativi metodi di calcolo in quanto tali. La motivazione poggia su elementi cardine dell’ordinamento dell’Unione europea, come il riparto delle competenze e il principio della certezza del diritto, alla luce dei quali è evidente come una misura nazionale soggetta a una valutazione finalizzata alla sua qualificazione come aiuto di Stato o meno non può che essere analizzata alla luce di norme normalmente applicabili a imprese in condizioni fattuali e giuridiche comparabili. In questo contesto, l’*arm’s length principle* è ipoteticamente

applicabile ma solo se questo è parte dell'ordinamento nazionale. Ciò non esclude che possa entrarvi per il tramite di una normativa sovranazionale ma, ad oggi, quest'ultima non è ancora stata adottata.

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

La linea argomentativa utilizzata riporta l'attenzione sull'autonomia fiscale degli Stati membri, da un lato, e sulla *ratio* che sottende alla procedura per la valutazione degli aiuti di Stato, dall'altro. Questa impostazione è condivisibile in quanto rispettosa del riparto delle competenze fra Unione e Stati membri e della consolidata giurisprudenza relativa alla valutazione del vantaggio selettivo nell'ambito degli aiuti fiscali, oltre che garantistica nei confronti delle imprese. È indubbio che le grandi imprese multinazionali debbano pagare la loro "*fair share of taxes*", come spesso è stato affermato da Margrethe Vestager, ma gli aiuti di Stato hanno dato prova di non essere probabilmente il miglior strumento da utilizzare a questo proposito a livello europeo. Infatti, come censurato dalla Corte nel caso *Fiat*, il tentativo di introdurre l'*arm's length principle* nell'ordinamento dell'Unione europea nel modo già illustrato rappresenta un tentativo di "*backdoor tax harmonisation*" e quindi, in ultimo, una violazione della discrezionalità statale in materia fiscale e delle norme dei Trattati che permettono e regolano le procedure per l'armonizzazione in questo settore.

Al contrario, l'introduzione di strumenti di armonizzazione fiscale per la tassazione sulle imprese rappresenta senza dubbio la via maggiormente auspicabile per raggiungere questo obiettivo. La recente proposta BEFIT,

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