

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

in

Diritto Europeo

Ciclo 34°

Settore Concorsuale: 12/E4

Settore Scientifico Disciplinare: IUS 14

**Il controllo sugli aiuti di Stato e i nuovi orizzonti della
fiscalità europea**

Presentata da: Rosario Federico

Coordinatore Dottorato

Prof. ssa Marina Timoteo

Supervisore

Prof. Giacomo Di Federico

Esame finale anno 2022

Abstract: la tesi esamina l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale tramite la disamina della giurisprudenza della Corte di giustizia. Il lavoro intende fornire una nuova prospettiva di analisi, valorizzando l'interazione tra la nozione di 'aiuto fiscale' ex art. 107(1) TFUE e le categorie tributarie nazionali, sottese all'applicazione del "test in tre fasi" coniato dalla Corte per identificare la presenza di un 'vantaggio selettivo'. Facendo applicazione di tale prospettiva di analisi, la ricerca propone una nuova categorizzazione della 'selettività fiscale', tramite la quale vengono affrontate le tematiche più controverse legate all'applicazione dell'istituto. Infine, considerando i numerosi progetti di riforma della fiscalità diretta attualmente al vaglio delle Istituzioni europee, la tesi si confronta con il "futuro" del controllo sugli aiuti di Stato, identificato nella necessaria interazione con una cornice normativa armonizzata.

Il controllo sugli aiuti di Stato e i nuovi orizzonti della fiscalità europea

Indice

<u>Introduzione</u>	8
1. Un'ulteriore riflessione sugli 'aiuti fiscali'	10
1.1 Il contributo della dottrina allo studio del controllo sugli aiuti di Stato	11
2. La metodologia di ricerca	15
3. La struttura della tesi	17

Parte A

<u>Capitolo 1 La costruzione della 'selettività'</u>	21
1. Elementi di teoria generale del controllo sugli aiuti di Stato	23
1.1 «Favorendo talune imprese o talune produzioni»: i canoni interpretativi della Corte di giustizia	24
1.2 La <i>ratio</i> originaria del controllo sugli aiuti di Stato ... e la sua pratica applicazione	25
1.3 La 'selettività' della misura come "germe" dell'aiuto di Stato	31
2. 1969 – 1992: il controllo sugli aiuti di Stato nella costruzione del mercato interno	34
2.1 Il contrasto al protezionismo tramite il controllo sugli aiuti di Stato	36
2.2 La categoria degli 'aiuti all'export'	39
2.3 La nozione di 'aiuto' ed il principio di attribuzione	42
2.4 Le normative nazionali all'interno della nozione di 'aiuto'	46
3. 1992-2001: la 'selettività' come limite alla discrezionalità dello Stato nelle scelte di politica industriale	50
3.1 La funzione di 'inquadramento' del controllo sugli aiuti di Stato	51
3.2 La "nuova" discrezionalità amministrativa	54
3.3 I contributi previdenziali all'interno dell'art. 107(1) TFUE	58
3.4 La nascita della 'selettività fiscale'	61

Capitolo 2	<u>Una nuova categorizzazione per la ‘selettività fiscale’ nelle normative tributarie di applicazione generale</u>	65
1.	La ‘selettività della misura’ oltre il “test in tre fasi”	68
1.1	Le ricostruzioni dottrinali esistenti: tra “deroga dal sistema di riferimento” e “discriminazione” tra imprese	69
1.2	La ‘selettività’ della misura quale abuso delle competenze regolamentari nazionali	73
1.3	Gli “obiettivi del sistema” come chiave interpretativa	77
2.	2001 – 2016: I modelli tributari impliciti nella nozione di ‘aiuto fiscale’	84
2.1	La ‘selettività geografica’ e la fiscalità substatuale	87
2.2	Le ‘selettività materiali’	91
2.2.1	La ‘selettività nelle normative tributarie con prevalente funzione fiscale’	95
2.2.2	La ‘selettività nelle normative di finanziamento dei servizi pubblici’	98
2.2.3	La ‘selettività nelle normative tributarie con funzione regolatoria’.	100
3.	2016 - presente: quali limiti alla ‘selettività fiscale’?	105
3.1	La ‘selettività nei corrispettivi di accesso alle infrastrutture’	106
3.2	La saga <i>World Duty Free</i> e la conferma del metodo di “inquadramento”	108
3.3	La ‘selettività fiscale’ dopo <i>World Duty Free</i>	111
3.4	Quali limiti alla ‘selettività fiscale’?	114
Capitolo 3	<u>‘Selettività fiscale’ e tax ruling: un problema di leale cooperazione</u>	117
1.	Il mercato interno ai tempi della concorrenza fiscale al ribasso	123
1.1	Imprese multinazionali e tassazione nel mercato interno: la duplice dimensione di iniquità fiscale	124
1.2	L’ <i>arm’s length principle</i> nella fiscalità internazionale: parametro antielusivo o di politica industriale?	128
1.3	Il ruolo della Commissione europea quale arbitro della concorrenza fiscale tra Stati e tra imprese	131
2.	La ‘selettività fiscale’ tra equità tributaria e tutela della concorrenza	137
2.1	L’ <i>arm’s length principle</i> e la nozione di ‘vantaggio selettivo’	137
2.2	L’ <i>arms length principle</i> nella Costituzione economica europea	143
2.3	I limiti sovranazionali alla discrezionalità amministrativa in materia di fiscalità internazionale	146
3.	Per una interpretazione della ‘selettività fiscale’ costituzionalmente orientata dal principio di leale cooperazione	149
3.1	La relazione tra controllo sugli aiuti di Stato e principio di leale cooperazione	150
3.2	La concorrenza fiscale al ribasso come violazione del principio di leale cooperazione	154
3.3	I benefici dell’applicazione congiunta degli artt. 4(3) TUE e 107 TFUE	157

PARTE B

<u>Capitolo 4 Quello che il principio di attribuzione non dice</u>	162
1. Le (buone) ragioni per distinguere titolarità ed esercizio della competenza fiscale	166
1.1 Le dinamiche dell'integrazione UE in materia fiscale	167
1.2 ... e il loro impatto sulla 'sovranità fiscale' degli Stati membri	170
1.3 Gli incerti confini della competenza fiscale nazionale	173
2. Le politiche fiscali degli Stati membri attraverso il prisma della 'selettività'	176
2.1 La nozione di aiuto di Stato come "concetto oggettivo"	177
2.2 Il principio di neutralità fiscale nell'art. 107(1) TFUE	180
2.3 La fiscalità di vantaggio nel prisma della 'selettività'	182
3. La fine della 'sovranità fiscale' nazionale?	185
3.1 « <i>No taxation without representation</i> » revisited	186
3.2 La concorrenza fiscale al ribasso quale principale limite all'autonomia regolamentare degli Stati membri	189
3.3 La costruzione di una fiscalità condivisa tra Stati membri ed Unione	190
<u>Capitolo 5 Per un nuovo equilibrio tra "interesse dell'Unione" e tutela dei singoli nel controllo sugli aiuti di Stato fiscali</u>	198
1. Lo Stato che tassa – lo Stato che agevola: il deterioramento del rapporto tributario nazionale nel processo di integrazione UE	202
1.1 Il ruolo della Commissione e dei giudici nazionali nel controllo sugli aiuti di Stato	203
1.2 Oltre il primato: la difficile interazione tra art. 107 TFUE e normativa tributaria domestica	206
1.3 Prime riflessioni critiche sulla dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato fiscali	209
2. «Lo chiede l'Europa!» o la necessaria riforma del recupero degli 'aiuti fiscali'	213
2.1 Il recupero dell'aiuto di Stato ed i suoi limiti	215
2.2 Il principio di certezza del diritto nel controllo sugli aiuti di Stato fiscali: le ricadute negative per gli operatori economici	217
2.3 ... e per lo sviluppo coerente della politica fiscale dell'Unione	220
2.4 La prima proposta di riforma: l'interpretazione estensiva dei principi del diritto generali nel recupero degli 'aiuti fiscali'	222
3. Il ruolo dei concorrenti nell'efficace applicazione del controllo sugli 'aiuti fiscali'	225
3.1 Il 'diritto ad una concorrenza non falsata da aiuti di Stato illegali'	226
3.2 I concorrenti di fronte alle corti UE	229
3.3 I limiti all'utilizzo del rinvio pregiudiziale interpretativo	232

3.4 ... ed alle azioni di risarcimento del danno cagionato dallo Stato membro	234
3.5 La seconda proposta di riforma: la tutela del mercato interno passa attraverso la tutela giurisdizionale effettiva dei concorrenti	236
Capitolo 6 <u>Il futuro del controllo sugli aiuti di Stato</u>	237
1. La “nuova fiscalità europea” ed il controllo sugli aiuti di Stato	241
1.1 La riforma del bilancio UE tra sfide globali e conflitti interni all’Unione	243
1.2 La “nuova fiscalità europea”	245
1.3 Le linee di sviluppo del controllo sugli aiuti di Stato fiscali	247
2. Il controllo degli aiuti di Stato fiscali nei tributi parzialmente armonizzati	250
2.1 Il controllo sugli aiuti di Stato e l’integrazione positiva	251
2.2 Dal divieto “generico” di discriminazioni fiscali al controllo sulla corretta attuazione dei modelli tributari UE	254
2.3 La funzione di supporto all’integrazione positiva	257
3. Chi controlla i controllori? Aiuti di Stato, tributi pienamente armonizzati ed amministrazioni fiscali nazionali	259
3.1 Il controllo sugli aiuti di Stato e l’uniformazione normativa	261
3.2 La nozione di ‘vantaggio selettivo’ applicata all’attività delle amministrazioni fiscali nazionali	263
3.3 L’art. 107 TFUE come controllo amministrativo di secondo livello	265
<u>Conclusioni</u>	267

Introduzione

La fiscalità è una delle competenze più gelosamente custodite dagli Stati, sovente associata all'idea stessa di 'sovranità'. Dal gettito fiscale dipendono, infatti, il finanziamento della macchina amministrativa e la qualità dei servizi offerti ai cittadini, componenti essenziali della funzione pubblica. Ancora, nei rapporti internazionali, la leva fiscale costituisce un potente strumento politico, come recentemente testimoniato dalla cd. "guerra dei dazi" tra Cina e Stati Uniti o dal fenomeno di concorrenza fiscale al ribasso tra Stati. Infine, quanto alla regolazione pubblica dell'economia, la tassazione incide sul costo del lavoro, sui consumi e sulla redditività degli investimenti sul territorio dello Stato.

L'ordinamento UE non ha mai ignorato la possibile interferenza di tali profili con la costruzione del mercato interno. La critica che può essere mossa ai padri costituenti è semmai quella di eccessivo ottimismo, avendo ritenuto sufficienti le scarse basi giuridiche inserite nei Trattati ad assicurare il fisiologico sviluppo di una "fiscalità europea". La graduale integrazione dei mercati nazionali non si è, invece, accompagnata alla necessaria armonizzazione delle normative fiscali da parte degli Stati membri, con problemi proporzionalmente crescenti man mano che altri settori dell'ordinamento erano oggetto di ravvicinamento. Ciò ha portato a valorizzare, inizialmente, la disciplina delle libertà fondamentali e, successivamente, il controllo sugli aiuti di Stato per rimuovere gli ostacoli più evidenti al corretto funzionamento del mercato.

È, in particolare, a partire dal 2001, con la nota sentenza *Adria-Wien pipeline*¹, che prende avvio il dialogo tra Commissione, Corte di giustizia e Stati membri a proposito dei limiti all'esercizio della competenza fiscale nazionale, dialogo condotto attraverso l'interpretazione della nozione di 'aiuto'. Considerato quanto appena evidenziato a proposito dell'importanza attribuita dagli Stati al pieno governo della

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 8 novembre 2001, in causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH c. Finanzlandesdirektion für Kärnten*, in Raccolta, 2001, I, p.8365, ECLI:EU:C:2001:598.

materia fiscale, non può stupire l'ostilità che ha fin da subito accompagnato l'applicazione dell'istituto, percepita come un'indebita intromissione in una "competenza esclusiva" degli Stati membri.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è il formante principale dello sviluppo normativo in oggetto. Se può essere addebitata all'Istituzione una scarsa trasparenza argomentativa nel chiarire i fondamenti concettuali della propria interpretazione, va tuttavia considerata la difficoltà della sua opera di bilanciamento. Da un lato, consapevole delle crescenti criticità derivanti dalla mancata armonizzazione, la Corte ha tentato di usare gli (scarsi) strumenti in suo possesso per limitare gli abusi più macroscopici; dall'altro, il riferimento al "solo" mercato interno è apparso fin da subito inadeguato a giustificare il superamento della competenza dei parlamenti nazionali, imponendo, di volta in volta, soluzioni di compromesso. Non può, del resto, essere trascurato che l'applicazione dell'art. 107 TFUE si traduce nell'obliterazione dei voti espressi dalle assemblee legislative nazionali, in un settore ancora legato al motto «*no taxation without representation*».

Se, come ritiene PIKETTY, il settore tributario rispecchia nitidamente le rivoluzioni e l'avvicinarsi di forme di Stato², occorre riconoscere nella giurisprudenza in materia di aiuti di Stato fiscali l'inizio di un processo di riforma costituzionale dell'Unione europea. Imponendo agli Stati membri di preservare la struttura concorrenziale del mercato interno, benché, come detto, senza stravolgere la loro competenza fiscale, la Corte ha contribuito a superare una concezione puramente nazionale della tassazione verso una quanto mai necessaria fiscalità "federale". Tale processo sembra destinato a trovare nuova linfa (e legittimazione) nella gestione della crisi economica generata dal COVID-19, che ha riportato al centro del dibattito politico ed accademico la necessità di forme di integrazione positiva in materia di fiscalità diretta, che coinvolgano direttamente Parlamento europeo e Consiglio³.

² T. PIKETTY, *Il Capitale nel XX secolo*, Bompiani, Milano, 2013, p. 772.

³ Si veda, da ultimo, la proposta della Commissione del 22 dicembre 2021 per una direttiva volta ad assicurare un'imposta minima globale per le imprese multinazionali nell'Unione, COM(2021) 823 final.

1. Un'ulteriore riflessione sugli 'aiuti fiscali'

Nonostante la vastissima produzione scientifica in materia di 'aiuti fiscali', pare ancora necessario riflettere sul tema. E ciò per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, la materia è in costante evoluzione grazie alle pronunce della Corte di giustizia, che continuano a ridefinire la categoria della 'selettività' per adeguarla all'evoluzione del mercato interno. Ciò è particolarmente evidente nei *tax ruling*, rispetto ai quali sono attualmente pendenti numerosi giudizi di fronte alla Corte di giustizia, destinati a convalidare o smentire l'architettura giuridica su cui la Commissione ha fondato la propria attività investigativa. Ancora, come anticipato, la risposta dell'Unione alla crisi economica generata dalla pandemia si interseca con il progetto di riforma della fiscalità UE, con sicure conseguenze per quanto concerne il controllo sugli aiuti di Stato fiscali.

In secondo luogo, accanto all'oggettiva fluidità della materia, la dogmatica in materia di 'aiuti fiscali' appare ancora incerta, caratterizzata dall'assenza di chiare categorie interpretative. Come si vedrà, certamente anche a causa delle ambigue statuizioni della giurisprudenza, non è ancora stata individuata una prospettiva di analisi condivisa, che permetta di anticipare con ragionevole certezza l'esito delle valutazioni della Corte. Ciò è testimoniato dalla frequenza con cui le decisioni della stessa Commissione vengono annullate in sede giurisdizionale⁴.

La presente tesi intende offrire un'analisi aggiornata sul tema, proponendo al contempo una prospettiva di studio innovativa. Valorizzando gli approdi della dottrina esistente (*infra* 1.1), è, infatti, possibile proporre una nuova categorizzazione (*infra* capitoli 2 e 3), essenziale ad esprimere un giudizio critico sull'applicazione dell'art. 107 TFUE alla materia fiscale (*infra* capitoli 4 e 5).

⁴ Si vedano, di recente, le conclusioni dell'Avvocato generale Pikamäe del 16 dicembre 2021, in causa C-898/19P, ECLI:EU:C:2021:1028; le sentenze della Corte di giustizia del 16 marzo, in cause C-562/19 P e C-596/19 P, *Commissione c. Polonia* e *Commissione c. Ungheria*, ECLI:EU:C:2021:201 e ECLI:EU:C:2021:202; la sentenza del Tribunale del 15 luglio 2020, in cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:338; la sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 2018, in causa C-203/16 P, *Dirk Andres c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:505, la

1.1 Il contributo della dottrina allo studio del controllo sugli aiuti di Stato

Gli studiosi si sono concentrati principalmente su tre aree tematiche: il rapporto tra art. 107 TFUE e ‘sovranità fiscale’ degli Stati membri; la categoria del ‘vantaggio selettivo’ ed i relativi test, atti a distinguere le misure generali di politica economica dagli aiuti di Stato fiscali; la dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato, avuto riguardo alla posizione dei beneficiari e dei loro concorrenti.

Quanto al primo tema, nonostante sia unanimemente riconosciuta l’incidenza dirompente dell’istituto sull’attività dei parlamenti nazionali, molto diverse sono le posizioni concretamente espresse dagli autori. Accanto a chi, come M. INGROSSO⁵, riconosce come fisiologica e necessaria la graduale rimodulazione della competenza rimessa alle assemblee legislative nazionali in materia tributaria, altri autori, come R. LUJA⁶ o L.L. GORMSEN⁷, sono decisamente più critici quanto alla legittimazione del controllo sugli aiuti di Stato in materia di tassazione diretta. Chi scrive ritiene preferibile la prospettiva di A. BIONDI, per il quale, a fronte della consolidata giurisprudenza della Corte sulla distinzione tra titolarità ed esercizio della competenza fiscale degli Stati, l’attenzione dell’interprete dovrebbe concentrarsi sulla nozione di ‘aiuto’ piuttosto che sull’astratta tematica della ‘sovranità fiscale’ nazionale⁸. Si tratta,

⁵ M. INGROSSO, *La Comunitarizzazione del diritto tributario*, in M. INGROSSO – G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali ed aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009, 3 ss., p. 45 «c’è da chiedersi però come si fa, da giuristi, ad ipotizzare di vivere in un mondo europeo nuovo, con l’obiettivo di esservi appieno partecipi, a tal fine condividendo con altri i meccanismi del diritto comunitario e però si rifiutano concetti e valori che sono alla base di quel mondo, ossia la *cultura comunitaria* (...) I concetti ed i valori comunitari inducono a riconsiderare lo stesso ruolo del *mercato*, che è sì centrale, ma perché, lungi da essere solo la dimensione economica e mercatile della Comunità, è l’ambito in cui possono trovare riconoscimento e tutela, con le libertà economiche fondamentali degli scambi e della concorrenza, anche l’insieme delle istanze di libertà dei singoli, che costituiscono ed animano il patrimonio essenziale delle moderne ed evolute democrazie occidentali».

⁶ R.H.H. LUJA, *Do State aid rules still allow European Union Member States to claim Fiscal Sovereignty?*, in *EC Tax*, 2016, 5-6, pp. 312 ss., 324 «Nowadays the Commission is questioning not only the application of transfer pricing rules in individual cases (to which it is entitled!), it comes up with its own standards and list of acceptable practices in an attempt to constrain corporate tax avoidance. While the latter is a goal well worth pursuing, we need to use the right legal tools».

⁷ L.L. GORMSEN, *European State aid and tax ruling*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 86 ss.

⁸ A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in AA. VV. (a cura di) *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l’Union. Le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 126 ss.

come meglio evidenziato nel capitolo 4, di una ricostruzione necessaria a superare alcune posizioni, a ben vedere, “ideologiche” dei commentatori più critici, per concentrarsi sul merito del bilanciamento effettuato da Commissione e Corte.

Il secondo ambito di analisi, come anticipato, attiene al fondamento concettuale della nozione di ‘vantaggio selettivo’. Sul punto si sono per lungo tempo contrapposte due interpretazioni: da un lato quella di chi, come W. SCHÖN, ritiene che l’essenza della selettività fiscale abbia natura oggettiva e l’analisi vada condotta apprezzando l’esistenza di una “deroga” alla normativa generalmente applicabile⁹; dall’altro, quella espressa dagli AG KOKOTT e BOBEK, per i quali il fulcro dell’analisi avrebbe carattere soggettivo e verterebbe sulla “discriminazione” tra imprese¹⁰. La più recente giurisprudenza della Corte di giustizia menziona entrambi gli elementi¹¹, a dimostrazione che i due concetti sono alternativi ed equivalenti al fine di dimostrare l’esistenza di un abuso della competenza fiscale da parte degli Stati membri (*infra* sez. 1.3 del capitolo 2).

⁹ W. SCHÖN, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid — A Review of Five Years of European Jurisprudence*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper*, 2015, 14, p. 5, accessibile su: <file:///Users/federico/Downloads/SSRN-id2707049.pdf>.

Motivare questa interpretazione sulla base di: codice di condotta; numerosi precedenti della stessa corte; più rispettosa dell’autonomia regolamentare degli Stati membri, che sono sostanzialmente vincolati ad assicurare coerenza nella loro normativa ma ne rimangono padroni.

¹⁰ Si vedano le conclusioni dell’Avvocato Generale Kokott del 16 aprile 2015, in causa C- 66/14, *Finanzamt Linz*, ECLI:EU:C:2015:242, punti 74 ss. e le conclusioni dell’Avvocato generale Bobek del 21 aprile 2016, in causa C-270/15 P, *Belgio c. Commissione*, ECLI:EU:C:2016:289, punto 29.

Si veda anche il contributo di K. LENAERTS, *State aid and direct taxation*, in H. KANNINEN – N. KORJUS – A. ROSAS (a cura di), *EU Competition Law in Context, essays in honour of Virpi Tilli*, Hart, Londra, 2009, p. 299 «As one can see, it is the granting of an advantage to certain taxpayers that makes it possible for a measure to fall under art. 87(1) EC, whereas the framing of national direct taxation measures by the free movement principle requires that taxpayers covered by a Community situation to whom the grant of a tax advantage is often refused be treated like taxpayers covered by a similar internal situation. “obligation of equality».

Aiuti e libertà fondamentali sono, dunque, accomunate dalla medesima *ratio*, diversamente declinata: applicazione della normativa nazionale più favorevole alle altre imprese europee; dall’altro, eliminazione delle deroghe alla normativa generalmente applicabile, vale per tutti.

¹¹ Cfr. P. LOEWENTHAL, *La théorie de la sélectivité des mesures fiscales entre discrimination et «analyse en trois étapes»*, in *Revue des affaires européennes*, 2019, II, pp. 233 ss.

Questa seconda interpretazione è prevalsa e garantisce un margine di manovra estremamente superiore a Commissione e Corte di giustizia, perché si prescinde dalla cornice normativa nazionale ed analizza i contribuenti in maniera parzialmente autonoma dalla cornice regolamentare nazionale.

Sempre con riferimento alla nozione di ‘aiuto’, la dottrina si è soffermata sul *test* di selettività. Un primo gruppo di Autori, tra cui M. MEROLA¹² e A. BARTOSH¹³, attribuisce importanza determinante all’”obiettivo” perseguito dallo Stato e propongono di escludere dall’ambito di applicazione dell’art. 107(1) TFUE le misure fiscali che tendono ad una genuina finalità di politica economica, secondo una logica assimilabile alla cd. *Rule of reason*¹⁴. Un secondo filone interpretativo, che ha in A. BIONDI il più autorevole esponente, ritiene che la ‘selettività’ vada individuata in base ad un giudizio di discriminazione, diretta o indiretta, coerentemente con la *ratio* dell’art. 107 TFUE quale strumento di controllo sulla concorrenza tra Stati più che tra imprese¹⁵. Infine, una terza corrente di pensiero sostiene la necessità di ricondurre l’interpretazione della ‘selettività’ alla logica antitrust, valorizzando l’effetto della misura su concorrenti e consumatori piuttosto che l’astratto riferimento alla discriminazione¹⁶. Partendo dalla seconda delle prospettive menzionate, il presente lavoro intende evidenziare la dimensione creativa e non meramente dichiarativa dell’accertamento della discriminazione, che la Corte compie avuto riguardo a paradigmi tributari “europei”, parzialmente autonomi dalla ‘cornice di riferimento’ nazionale (*infra sez.* 1.3 del capitolo 2).

Il terzo ambito di studio concerne gli effetti dell’applicazione dell’istituto per beneficiari e concorrenti. A tal proposito occorre richiamare i contributi di C. SCHEPISI, che ha esaminato tanto il tema della tutela giurisdizionale in materia di aiuti di Stato,

¹² M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid: a non conformist view on and beyond the case law*, in *World Competition*, 2016, I, accessibile su: <https://www.coleurope.eu/system/tdf/research-paper/merola - the rebus of selectivity 0.pdf?file=1&type=node&id=35406&force=>.

¹³ A. BARTOSH, *Is there a need for a rule of reason in European State Aid law? Or How to Arrive at a Coherent Concept of Material Selectivity?*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 736.

¹⁴ Si veda, in generale, L.S. ROSSI, *An Evolving “Rule of Reason” in the European Market*, in G. BONGIOVANNI – G. SARTOR – C. VALENTINI, *Reasonableness and Law*, Springer, Berlino, 2009, pp. 405 ss.

Con particolare riferimento al diritto della concorrenza, si veda M. MONTI, *EU Competition Law and the Rule of Reason Revisited*, TILEC Discussion Paper DP 2020-021, accessibile su: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3686619>.

¹⁵ A. BIONDI, *The Rationale of State Aid: A Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of EU Law*, 2010, pp. 35 ss., in particolare p. 45.

¹⁶ C. ROMARIZ, *Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law - Or the Ghost of Yet-to-Come*, in *European State aid Law Quarterly*, 2014, pp. 39 ss.

globalmente intesa¹⁷, che l'ambito più specifico del *private enforcement*¹⁸. In particolare, e si tratta di una conclusione qui condivisa (*infra* sez. 3 del capitolo 5), l'A. ha proposto di applicare la direttiva 104/2014¹⁹, formalmente relativa al settore antitrust, in via analogica al controllo sugli aiuti di Stato per facilitare la proposizione di azioni da parte dei concorrenti lesi da aiuti di Stato 'illegali'.

¹⁷ C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Giappichelli, Torino, 2012; ID. *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Giappichelli, Torino, 2013, in cui si segnala, in particolare, il contributo di C. SCHEPISI, *La legittimazione ad agire per il rimborso di oneri fiscali versati in esecuzione di aiuti illegali*, pp. 251 ss.

¹⁸ ID., *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2021, 2, pp. 126 ss. Sul tema occorre inoltre segnalare il contributo di F. PASTOR – MERCHANT, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart, Londra, 2017.

¹⁹ Direttiva 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU L 349, 2014, p. 1.

2. La metodologia di ricerca

Il lavoro di ricerca adotta una metodologia di indagine composita, fondata sulla valorizzazione del contesto storico, politico e sociale nell'interpretazione del fenomeno giuridico (cd. *law in context*). Inoltre, vengono utilizzate congiuntamente la prospettiva del costituzionalismo europeo²⁰ e quella del diritto amministrativo europeo. Entrambe le dimensioni appaiono essenziali, considerato che il controllo sugli aiuti di Stato è ad un tempo uno dei fondamenti della Costituzione economica europea e uno degli istituti più frequentemente invocati davanti alle Corti UE²¹.

Quanto al primo approccio metodologico, il presente lavoro di ricerca è debitore della ricostruzione sistematica e della periodizzazione proposte da J.J.P. LÓPEZ in relazione all'evoluzione della nozione di aiuto di Stato²². Quest'ultima, a sua volta, evidentemente influenzata dalla celeberrima categorizzazione di J.H.H. WEILER²³. Il rilevante apporto offerto dalla dottrina citata consiste nell'aver introdotto una periodizzazione dello sviluppo giuridico comunitario, fondata sul collegamento tra eventi storico-politici ed istituti giuridici. Tale periodizzazione è stata, dunque, qui

²⁰ Sul costituzionalismo europeo, si veda in generale K. TUORI, *European Constitutionalism*, in R. MASTERMAN – R. SCHÜTZE (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 521 ss. e N. JÄÄSKINEN, *Constitutions in the European Union – Some Questions of Conflict and Convergence*, in ERA Forum, 2011, pp. 205 ss., 210 «Constitutions are linked to constitutionalism or the idea of a constitutional state, i.e. a polity where the exercise of political power is limited by predefined legal constraints that the polity imposes on itself by adopting a system of fundamental or higher rules governing the exercise of political power within its boundaries. In other words, the idea of constitutionalism is that the principle of legality or the rule of law also applies to the political system itself. From the perspective of history of ideas, the opposite of constitutionalism is despotism, i.e. a political system where political power is unlimited and it is exercised in the form of discretionary ad hoc decisions. Hence, constitutionalisation of the European Union means that as a polity the Union is, is becoming, or should be subject to predefined self-imposed legal constraints that cannot be altered by the Member States acting individually or collectively by following other courses of action than those provided by the constitution of the European Union itself, and within the limits provided therein».

²¹ Si veda la statistica riportata nella relazione annuale della Corte di giustizia per l'anno 2020, p. 215 ss., accessibile su: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2021-07/qd-ap-21-001-it-n.pdf>.

²² J.J.P. LOPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, 2015, Oxford University Press, Oxford.

²³ J.H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, pp. 2403 ss.

Con specifico riferimento all'influenza del diritto della concorrenza sull'ordinamento europeo, cfr. D.J. GERBER, *The Transformation of European Community Competition Law*, in *Harvard International Law Review*, 1994, pp. 97 ss.

utilizzata, con gli opportuni adattamenti, quale supporto ricostruttivo delle varie fasi di sviluppo della categoria della ‘selettività’.

Quanto alla seconda prospettiva, la ricerca valorizza la giurisprudenza in materia di aiuti di Stato quale formante propriamente costituzionale dell’ordinamento comunitario, come chiaramente evidenziato da F. DE CECCO²⁴. L’art. 107 TFUE, infatti, non rappresenta la tipizzazione UE di uno strumento anti-sussidi analoga a quanto previsto in sede WTO²⁵ ma una delle più incisive forme di ri-regolazione delle costituzioni degli Stati membri, costretti a “pensare in maniera federale”²⁶. Ciò colloca il controllo sugli aiuti di Stato all’interno della più ampia categoria degli strumenti di “inquadramento”, categoria proposta da K. LENAERTS per descrivere l’impatto dell’integrazione negativa sulle competenze nazionali non oggetto di armonizzazione²⁷.

Infine, la ricerca considera il controllo sugli aiuti di Stato come uno dei formanti del diritto amministrativo europeo. In tal modo, si intende unire all’analisi del rapporto “verticale” tra Stati membri ed Unione in materia di ‘sovranità fiscale’ (*infra* capitolo 4) quello della tutela dei diritti dei singoli, direttamente coinvolti nel procedimento amministrativo o giurisdizionale, sui quali si riverberano gli effetti dell’interpretazione della nozione di ‘aiuto fiscale’ effettuata dalla Corte (*infra* capitolo 5).

²⁴ F. DE CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, Hart, Londra, 2012.

²⁵ Per un’analisi comparata dei due strumenti si rinvia a L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

²⁶ K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *American Journal of Competition Law*, 1990 (38), pp. 205 ss.

²⁷ ID., *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, V, pp. 1338 ss.

3. La struttura della tesi

Il lavoro si divide in due parti, entrambe composte da tre capitoli. Tale struttura riflette l'intenzione dell'A. di anteporre la proposta di una nuova ricostruzione dogmatica della 'selettività fiscale' (parte A) alle riflessioni critiche sull'istituto (parte B).

Il primo capitolo presenta la giurisprudenza fondativa della 'selettività', qui identificata nelle pronunce della Corte di giustizia comprese tra gli anni 1969 e 2001. L'analisi è ulteriormente suddivisa rispetto alle sentenze precedenti e successive al 1992, anno in cui fu siglato il Trattato di Maastricht. Tale periodizzazione intende evidenziare l'evoluzione della 'selettività', dapprima associata a misure protezionistiche e, successivamente, ad esercizi abusivi della politica industriale da parte degli Stati membri. Nonostante la nozione di 'selettività' emerga esplicitamente solo al termine di tale fase storica, i fondamenti concettuali della stessa sono chiaramente rinvenibili fin dalle prime sentenze qui esaminate.

Il secondo capitolo analizza la 'selettività nelle normative tributarie di applicazione generale' attraverso le pronunce della Corte comprese tra il 2001 ed il momento di scrittura della tesi. L'anno 2016, in cui sono state decise le sentenze *World Duty Free*²⁸ e *Hansestadt Lübeck*²⁹, rappresenta lo spartiacque tra la 'selettività fiscale' "classica" e l'emersione di nuove questioni interpretative.

Il capitolo propone una nuova ricostruzione dogmatica, che si distingue da quanto fin qui teorizzato sotto due profili: innanzitutto, si valorizza l'eterogeneità delle normative tributarie nazionali esaminate dalla Corte, eterogeneità che è stata riconosciuta dalla giurisprudenza tramite l'implicita affermazione di diversi tipi di 'selettività'; in secondo luogo, si enfatizza la dimensione creativa dell'analisi svolta dalla Corte. Quest'ultima, lungi dal compiere una mera analisi di conformità rispetto ad un modello tributario interamente nazionale, impone implicitamente dei "modelli tributari autonomi", da questa ritenuti compatibili con il mercato interno.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-20/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group e.a.*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:981.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-524/14 P, *Commissione europea contro Hansestadt Lübeck*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:971.

Il terzo capitolo si concentra sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato per contrastare le pratiche di concorrenza fiscale al ribasso realizzate tramite *tax ruling*. Le decisioni della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia esaminate considerano il fenomeno dal 2013, anno di apertura delle prime indagini, ad oggi.

Il profilo su cui insiste l'analisi è la parzialità della qualificazione giuridica data al fenomeno di concorrenza fiscale al ribasso dalle Istituzioni europee. In particolare, si evidenzia come l'interpretazione della Commissione e della Corte di giustizia si sia concentrata solo sulla dimensione "verticale" del fenomeno, ossia sui rapporti tra Stati ed imprese, senza considerare i danni provocati da tali pratiche a tutti gli altri Stati membri in violazione del principio di leale cooperazione. Alla luce di ciò, viene formulata la proposta di applicare congiuntamente gli artt. 107 TFUE e 4(3) TUE agli 'aiuti fiscali' concessi tramite *tax ruling*.

Il quarto capitolo, che apre la seconda parte della ricerca, si confronta con il tema più controverso: la presunta violazione della 'sovranità fiscale nazionale' causata dall'attività della Commissione e dalla giurisprudenza in materia di aiuti di Stato. Dopo aver evidenziato le ragioni a sostegno della distinzione tra "titolarità" ed "esercizio" della competenza fiscale, come formalizzata nella giurisprudenza della Corte di giustizia, l'analisi esamina il merito del bilanciamento da questa compiuto. Richiamando le categorie dogmatiche proposte nei capitoli 2 e 3, si tenta di dimostrare come la Corte sia riuscita quasi sempre a distinguere tra utilizzi fisiologici ed abusivi della competenza fiscale nazionale, sanzionando solamente gli utilizzi strumentali della leva fiscale per finalità di politica economica o industriale.

Il quinto capitolo esamina la posizione delle imprese coinvolte nell'applicazione del controllo sugli aiuti fiscali, considerando tanto i beneficiari che i loro concorrenti. Il tema evidenzia profili di forte criticità poiché, nonostante l'importanza assunta dal controllo sugli aiuti di Stato nella vita economica degli operatori, l'interpretazione della Corte di giustizia sembra omettere il necessario bilanciamento tra "interesse europeo" e garanzie dei singoli, facendo prevalere nettamente il primo. A tal fine, si propone una duplice modifica interpretativa, tanto

in relazione ai ‘principi generali del diritto’ che alla normativa di *private enforcement* per spostare dalle imprese agli Stati membri, veri autori della infrazione, il peso economico della violazione del Trattato.

Infine, il sesto capitolo si confronta con il “futuro” del controllo sugli aiuti di Stato, tentando di prevedere l’impatto delle attuali proposte di riforma in materia fiscale sull’applicazione dell’art. 107 TFUE. Per far fronte all’ingente debito contratto per la “ripresa europea” dalla pandemia, infatti, la Commissione ha proposto di riformare congiuntamente le regole di bilancio e della fiscalità diretta. Innanzitutto, si evidenzia come la dazione di aiuti fiscali coinvolgerebbe, in tal caso, profili ulteriori rispetto alla distorsione del mercato, legati alla tutela delle risorse proprie UE. In secondo luogo, prendendo come casi di studio tanto l’ipotesi di armonizzazione parziale che di armonizzazione massima, si tenta di ipotizzare in che modo si “evolverebbe” la nozione di aiuto di Stato, se interpretata all’interno di una cornice di diritto derivato.

PARTE A

Capitolo 1. La costruzione della ‘selettività’

Sommario: 1. [Elementi di teoria generale del controllo sugli aiuti di Stato](#) - 1.1 «favorendo talune imprese o talune produzioni»: i canoni interpretativi della Corte di giustizia - 1.2 La *ratio* originaria del controllo sugli aiuti di Stato ... e la sua pratica applicazione - 1.3 La ‘selettività’ della misura come “germe” dell’aiuto di Stato;
2. [1969 – 1992: il controllo sugli aiuti di Stato nella costruzione del mercato interno](#) - 2.1 Il contrasto al protezionismo tramite il controllo sugli aiuti di Stato - 2.2 La categoria degli ‘aiuti all’export’ - 2.3 La nozione di ‘aiuto’ oltre il principio di attribuzione - 2.4 le normative nazionali all’interno della nozione di ‘aiuto’;
3. [1992-2001: la ‘selettività’ come limite alla discrezionalità dello Stato nelle scelte di politica industriale](#) - 3.1 La funzione di ‘inquadramento’ del controllo sugli aiuti di Stato - 3.2 La “nuova” la discrezionalità amministrativa - 3.3 I contributi previdenziali all’interno dell’art. 107(1) TFUE - 3.4 La nascita della selettività fiscale.

La *selettività* o *specificità* della misura è uno degli elementi costitutivi della nozione di aiuto di Stato e trova il proprio riferimento normativo al primo par. dell’art. 107 TFUE, nella locuzione «favorendo talune imprese o talune produzioni»¹.

L’interpretazione di tale concetto e, più in generale, dell’intera nozione di ‘aiuto’, fu affidata dai redattori dei Trattati in via esclusiva alla Corte di giustizia, rimettendone alla Commissione europea - coerentemente con il suo ruolo di “guardiana dei Trattati” - la pratica applicazione. La Corte interpretò fin dal principio il proprio ruolo in modo duplice: da un lato, dando sostanza ad un concetto giuridico indeterminato e, dall’altro, tracciando i necessari limiti alla sua espansione.

Lo sviluppo interpretativo della nozione ha portato i giudici di Lussemburgo a raccogliere e valorizzare le suggestioni provenienti dalla Commissione europea e, seppure in misura minore, dalle altre Istituzioni. Dietro i diversi test formalizzati nella giurisprudenza è, infatti, ben visibile l’influenza di quanto proposto – anche molti anni

¹ La disposizione completa recita «Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza».

prima - in atti di *soft law* oppure nelle riflessioni di autorevoli Avvocati generali. A tal proposito, è interessante evidenziare come le decisioni della Commissione sui *tax ruling* – attualmente, come noto, *sub iudice* - contengano un concetto di selettività parametrato sulle linee guida OECD¹ ed una loro conferma da parte della Corte realizzerebbe un'inedita inclusione di standard dettati al di fuori dei Trattati all'interno della nozione di aiuto di Stato.

L'interpretazione dell'art. 107(1) TFUE si è, dunque, sviluppata tramite una graduale sovrapposizione di test, raffinamento degli stessi ed implicite reinterpretazioni giurisprudenziali, il tutto fortemente influenzato dalle peculiarità del caso concreto e dalle questioni politiche contingenti al momento delle decisioni. Si tratta di una modalità di costruzione (e decostruzione) di concetti giuridici non esclusiva degli aiuti di Stato ma che si caratterizza, nella materia in esame, per le dirompenti conseguenze che essa determina per la Costituzione economica europea e, di riflesso, per quelle degli Stati membri.

Prima di esaminare le sentenze che hanno costituito i fondamenti concettuali della 'selettività fiscale' (*infra sez. 2 e 3 del presente capitolo*), il capitolo introduce alcuni elementi di teoria generale del controllo sugli aiuti di Stato, quanto al ruolo della Corte di giustizia, alla *ratio* dell'istituto ed al rapporto tra selettività ed altri elementi della nozione di aiuto (*infra sez. 1 del presente capitolo*).

¹ Rinviamo al capitolo 3 (sezione 1.2) per una disamina più approfondita del tema, ci si limita qui a richiamare il concetto di *arm's length principle* (in italiano, principio di concorrenza), proposto dall'OECD quale strumento antielusivo per valutare le transazioni compiute tra società facenti parte del medesimo gruppo sotto il profilo fiscale. La Commissione europea ha ritenuto che il principio fosse inerente alla stessa nozione di aiuto di Stato, applicandolo per valutare la correttezza delle transazioni fiscali concluse tra Stati membri ed imprese multinazionali.

1.1 Elementi di teoria generale del controllo sugli aiuti di Stato

La nozione di ‘aiuto’ è stata codificata ormai più di sessant’anni fa ed è rimasta, quantomeno nella sua formulazione letterale, sostanzialmente immutata con il succedersi dei Trattati². Al contrario, la sua interpretazione si è caratterizzata per una graduale ma inarrestabile espansione³, tale da ricomprendere all’interno dell’attuale art. 107(1) TFUE anche misure pubbliche solo indirettamente idonee ad alterare l’equilibrio concorrenziale del mercato⁴. Ciò che qui interessa esaminare è, in particolare, in che modo tale fenomeno abbia interessato il concetto di ‘selettività’ o ‘specificità’ della misura, che nella giurisprudenza della Corte di giustizia costituisce il limite alla facoltà degli Stati membri di ripartire vantaggi ed oneri pubblici in maniera asimmetrica⁵.

² Il controllo sugli aiuti di Stato è parte del diritto primario fin dall’istituzione della Comunità economica europea nel 1957 e la relativa nozione fu inizialmente introdotta all’art. 92, par. 1 TCEE. Con la prima riforma dei Trattati questo divenne art. 87 TCE ed è oggi l’art. 107 TFUE.

La comune origine ideologica di un controllo sui sussidi statali si ritrova anche in altri strumenti di diritto internazionale quali l’Accordo generale sulle tariffe (GATT), del 1947, e nel Trattato istitutivo della Comunità europea del Carbone e dell’Acciaio (Trattato CECA), del 1951.

Si veda in generale sul tema, L. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009 e J. H. H. WEILER, *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

³ Sull’evoluzione della nozione di aiuto di Stato, si veda A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL, D. CHALMERS (a cura di), *The European Handbook of European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 671 ss; ID., *State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid*, in *Common Market Law Review*, 2013 (50), 1719; F. DE CECCO, *The Many meanings of ‘Competition’ in EC State aid law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal studies*, 2007, pp. 111 ss; ID., *State Aid and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Londra, 2012; J.J.P. LÓPEZ, *The Concept of State aid under EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; M. MEROLA – F. CALIENTO, *Is the notion of aid broadening or shrinking over time, and if so, why? A subjective view on the rationale of the case law*, in P.L. PARCU – G. MONTI – M. BOTTA (a cura di), *EU State Aid Law. Emerging trends at national and EU level*, Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 18 ss.; P. WERNER - V. VEROUDEN, *EU State Aid control – Law and Economics*, Wolters Kluwer International, Aalphen Aan Den Rijn, 2016.

⁴ Si veda, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2015, in causa C-518/13, *Eventech*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:9, in cui la Corte ha esaminato ai sensi dell’art. 107(1) TFUE la regolamentazione della città di Londra sul traffico urbano che concedeva l’utilizzo delle corsie preferenziali degli autobus ai soli taxi e non agli altri operatori economici attivi nell’attività di trasporto passeggeri.

⁵ Così l’AG Kokott, nelle conclusioni del 9 novembre 2017, in cause riunite C-234/16 e C-235/16, *ANGED*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2017:853, punto 80 «A questo riguardo, la Corte compie un esame di coerenza nel quale l’incoerenza è in definitiva un indice di abuso. La

1.1.1 «Favorendo talune imprese o talune produzioni»: i canoni interpretativi della Corte di giustizia

La categoria della ‘selettività’ trova il proprio riferimento testuale nella locuzione «favorendo talune imprese o talune produzioni», di cui all’art. 107(1) TFUE. Tale espressione non pone, a prima vista, particolari ostacoli all’interprete: il significato più evidente di tali parole rimanda ad un concetto naturalistico o empirico di beneficiario – sia esso un singolo operatore o un intero settore economico - esclusivo destinatario di vantaggi economici pubblici.

Tale interpretazione è confermata da argomenti di carattere sistematico e storico. La disciplina sugli aiuti di Stato è stata fin dal Trattato di Roma collocata all’interno del titolo relativo a concorrenza, fiscalità e ravvicinamento delle legislazioni, norme che i padri costituenti consideravano destinate ad applicarsi congiuntamente⁶. Il carattere selettivo della misura fungeva da discriminare tra le disposizioni sul ravvicinamento delle legislazioni⁷ ed il controllo sugli aiuti di Stato: le normative generali dannose per la concorrenza e l’integrazione dei mercati nazionali avrebbero dovuto essere modificate utilizzando una procedura più rispettosa della

differenza risiede nel fatto che in questo caso non si chiede se il soggetto passivo scelga costruzioni abusive per sottrarsi all’imposta, bensì se lo Stato membro – considerato in maniera oggettiva – «abusi» del suo diritto tributario per accordare sovvenzioni a singole imprese eludendo la normativa in materia di aiuti di Stato».

⁶ Spaak Report del 21 aprile 1956, elaborato durante la Conferenza di Messina del 1 e 2 giugno 1955, disponibile al seguente link: http://aei.pitt.edu/995/1/Spaak_report.pdf.

Si veda sul punto, *ex multis*, C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 121 ss.; D. CHALMERS – G. DAVIES – G. MONTI, *European Union Law: texts, cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 667 ss.; L. DANIELE, *Diritto del Mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 47 ss.

⁷ Ossia gli artt. 114 – 117 TFUE. Si vedano, in generale su tali disposizioni, le voci di A. DAMATO e D. BONI, in F. POCAR – M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 904 ss.

La possibilità di utilizzare gli art. 116 e 117 TFUE per contrastare la tassazione distorsiva avente applicazione generale è recentemente tornato al centro del dibattito scientifico dopo un comunicato pubblico della Commissione europea. Si veda, per tutti, M. NOUWEN, *The Market Distortion Provisions of Articles 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?*, in *Intertax*, 2021, I, pp. 14 ss. La riforma fiscale innescata dal Piano di Ripresa d’Europa ha, tuttavia, messo in ombra tali proposte a favore di una più ambiziosa strategia che unisce riforma del bilancio UE ed armonizzazione della fiscalità diretta (*infra* capitolo 6.1).

sovranità degli Stati membri, tramite il coinvolgimento dei governi in seno al Consiglio mentre i sussidi e le misure a questi equivalenti, universalmente considerati dannosi, avrebbero giustificato una procedura di controllo ben più invasiva, affidata direttamente alla Commissione⁸.

Questa interpretazione si è affermata nei primi anni di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato (*infra* sez. 2 del presente capitolo) ma ha ben presto lasciato il passo ad una lettura teleologica, in cui la componente di funzionalizzazione è divenuta preponderante. E' sufficiente richiamare, a tal proposito, la qualificazione come aiuti di Stato di normative che subordinavano al parere positivo e discrezionale dello Stato membro la possibilità per le imprese decotte di qualsiasi settore merceologico di dedurre le perdite ai fini fiscali⁹; o ancora, le agevolazioni fiscali previste per le imprese che avevano acquistato partecipazioni azionarie di imprese site in altri Stati membri, se tali benefici non erano concessi agli operatori divenuti titolari di partecipazioni nel proprio Stato Membro¹⁰.

⁸ Rinviando al capitolo 5 la disamina della dimensione procedurale dell'istituto, è sufficiente evidenziare come, a differenza delle disposizioni sul ravvicinamento delle disposizioni, il controllo sugli aiuti di Stato preveda un intervento solo eventuale del Consiglio, che può in casi eccezionali superare la determinazione sull'incompatibilità della misura adottata dalla Commissione ai sensi dell'art. 108 par. 2, terzo periodo.

Salvo tale ipotesi, la procedura di controllo viene gestita interamente dalla Commissione, in assenza di condizionamenti politici da parte degli Stati membri.

⁹ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, in causa C-6/12, *P Oy*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2013:525 e la sentenza del Tribunale del 4 febbraio 2016, in causa T-287/11, *Heitkamp Bauholding GmbH c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2016:60. Quest'ultima è stata riformata in appello dalla Corte di giustizia, in causa C-203/16 P, *Dirk Andres c. Commissione europea*, in Raccolta Digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:505, a causa di una violazione nella determinazione della 'cornice di riferimento' da parte della Commissione non rilevata dal Tribunale. Si veda, per un commento al caso, P. NICOLAIDES, *The definition of the reference tax system is still a puzzle*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2018 (17), III, pp. 419 ss.

¹⁰ La "saga giurisprudenziale *world duty free*" inizia con la decisione della Commissione del 12 gennaio 2011, relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere C 45/07, 2011/282/UE. A ciò è seguita la sentenza del Tribunale del 7 novembre 2014, in causa T-219/10, *Autogrill España, SA c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2014:939, che ha annullato la decisione della Commissione. In appello, la sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-20/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:981 ha annullato la decisione del Tribunale, confermando la decisione della Commissione. Il procedimento si è concluso con la sentenza del 6 ottobre 2021, in cause riunite C-51/19 P e C-64/19 P, *World Duty Free Group e Spagna c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:793, con cui è stata definitivamente confermata la validità delle decisioni impugnate.

Comprendere in che modo la selettività abbia subito una trasformazione tanto radicale – da criterio di collegamento tra attribuzione di un vantaggio e soggetti beneficiari chiaramente identificabili *ex ante* fino a divenire un “test di discriminazione generale”¹¹ – impone di considerare i canoni interpretativi della Corte di giustizia, vero motore dello sviluppo interpretativo della nozione di aiuto di Stato.

A tal fine, occorre innanzitutto evidenziare come le categorie ermeneutiche utilizzate nel contesto nazionale – classicamente individuate nel metodo letterale, sistematico, teleologico e storico evolutivo¹² - possano costituire utili strumenti di analisi dottrinale ma debbano necessariamente essere integrate considerando le peculiarità del diritto dell’Unione europea e siano prive di efficacia direttamente precettiva¹³.

L’assenza di precise disposizioni relative ai criteri interpretativi della Corte non comporta evidentemente l’assoluta discrezionalità della stessa ed è all’interno dei Trattati stessi, stante la loro natura *costituzionale*¹⁴ ed il carattere *autonomo*

Si veda, per un commento alla sentenza del 2016, A. GIRAUD - S. PETIT, *Bury Them Deep: The Court of Justice Annuls the Autogrill and Banco Santander Judgments of the General Court*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, II, pp. 310 ss.; J. DERENNE, *Commission v World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, V, pp. 311 ss.; P. NICOLAIDES, *Excessive Widening of the Concept of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, pp. 62 ss.

¹¹ Così l’Avvocato Generale H. Saugmandsgaard Øe, nelle conclusioni del 19 settembre 2018 in causa C-374/17, *A-Brauerei*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI: ECLI:EU:C:2018:741, punto 73.

¹² Cfr. gli artt. 12 e 14 delle preleggi al codice civile italiano o gli articoli 3 e 4 del Codice civile spagnolo.

V. in generale sui criteri interpretativi, C. S. NINO, *Introduzione all’analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 210 ss. e G. ZACCARIA, voce “*Interpretazione della legge*”, in *Annali dell’enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, V, pp. 694 ss.

¹³ E’ noto che il TUE ed il TFUE non contengono una norma specifica relativa all’interpretazione delle disposizioni del diritto primario e di quello derivato. Anche il titolo VII della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, contenente le disposizioni generali relative all’applicazione ed all’interpretazione, definisce criteri ermeneutici strettamente legati alle disposizioni contenute nella Carta e non è dunque suscettibile di interpretazione analogica. V. da ultimo, a proposito dei metodi interpretativi applicabili al Trattato, la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2018, in causa C-621/18, *Wightman*, in Raccolta digitale (Raccolta generale),: ECLI:EU:C:2018:999, punti 44 ss. in cui la Corte utilizza i metodi di interpretazione del testo giuridico classici, evidenziando tuttavia il carattere di autonomia del diritto dell’Unione europea, che evidentemente condiziona l’utilizzo degli stessi.

¹⁴ Il carattere costituzionale dei Trattati è stato affermato in Corte di giustizia del 23 aprile 1986, in c. 294/83, *Les Verts c. Parlamento* in Raccolta, 1986, I, p. 1339, ECLI:EU:C:1986:166, punto 23.

Per un commento al caso, si veda J. JACQUÈ, *Les Verts v The European Parliament*, in L. M. P. P. MADURO – L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited*

dell'ordinamento cui hanno dato vita¹⁵, che vanno individuati i limiti all'interpretazione della Corte. Tali limiti divengono in particolare rilevanti se si considerano le possibili reazioni delle Corti costituzionali nazionali in caso di un loro superamento, ossia, come noto, la limitazione all'ingresso della giurisprudenza europea tramite il duplice strumento dei 'controlimiti'¹⁶ e della dottrina dell'*ultra vires*¹⁷.

L'interpretazione data all'art. 107 TFUE deve, dunque, essere condotta avuto particolare riguardo agli art. 4, 5, 13 par. 2 e 19 par. 1 TUE¹⁸. Da tali disposizioni emerge che il compito affidato alla Corte è quello di bilanciare, da un lato, la necessità di dare effettiva attuazione - valorizzando il principio dell' 'effetto utile'¹⁹ - ad una

on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Hart Publishing, Londra, 2010, p. 316; L. DANIELE, *Il Parlamento europeo dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Il Foro italiano*, 1987, IV, pp. 320 ss.

In dottrina, sulla natura costituzionale dei Trattati, si vedano i contributi di R. SCHÜTZE, *Constitutionalism(s)* e di K. TUORI, *European Constitutionalism*, in R. MASTERMAN – R. SCHÜTZE (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 40 e ss, pp. 521 e ss; N. JÄÄSKINEN, *Constitutions in the European Union - Some Questions of Conflict and Convergence*, in *ERA Forum*, 2011, pp. 12 ss.

¹⁵ Cfr. Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, in causa c. 26/62, *Van Gend & Loos*, in Raccolta, edizione italiana, 1963, 3, ECLI: ECLI:EU:C:1963:1; sentenza *Wightman* cit.; Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2018, in causa C-284/16, *Slowakische Republik c. Achmea BV*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:158; Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/13, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2014:2454.

Si veda, per tutti in dottrina, K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, IV, pp. 617 ss.

¹⁶ La nota espressione fu utilizzata per la prima volta da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, p. 2416. Si veda, inoltre, U. VILLANI, *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, II, pp. 1297 ss., e in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta*, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 493 ss.

¹⁷ La dottrina ha origine nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e segnatamente nella sentenza *Honeywell*, che ha affermato la competenza delle Corti costituzionali nazionali ad accertare l'effettivo rispetto da parte dell'Unione del principio di attribuzione. Di recente, il tema è tornato al centro del dibattito accademico in seguito alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, relativa alla legittimità del provvedimento della Banca Centrale Europea, confermato nella sentenza *Weiss* della Corte di giustizia.

Si veda, per un commento al caso, R. ADAM, *Il controlimite dell'ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2020, I, pp. 9 ss.

¹⁸ Rispettivamente relativi ai principi di attribuzione, di rispetto per l'identità nazionale e di leale cooperazione. Si veda, sulla rilevanza di tali principi per l'interpretazione dei Trattati, K. LENAERTS, – J. A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *EUI Working papers series AEL 2013/9*, accessibile su <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/28339>.

¹⁹ Si veda, in tal senso, il collegamento individuato tra effetto utile, interpretazione delle disposizioni del diritto primario ed effettiva tutela giurisdizionale degli individui da J. MERTENS DE WILMARS,

disposizione divenuta centrale nello sviluppo del mercato interno, e, dall'altro, di rispettare il principio di attribuzione, l'equilibrio istituzionale, il principio di leale collaborazione e di sussidiarietà²⁰, senza che l'attività ermeneutica si traduca in una surrettizia modifica dei Trattati²¹.

Tali principi hanno importanza centrale in tre momenti dell'analisi dell'art. 107 TFUE. In primo luogo, solo alla luce del menzionato bilanciamento tra 'effetto utile' della disposizione e altri principi costituzionali dell'Unione è possibile comprendere a pieno l'evoluzione giurisprudenziale che ha interessato la selettività; in secondo luogo, è alla luce di questi (e non dei principi di interpretazione classici) che può essere espresso un giudizio critico sull'interpretazione della nozione di aiuto data dalla giurisprudenza della Corte; infine, la considerazione di tali principi è essenziale alla formulazione di qualsiasi proposta alternativa all'attuale applicazione dell'art. 107 TFUE.

1.1.2 La *ratio* originaria del controllo sugli aiuti di Stato... e la sua pratica applicazione

La collocazione della disciplina sul controllo degli aiuti di Stato nel capo dedicato alla concorrenza accanto alla normativa antitrust, il riferimento alla distorsione della concorrenza di cui al primo par. della disposizione ed il ruolo preponderante del DG COMP nell'applicazione dell'istituto testimoniano l'originaria complementarità dell'art. 107 agli artt. 101 e 102 TFUE.

Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes, in *Cahiers de droit européen*, 1986, pp. 5 ss.

²⁰ Si veda inoltre, per una riflessione sul ruolo dell'identità nazionale nell'ordinamento UE, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Bologna, 2017 e ID, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE*, in *Federalismi*, 2 febbraio 2019.

²¹ K. LENAERTS, – J. A. GUTIERREZ-FONS, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, cit.

Tuttavia, nonostante la manualistica prevalente continui a classificare l'istituto in parola come «strumento volto a tutelare la concorrenza dalle ingerenze statali»²², l'analisi delle pronunce della Corte e degli atti della Commissione mostra uno scenario ben più articolato e complesso, in cui la concorrenza è solo uno – e spesso non il principale - degli obiettivi che informano l'applicazione dell'istituto²³.

Dopo una prima fase di cauta e restrittiva applicazione della disciplina²⁴, l'interpretazione dell'art. 107 TFUE si è, infatti, arricchita di molteplici finalità ed obiettivi, che ne hanno reso la qualificazione meno lineare. Ciò è avvenuto sia tramite la copiosa produzione di atti di *soft law* da parte della Commissione²⁵ sia - ed è ciò che qui più interessa - tramite l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato da parte della Corte. Quest'ultima, infatti, pur riaffermando la tradizionale formula relativa alla “natura oggettiva della nozione”²⁶ ha in realtà interpretato il proprio ruolo sempre più come Corte costituzionale dell'Unione che come giudice amministrativo chiamato a vagliare la legittimità delle decisioni della Commissione²⁷.

²² Cfr., R. ADAM - A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 643 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, CEDAM, Milano, 2014, pp. 569 ss. e G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Milano, 2012, pp. 779 ss.; D. CHALMERS – G. DAVIES – G. MONTI, *European Union Law: texts and materials*, cit., p. 1052 ss. R. SCHÜTZE, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, capitolo 17b disponibile online.

²³ A. BIONDI, *State aid, Government spending and the virtue of loyalty*, in P. BIRKINSHAW- A. BIONDI (a cura di), *Britain Alone!: The implications and consequences of United Kingdom exit*, Kluwer international Law, Alphen aan den Rijn, 2016, capitolo 15; F. DE CECCO, *The Many meanings of 'Competition' in EC State aid law*, cit.; ID., *Member State interests in Eu State aid Law and Policy*, in M. VARJU (a cura di), *Between Compliance and particularism – Member States interests in European Union Law*, Springer, Berlino, 2019, pp. 129 ss.

²⁴ Si veda, come esempio, la sentenza del 23 febbraio 1961, in causa c. 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta autorità*, in Raccolta, edizione italiana 1961, p. 1, ECLI: ECLI:EU:C:1961:2. Per un commento, si rimanda a J.J.P. LÓPEZ, *The Concept of State aid under EU law*, cit., capitolo 3.

²⁵ V. O. A. STEFAN, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union: An Introduction*, Kluwer international law, Alphen aan den Rijn, 2012; M. BLAUBERGER, *From negative to positive integration? European State aid control through soft and hard law*, in *MPIfG Discussion Paper, 2008/04-*

²⁶ Si veda, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C-487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, in Raccolta, 2008, I, p. 10515, ECLI:EU:C:2008:757 punti 111 e giurisprudenza ivi cit.

²⁷ Si veda, sul punto, B. VESTERDORF, *A constitutional court for the EU?*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol 4, IV, 2006, pp. 617 ss. e G. MARTINICO, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene editore, Napoli, 2008.

La pratica applicazione dell'art. 107 TFUE sfugge, dunque, al tentativo della dottrina di ridurre ad unità la complessa natura dell'istituto e paiono destinate a rimanere – almeno per ora - inascoltati gli appelli rivolti alla Corte ad una maggior coerenza applicativa, radicata attorno ad un obiettivo chiaro ed univoco²⁸. In particolare, tre sono le principali interpretazioni proposte: parte della dottrina sostiene che la tutela della concorrenza dovrebbe tornare ad essere l'obiettivo centrale dell'applicazione dell'istituto ed a ciò dovrebbe accompagnarsi una lettura “più economica” dello stesso²⁹; altri enfatizzano la complementarità dell'art. 107 TFUE con la disciplina delle libertà economiche fondamentali, ravvisando l'elemento comune nell'integrazione negativa tra ordinamenti³⁰; altri ancora hanno individuato la *ratio* dell'istituto nella “denazionalizzazione” delle scelte regolamentari e finanziarie degli Stati membri, così da orientare attività e risorse pubbliche verso comuni obiettivi europei³¹.

Pur riconoscendo il valore dei tentativi di sistematizzazione dell'istituto, pare a chi scrive più corretto rinunciare ad una rigida prospettiva unitaria, riconoscendo il carattere necessariamente “resiliente” dell'istituto³², che, per i connotati stessi

²⁸ Si veda, *ex multis*, D. HILDEBRAND - A. SSCHWEINSBERG, *Refined economic approach in State aid control – will it gain momentum?*, in *World Competition*, 2007, vol. 30, III, pp. 449 ss.

²⁹ P. CROCIONI, *Can State aid become more economically friendly?*, in *World Competition*, 2006, vol. 29, I, pp. 89 ss.; H. FRIEDERISZICK - V. VERouden, *European State Aid Control: an Economic Framework*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust economics*, Boston university press, Boston, 2007, pp. 625 ss.

³⁰ A. BIONDI- P. EECKHOUT, *State Aids and barriers to trade*, in A. BIONDI - P. EECKHOUT - J. FLYNN (a cura di), *The Law of State aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004; ID., *The Rationale of State Aid Control: a Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of European Union Law*, 2010, vol. 12, pp. 35 ss.; J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest*, in *EC state aid law: Liber amicorum Francisco Santolalla*, Kluwer International Law, Alphen aan den Rijn, 2013;

ID. – B. SMULDERS, *The limited role of the “refined economic approach”*, in *achieving the objectives of state aid control: time for some realism*, in *EC State aid law: Liber amicorum Francisco Santolalla*, Kluwer International Law, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 90 ss.

³¹ F. DE CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, cit., pp. 57 ss.

³² Si veda sul punto A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, cit., pp. 70 ss. E' sufficiente, a tal fine, considerare il ruolo che il controllo sugli aiuti di Stato gioca nella gestione delle crisi bancarie, settore in cui vengono in esame stabilità finanziaria europea, tutela della concorrenza e dei contribuenti; o ancora, nell'ambito energetico e di tutela dell'ambiente, ambito in cui l'obiettivo preponderante del controllo sull'intervento statale è quello di coniugare lo sviluppo delle tecnologie ecologicamente sostenibili, la tutela della concorrenza e la predisposizione di un sistema autonomo di approvvigionamento energetico per i paesi europei.

dell'ordinamento europeo, non può non essere in qualche misura condizionato dalle diverse finalità e sfide contingenti dell'Unione. Piuttosto che invocare l'adozione di un unico obiettivo come parametro interpretativo cui l'istituto dovrebbe tendere, pare più corretto riconoscere alla Corte di giustizia la possibilità di bilanciare l'effettiva attuazione dei diversi obiettivi previsti nei Trattati, primo tra tutti il mercato interno, con l'autonomia regolamentare nazionale, secondo le regole ermeneutiche cui sopra si è fatto cenno.

1.1.3 La 'selettività' come "germe" dell'aiuto di Stato

Un'ultima riflessione preliminare riguarda il rapporto esistente tra selettività della misura e le altre componenti della nozione di aiuto di Stato. Va registrato uno scarto tra la formulazione del citato art. 107(1) TFUE e la pratica applicazione dell'istituto. Se, infatti, l'astratta previsione legislativa individua una pluralità di condizioni cumulative che devono essere accertate perché la misura possa essere qualificata come aiuto di Stato³³, la giurisprudenza della Corte di giustizia, di fatto, concentra la propria attenzione sul solo requisito della selettività nelle 'misure statali di natura regolamentare e provvedimento direttamente incidenti sulla struttura dei costi delle imprese'³⁴, tralasciando frequentemente una specifica analisi delle altre condizioni³⁵.

Tale fenomeno trova una delle più chiare affermazioni nelle conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola nel caso *Maribel bis e ter*, in cui questi affermò

³³ Si rinvia, per una disamina complessiva delle stesse alla *Comunicazione della Commissione europea sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'art. 107, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea*, C/2016/2946, in GU C 262 del 19 luglio 2016, pp. 1 ss., in particolare punto 5 sul carattere cumulativo di tali elementi.

³⁴ Si intende indicare, con tale categoria, l'insieme di misure con cui lo Stato, tramite strumenti *lato sensu* pubblicistici, è in grado di incidere sul mercato, elargendo o richiedendo vantaggi economici. Rientrano in tale categoria le modifiche alla normativa fiscale e previdenziale, la gestione delle infrastrutture pubbliche la cui fruizione è subordinata al pagamento di una tariffa (e.g. autostrade o aeroporti), l'irrogazione delle sanzioni, ecc. Tali casi vanno contrapposti alle ipotesi in cui lo Stato interviene sul mercato con gli strumenti previsti dal diritto comune, in cui, come noto, il test è quello dell'"operatore privato in economia di mercato". Si veda, sul punto, la *Comunicazione della Commissione europea sulla nozione di aiuto di Stato* cit., punti 73 ss. e giurisprudenza *ivi* cit.

³⁵ Evidenzia tale profilo, di recente, l'Avvocato generale Pikamäe nelle conclusioni del 16 dicembre 2021, in causa C-898/19 P, *Irlanda c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:1029, punti 49 ss.

che «è sempre dal germe della selettività della misura che deriva l'aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune»³⁶. Tale profilo diviene oggi ancora più rilevante se si considera il graduale processo di “astrazione” che ha interessato l'analisi giuridica della categoria³⁷ (*infra* sez. 1.2 del capitolo 2).

Sul piano processuale, a ciò si accompagna la riduzione degli oneri probatori in capo alla Commissione, come rilevato dall'Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe nella causa *A-Brauerei*: «il requisito della selettività è determinante ai fini della qualificazione come ‘aiuto di Stato’ in materia tributaria, dal momento che una misura fiscale operante una differenziazione tra operatori economici soddisfa, per regola generale, le altre condizioni richieste per tale qualificazione»³⁸.

³⁶ Si vedano le conclusioni dell'AG La pergola del 12 novembre 1998, in causa C-75/97, *Belgio c. Commissione (Maribel bis e ter)*, in Raccolta, 1999, I, p. 3671, ECLI: ECLI:EU:C:1998:534, punto 6.

³⁷ Rinviando alla successiva sezione 1.3 del presente capitolo per una riflessione più approfondita sul punto, è interessante fin d'ora registrare come l'analisi compiuta da Commissione e Corte abbia in gran parte perso l'originaria caratterizzazione empirica, che permetteva di ricollegare determinati vantaggi elargiti dallo Stato tramite una o più misure a destinatari ben identificati; piuttosto, la selettività sempre di più viene valutata in relazione al comportamento statale astrattamente considerato, a prescindere dagli effetti prodotti dalla misura sull'attività degli operatori. Da un lato, dunque, misure dirette ad una sola impresa o con destinatari ben identificabili *ex ante* non sono state considerate selettive in assenza di espressa dimostrazione del carattere discriminatorio della scelta statale (cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:354; sentenza della Corte di giustizia *Eventech*, cit; Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-15/14 P, *Commissione c. MOL*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:362; Sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, in causa C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2017:1002); dall'altro, misure di vantaggio aperte a tutti gli operatori e che prescindevano dall'attività svolta sono state considerate selettive perché la Corte ha individuato una incoerenza tra formali obiettivi della misura ed effettiva attuazione della stessa (cfr. per tutti la già citata sentenza *World Duty Free*).

³⁸ Si vedano le conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Øe del 19 settembre 2018, in causa C-374/17, *A-brauerei*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:74, punti 47-60.

Tale fenomeno di graduale riduzione dei requisiti della nozione di aiuto di Stato ha avuto inizio nella causa *Banco Exterior de España* (Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1994, in causa C-387/92, *Banco Exterior de España*, in Raccolta, 1994, I, p. 877, ECLI:EU:C:1994:100, punto 14), in cui la Corte affermò come «un provvedimento mediante il quale le pubbliche autorità accordino a determinate imprese un'esenzione fiscale che, pur non implicando un trasferimento di risorse da parte dello Stato, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole di quella di altri soggetti tributari passivi costituisce un aiuto ai sensi dell'art. 92, n.1 [107 par.1] del Trattato».

La Corte stabilì, quindi, un'evidente deroga al classico metro di analisi ex art. 107 TFUE in materia fiscale, ricollegando alla dimostrazione del carattere selettivo del vantaggio l'automatico coinvolgimento di «risorse pubbliche».

Si veda, sul caso V. SOTTILI, *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'articolo 90, n° 2, del Trattato CE alla disciplina degli aiuti statali*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, p. 943.

Quanto fin qui esaminato dimostra, dunque, la centralità della selettività e della relativa interpretazione, che, da un lato, informa sempre di più la valutazione del comportamento statale quando agisce in veste di regolatore o tramite strumenti di diritto pubblico e, dall'altro, assorbe le altre componenti della nozione di aiuto di Stato. Comprendere l'evoluzione della selettività diviene, dunque, essenziale non solo per quanto riguarda l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato ma, più in generale, in relazione allo stesso modello di regolazione pubblica del mercato europeo.

1.2 1969 – 1992: Il controllo sugli aiuti di Stato nella costruzione del mercato interno

Il periodo compreso tra gli anni 1969 e 1992, in cui si collocano le pronunce fondative della ‘selettività’, rappresenta una fase storica densa di eventi per l’allora Comunità economica europea, impegnata nella transizione dalla fase cd. “eroica”³⁹ al punto di svolta rappresentato dal Trattato di Maastricht⁴⁰. Sotto il profilo giurisdizionale e *lato sensu* politico, è certamente la costruzione del mercato unico l’obiettivo che orienta l’attività delle Istituzioni, obiettivo perseguito inizialmente tramite forme di integrazione negativa, a cui si accompagnano, a partire dall’*Atto Unico Europeo*⁴¹, più incisivi interventi di armonizzazione⁴².

L’attività giurisdizionale della Corte di giustizia in materia di antitrust, aiuti di Stato e libertà fondamentali presenta notevoli somiglianze, che ne evidenziano la comune matrice ideologica: in primo luogo, l’interpretazione delle disposizioni del Trattato è influenzata dal perseguimento degli obiettivi politici dell’Unione piuttosto che da stringenti parametri tecnico-economici⁴³; in secondo luogo, sul piano applicativo, la Corte offre interpretazioni coraggiose, rivolte al futuro e capaci di agevolare l’opera delle Istituzioni, nell’ottica di una più efficace realizzazione degli

³⁹ Si veda sul punto, G. TSEBELIS – G. GARRETT, *The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union*, in *International Organization* (55), 2001, 2, pp. 357-390.

⁴⁰ Senza poter qui esaminare in dettaglio gli eventi che hanno scandito il processo di integrazione europea in tale periodo, si rinvia a J. H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, 8, pp. 2405 ss. e L. RAPONE, *Storia dell’integrazione europea*, Carocci, Roma, 2015, capitolo 3.

⁴¹ *Atto Unico europeo*, Gu. Ce. n. L. 169, 29.06.1987, pp. 1 ss. Si veda, per un approfondimento, C. D. EHLERMANN, *The internal market following the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 1987, II, pp. 361-409.

⁴² Sulla distinzione tra integrazione negativa e positiva si veda J. DELORS, *Dall’integrazione politica all’unione politica dell’Europa. Lezioni del passato, prospettive del futuro*, in *Stato e Mercato*, 1998, I, 12 e F. W. SCHARPF, *Integrazione negativa ed integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998, I, pp. 21 ss.; Per una prospettiva critica, G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

⁴³ Si veda D. J. GERBER, *The transformation of Europe through competition law*, in *Harvard International Law Journal* (35), 1994, pp. 100 ss. Come si vedrà nel seguito (*infra* 3.1 del presente capitolo), tale profilo unificante è oggi venuto meno in materia di antitrust, in cui appare preponderante l’attenzione di Commissione e Corte per le implicazioni economiche dei comportamenti oggetto di scrutinio.

obiettivi indicati nei Trattati⁴⁴. E' sufficiente richiamare casi come *Consten e Grundig*⁴⁵, *United Brands*⁴⁶ e *Dassonville*⁴⁷ per citare i più noti.

Tali caratteri sono evidenti anche nella giurisprudenza in materia di aiuti di Stato, la cui nota "porosità" alle necessità politiche contingenti⁴⁸ emerge dai casi nel seguito esaminati. Se, come detto, ai fini della presente trattazione, l'intervallo temporale è stato scelto adottando come parametro la giurisprudenza sugli aiuti di Stato e non il più generale sviluppo di integrazione economica e giuridica dell'Unione, non può essere trascurata l'influenza di quest'ultimo sulla stessa interpretazione dell'art. 107(1) TFUE. Non è, in altre parole, casuale che le statuizioni della Corte qui esaminate si collochino all'indomani del completamento dell'*Unione doganale*⁴⁹ e che la prima consapevole riflessione in tema di selettività avvenga nel clima politico e culturale contemporaneo alla conclusione del Trattato di Maastricht (*infra* sez. 3.4 del presente capitolo).

Sul piano applicativo, Commissione e Corte concordano sull'interpretazione dell'istituto come strumento anti-protezionistico ed il metro d'analisi è la manifesta incompatibilità della misura con gli obiettivi codificati nei Trattati; è, al contrario, assente la volontà di definire analiticamente gli elementi costitutivi della nozione di 'aiuto'⁵⁰. Ciò determina un intenso dialogo tra le due Istituzioni e tra queste e gli Stati

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, in cause riunite c. 56 e 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. e Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commissione*, in Raccolta, 1966, p. 458, ECLI:EU:C:1966:41.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, in causa c. 27/76, *United Brands Company e United Brands Continentaal BV c. Commissione*, in Raccolta, 1978, p. 207, ECLI:EU:C:1978:22.

⁴⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 11 luglio 1974, in causa c. 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît e Gustave Dassonville*, in Raccolta, 1974, p. 837, ECLI:EU:C:1974:82.

⁴⁸ Si veda J. J. P. LÓPEZ, *The concept of aid under eu law: from internal market to competition and beyond*, cit., parte I, p. 4 «[D]uring this period State aid were often discussed in political rather than legal settings (...) The Commission was therefore committed to advocate the advantages of Community action, yet it would not confront Member States directly»; M. BLAUBERGER, *Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law*, in *West European Politics*, 2009, vol. 32, pp. 719 ss.

⁴⁹ La necessità di rendere effettiva l'Unione doganale è peraltro esplicita dalle Conclusioni dell'Avvocato generale Roemer del 29 ottobre 1969, in cause C-6 e 11/69, *Francia c. Commissione*, in Raccolta, 1969, 546, ECLI:EU:C:1969:51, esaminato alla sez. 2.2 del presente capitolo.

⁵⁰ L'esiguità dei precedenti in materia di aiuti di Stato, in tale fase, rende la Corte di giustizia più libera di interpretare l'art. 107(1) TFUE senza essere vincolata dalla propria giurisprudenza ed al contempo le

membri⁵¹, chiamati gradualmente ad abbandonare la prospettiva strettamente nazionale nella regolazione pubblica dell'economia ed includere la considerazione di interessi derivanti dall'appartenenza ad una più ampia Comunità⁵².

I paragrafi che seguono intendono, dunque, evidenziare la complementarità «ideologica» tra aiuti di Stato, antitrust e libertà di circolazione in questa fase storica,⁵³ profilo a proposito del quale la dottrina ha parlato di “ortodossia”⁵⁴. L'incompatibilità con i Trattati delle misure nazionali considerate deriva infatti dal loro carattere protezionistico, che le rende, oltre che distorsive, in contrasto con i doveri di solidarietà reciproca derivanti dall'appartenenza alla Comunità⁵⁵.

1.2.1 Il contrasto al protezionismo tramite il controllo sugli aiuti di Stato

Il termine “protezionismo” non trova espressa menzione nei Trattati europei, eppure, il contrasto alla pervicace tendenza degli Stati membri a preferire ed avvantaggiare le

impone di motivare sulle nuove questioni proposte senza potersi limitare al richiamo testuale della propria giurisprudenza, a differenza di quanto avviene oggi.

Si veda, sullo stile di citazione della Corte, K. MCAULIFFE, *Precedent at the Court of Justice of the European Union: the linguistic aspect*, in *Current Legal issues*, 2013, 15, pp. 483 ss.

⁵¹ Si veda, sul punto, J. J. P. LÓPEZ, *The concept of aid under eu law: from internal market to competition and beyond*, cit., capitolo 3, p. 5, in cui l'autore evidenzia che, come corollario della natura politica delle decisioni, la maggior parte delle stesse risultassero in realtà tramite accordi e compromessi tra Commissione e Stati membri. Ciò è comprovato, da un punto di vista procedurale, dal fatto che i casi di seguito esaminati originarono da inadempimenti degli Stati membri agli accordi presi con la Commissione e risultarono in procedure di infrazione piuttosto che da impugnazioni di decisioni della Commissione ex art. 108 e 109 TFUE.

⁵² Si veda, sulla funzione dei sussidi pubblici anteriormente ai vincoli imposti dai Trattati, M. LIBERTINI, *Concorrenza fra imprese e concorrenza fra Stati*, in atti del XXVIII Convegno di studio su Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati, Courmayeur, 19-20 settembre 2014.

Si veda invece, a proposito dell'obbligo implicito per gli Stati di «pensare in maniera federale», K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: perspectives from the European Court of justice*, in *Fordham international law journal* (33), 2011, 5, pp. 1338 ss.

⁵³ Si veda A. BIONDI- P. EEECKOUT, *State Aids and barriers to trade*, cit.

Si vedano, inoltre, le conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti del 15 settembre 1982 al caso *Commissione c. Irlanda*, in causa, in Raccolta, 1982, 4031, ECLI:EU:C:1982:293, in cui questi propone alla Corte di qualificare la campagna governativa di incentivo all'acquisto di prodotti irlandesi come aiuto di Stato piuttosto che come restrizione ad effetto equivalente, fungibilità tra istituti che trova ragione, nell'ottica dell'AG, nel fatto che entrambe perseguono il medesimo fine.

⁵⁴ Cfr. A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: a Return to Orthodoxy*, cit.

⁵⁵ V. sul punto, sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 1/69, *Commissione c. Francia*, in Raccolta, 1969, p. 523, ECLI:EU:C:1969:68, punti 16-17.

imprese nazionali a discapito di quelle straniere rappresenta indubbiamente, fin dalle origini, uno degli obiettivi principali dell'intera normativa primaria e derivata dell'Unione⁵⁶. Lo stesso concetto di mercato interno, basato su un modello di 'economia sociale di mercato fortemente competitiva', di cui all'attuale art. 3(3) TUE⁵⁷, presuppone l'incompatibilità con il disegno costituzionale comunitario delle misure nazionali protezionistiche⁵⁸.

La disamina complessiva delle azioni intraprese dell'Unione europea, considerando anche la fase successiva al 1992 ed il presente, evidenzia, tuttavia, una posizione quantomeno ambivalente rispetto al tema in esame: da un lato, le misure statali volte a preservare le imprese domestiche dalla concorrenza di quelle provenienti da altri Stati Membri sono fermamente osteggiate; dall'altro, l'Unione stessa è

⁵⁶ Si veda, in relazione ai Trattati UE, D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Competition Law*, vol. 42, 1994, 25-84, disponibile su: https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1220&context=fac_schol.

In generale, sul concetto di protezionismo, si veda N. DUNNE, *Perspectives on Liberalisation*, in LSE Law, in *Society and Economy Working Papers* 6/2017 e V. B. CLIFT – C. WOLL, *Economic patriotism: reinventing control over open markets*, in *Journal of European Public Policy* (19), 2013, pp. 307-323, accessibile su: <https://doi.org/10.1080/13501763.2011.638117>.

⁵⁷ L'art. 3 riprende l'art. I-3 del Trattato costituzionale nonché gli art. 2 TUE e TCE, rispetto ai quali presenta tuttavia una lista più ampia di obiettivi affidati all'Unione. E' peraltro noto il dibattito sull'incidenza della modifica lessicale della disposizione in merito al termine "concorrenza", che secondo alcuni avrebbe perso l'originaria centralità per divenire solamente un attributo del modello economico perseguito a livello comunitario piuttosto che un fine in quanto tale.

Si veda, sul punto, J. DREXL, *La constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral*, in *Revue internationale de droit économique*, 2011, 4, pp. 419 ss. e M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale di impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 3, pp. 1 ss.

⁵⁸ E' sufficiente qui limitarsi a richiamare le disposizioni specificamente previste a tal fine nei Trattati: artt. 26 ss. TFUE sulle libertà di circolazione ed il riordino dei monopoli, art. 106 ss., sui diritti esclusivi concessi alle imprese pubbliche e gli aiuti di Stato, nonché gli articoli 110-112 in materia di tassazione indiretta discriminatoria.

Si veda, per un approfondimento, H. SCHEPEL – W. SAUTER, *State and Market in European Union Law: The Public and Private spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Oxford University press, Oxford, 2009; F. DE CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, cit., pp. 31 ss., P. PESCATORE, *Public and Private Aspects of European Community competition law*, in *Fordham International Law Journal*, 10, 3, 1986, p. 373.

accusata di praticare forme dirette o indirette di protezionismo ai danni dei soggetti residenti al di fuori dell'Unione⁵⁹.

Il controllo sugli aiuti di Stato si colloca al centro del tema in esame, avuto riguardo, da un lato, alla tradizionale funzione dell'istituto quale strumento di contrasto alla creazione artificiale di "campioni nazionali"⁶⁰ e, dall'altro, alle forti critiche suscitate dalla sua recente applicazione ai *tax ruling* ottenuti dalle imprese multinazionali, considerata una sfida diretta alla "sovranità fiscale" di stati terzi⁶¹ (*infra* capitoli 3 e 4).

Nella fase storica 1969-1992, la locuzione «talune imprese o talune produzioni» è il supporto letterale attraverso cui il tema del protezionismo confluisce all'interno della nozione di 'aiuto', locuzione cui, come anticipato, successivamente corrisponderà la categoria della selettività. Il carattere illecito delle misure regolamentari considerate risiede, infatti, nell'attribuzione di benefici pubblici alle sole "produzioni nazionali"⁶², pratica incompatibile con il perseguimento di una genuina politica economica. Il limite alla potestà legislativa statale è, dunque, fin da

⁵⁹ Si veda, *ex multis*, U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *White paper on the European Commission's recent State aid investigations of transfer pricing rulings*, 2016, disponibile su: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/White-Paper-State-Aid.pdf>. Ancora, oltre all'insofferenza manifestata da alcuni Stati membri nei confronti della normativa sul controllo delle concentrazioni e degli aiuti di Stato (cfr. il manifesto per una politica industriale adatta al ventunesimo secolo presentato congiuntamente da Francia e Germania, disponibile su: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/F/franco-german-manifesto-for-a-european-industrial-policy.pdf?__blob=publicationFile&v=2.) occorre far cenno alle numerose critiche rivolte da Stati terzi alle proposte della Commissione relative all'introduzione di un sistema di screening sugli investimenti esteri diretti e sulle imprese che ricevono sussidi da Stati esteri e poi partecipano ad appalti pubblici o compiono concentrazioni nel mercato interno. Si veda, Il Regolamento 2019/452 del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione e la Proposta di Regolamento del Parlamento e del consiglio del 5 maggio 2021 sui sussidi esteri che creano distorsioni nel mercato interno, COM(2021) 223 final.

⁶⁰ DE CECCO, *The Many meanings of 'Competition' in EC State aid law*, cit.; J. GALLOWAY, *The Pursuit of National Champions: The Intersection of Competition Law and Industrial Policy*, in *European Competition Law Review*, 2007, pp. 127 ss.

⁶¹ *Ex multis*, K. STACEY – R. TOPLENSKY – D. SEVASTOPULO, *Donald Trump attacks EU action against US tech groups*, articolo apparso sul sito del Financial Times il giorno 26 giugno 2019.

⁶² Cfr. sentenza *Commissione c. Francia*, cit., punti 20 e 21; sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, in causa C-173/73, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, 1974, p. 709, ECLI:EU:C:1974:71, punto 44.

subito individuato nell'artificiale creazione di barriere all'instaurazione del mercato unico⁶³.

1.2.2 La categoria degli 'aiuti all'export'

Gli 'aiuti alle esportazioni' costituiscono una categoria ormai consolidata nella giurisprudenza sugli aiuti di Stato⁶⁴, che evidenzia la *ratio* originaria dell'istituto e, più in generale, delle norme a tutela della concorrenza nel momento storico in esame⁶⁵. L'incompatibilità con i Trattati di misure di incentivo all'export è stata da subito affermata dalla Corte, considerata l'idoneità delle stesse ad alterare i rapporti tra operatori economici di Stati diversi ed allo stesso tempo a falsare il processo di integrazione tra mercati nazionali⁶⁶.

⁶³ Tale profilo conferma quanto evidenziato da A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: a Return to Orthodoxy*, cit., circa la complementarietà tra il controllo sugli aiuti di Stato e la disciplina delle libertà di circolazione: il primo, teso a sanzionare le misure pubbliche che elargiscono benefici agli operatori in modo diseguale, falsando il processo di integrazione economica; la seconda, posta a tutela degli operatori stranieri contro misure volte a scoraggiare il loro ingresso in mercati di altri Stati membri.

Si veda, per quanto concerne la materia fiscale, la comparazione di P. J. WATTEL, *Forum: Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters*, in *World tax journal*, 2013, pp. 128 ss.; ID, *Comparing criteria: State aid, Free Movement, Harmful tax competition and Market distorting disparities*, in I. RICHELLE –W. Schön - E. TRAVERSA (a cura di) *State aid and business taxation*, Springer, Berlino, 2016, pp. 59 ss.

⁶⁴ Si veda, in generale sulla categoria, C. QUIGLEY, *European State aid law and policy*, Hart, Oxford, 2009, pp. 58-60 e 192-193.

Si veda, in giurisprudenza, la sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 1988, *Grecia c. Commissione*, c. 57/86, in Raccolta, 1988, p. 2855, EU:C:1988:284 e la sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2004, *Spagna c. Commissione*, in causa C-501/00, in Raccolta, 2004, p. 6717, EU:C:2004:438 e, più di recente, la sentenza *Commissione c. World duty free*, cit. A proposito di tale ultimo arresto, che secondo la dottrina maggioritaria definisce attualmente il test generalmente applicabile alla selettività, è opportuno menzionare anche la diversa lettura della pronuncia, che ne interpreta restrittivamente la portata, limitandola ai soli "aiuti alle esportazioni" piuttosto che a tutte le misure regolamentari. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 9 novembre 2017, in causa C-233/16, *ANGED c. Generalitat de Catalunya*, in Raccolta digitale, ECLI:EU:C:2018:280, punti 85 ss.

⁶⁵ Si veda, sul punto, J. J. P. LÓPEZ, *The concept of aid under eu law: from internal market to competition and beyond*, cit., parte III, pp. 2 ss.

⁶⁶ V. sul tema, J-M. Sun, J. PELKMANS, *Regulatory Competition in the Single Market*, in *Journal of Common Market Studies*, 1995, pp. 67 ss.; S. DEAKIN, *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, pp. 440 ss.;

Si vedano, sul punto, gli articoli a cura di F. COSTAMAGNA, pubblicati in *European Papers*, 2019, n.1, vol. 4 di A. J. MENÉNDEZ, *The False Commodity in the European Game of Legal Chairs: Between the Ideal of Regulatory Competition and the Practice of Capitalism Triumphant* - C. JOERGES, *Sociological*

Il caso *Commissione c. Francia*⁶⁷, paradigmatico per quanto concerne la categoria in esame, trae origine dall'inadempimento dello Stato francese alle condizioni di autorizzazione previste dalla Commissione europea per il mantenimento della disciplina di favore per i soggetti esercenti attività di esportazione verso altri Stati membri della Comunità. In particolare, nel 1968, il governo francese aveva interpellato la Commissione in merito alla possibilità di mantenere un tasso privilegiato di risconto applicato dalla Banca di Francia ai crediti a breve e media scadenza concessi per le esportazioni, beneficio da cui erano esclusi gli operatori attivi unicamente entro i confini nazionali. La Commissione aveva acconsentito al mantenimento del tasso preferenziale, imponendo, tuttavia, che il differenziale massimo tra il tasso ordinario e quello *export* non fosse superiore a 1.5 punti. Lo Stato francese, discostandosi da quanto imposto nella decisione, mantenne un tasso più alto, determinando l'avvio di una procedura d'infrazione da parte della Commissione.

La pronuncia seguita all'impugnazione da parte dello Stato francese assume principalmente rilevanza per le statuizioni contenute ai punti 20 e 21, in cui la Corte rigettò le eccezioni sollevate dallo Stato rispetto alla qualificazione della misura come aiuto di Stato: «[u]n tasso di risconto preferenziale all'esportazione, concesso da uno Stato membro a favore dei soli prodotti nazionali esportati, onde renderli concorrenziali negli Stati membri nei confronti dei corrispondenti prodotti interni costituisce aiuto ai sensi dell'articolo 92 [107 TFUE], articolo di cui la Commissione deve garantire l'osservanza. Né il fatto che il tasso preferenziale litigioso si applica a tutti i prodotti nazionali esportati e solo ad essi, né il fatto che, adottandolo, il governo francese aveva l'intenzione di ravvicinare detto tasso a quelli praticati in altri Stati membri, possono togliere al provvedimento litigioso la caratteristica di un aiuto (...)».

Shortcomings and Normative Deficits of Regulatory Competition, F. COSTAMAGNA, *At the Roots of Regulatory Competition in the EU: Cross-border Movement of Companies as a Way to Exercise a Genuine Economic Activity or just Law Shopping?* e F. MUNARI, *Do Environmental Rules and Standards Affect Firms' Competitive Ability?* e P. Van CLEYENBREUGEL, *Regulating Tax Competition in the Internal Market: Is the European Commission Finally Changing Course?*.

⁶⁷ Corte di giustizia del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione c. Francia*, in Raccolta, 1969, p. 523, ECLI:EU:C:1969:68.

La Corte sancì in termini chiari ed univoci l'incompatibilità con i Trattati di misure siffatte, intuitivamente dannose per concorrenza e mercato unico⁶⁸, senza soffermarsi sulla definizione di cosa costituisse una misura selettiva. Contrariamente all'interpretazione della pronuncia recentemente impostasi⁶⁹ (*infra* sez. 2.2 del capitolo 2), la Corte non intendeva legittimare un'interpretazione della selettività ricollegata in termini generali alla semplice operazione economica posta in essere dal beneficiario del vantaggio⁷⁰.

Il secondo profilo di interesse riguarda la funzione del controllo sugli aiuti di Stato nel momento storico considerato, che la Corte individuò tramite la piena valorizzazione della cornice normativa rappresentata dal Trattato. Le statuizioni del giudice estensore Mertens De Wilmars ricollegano, infatti, il divieto di aiuti all'obbligo di leale collaborazione e solidarietà verso gli altri Stati membri, cui i governi nazionali devono ottemperare come corollario dei vantaggi derivanti dall'appartenenza alla Comunità⁷¹. Ancora, al più ampio disegno costituzionale comunitario, va ricondotta anche l'affermazione relativa all'inidoneità dell'obiettivo di riequilibrare i rapporti tra imprese francesi ed imprese residenti in altri Stati membri al fine di evitare l'applicazione dell'art. 107 TFUE⁷². Se, infatti, la presenza di

⁶⁸ Vanno, del resto, considerate le conseguenze dell'opposta interpretazione, che avrebbe legittimato la possibilità di azioni di sostegno agli operatori nazionali impegnati in attività transfrontaliere tramite forme di incentivi equivalenti a sussidi, piuttosto che tramite genuine politiche economiche di sviluppo dell'intera produzione nazionale.

⁶⁹ Cfr. Sentenza *Commissione c. World duty free*, cit. punti 54 ss., in cui il caso *Commissione c. Francia* viene richiamato a sostegno della interpretazione estensiva della selettività, secondo la quale costituiscono aiuti di Stato anche le misure nazionali che subordinano benefici fiscali alla realizzazione di una specifica operazione economica.

⁷⁰ Ciò pare essere suffragato dalla struttura "in negativo" dell'analisi, che si limita a qualificare la misura come aiuto di Stato in modo assertivo, negando rilevanza tanto all'ambito di applicazione, in effetti molto esteso – tutti i prodotti esportati – quanto alla finalità che ha spinto lo Stato francese ad intervenire a favore degli esportatori.

⁷¹ Sentenza *Commissione c. Francia*, cit., punti 16-17 «La solidarietà, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all'impegno di cui all'articolo 5 del Trattato, trova un corollario, a vantaggio degli Stati, nella procedura di mutua assistenza (...). L'esercizio dei poteri che gli Stati si sono riservati non può quindi giustificare l'adozione unilaterale di misure vietate dal Trattato».

⁷² L'intero ragionamento della Corte, seppure implicitamente, poggia sul presupposto della necessaria tutela del processo di concorrenza tra ordinamenti, realizzato, come detto, tramite il binomio strumenti di integrazione negativa – ravvicinamento delle legislazioni. Solo in tale prospettiva è possibile

condizioni economiche e di mercato disomogenee tra Stati avrebbe ben potuto giustificare un intervento riequilibratore in un'ottica microeconomica di pura "concorrenza sul merito"⁷³, così non è se si considera la più complessa cornice giuridica prevista dal Trattato, per cui l'integrazione tra sistemi economici ed ordinamenti è obiettivo ben superiore agli interessi delle imprese ad una corretta competizione. Il fatto che tra gli Stati membri vi siano condizioni economiche disomogenee è anzi fattore fisiologico, destinato ad essere riequilibrato automaticamente tramite l'efficiente riallocazione dei fattori produttivi.

1.2.3 La nozione di 'aiuto' oltre il principio di attribuzione

Appena cinque anni dopo *Commissione c. Francia*, la Corte di giustizia si pronuncia in uno dei casi tuttora più citati dalla giurisprudenza contemporanea, la nota sentenza *Commissione c. Italia* ("tessile italiano")⁷⁴. Tra i numerosi profili di rilevanza legati alle statuizioni della Corte, occorre soffermarsi sul rapporto tra integrazione negativa tramite art. 107 TFUE e principio di attribuzione⁷⁵.

comprendere perché l'obiettivo di pareggiare i più alti costi di accesso al credito affrontati dalle imprese residenti rispetto a quelle di altri Stati membri sia inidoneo a giustificare misure siffatte.

⁷³ Il termine costituisce una clausola generale utilizzato dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza sull'art. 102 TFUE per indicare l'insieme di comportamenti, non predeterminabili *ex ante*, idonei a costituire un abuso di posizione dominante. La locuzione è qui intesa come sinonimo di tutela della concorrenza tra operatori, senza considerare altri obiettivi che non siano efficienza allocativa, produttiva e dinamica. Cfr. OECD, *What is competition on the merits?*, Policy Brief, giugno 2006.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974, in causa C-173/73, *Commissione c. Italia*, in Raccolta, 1974, p. 709, ECLI:EU:C:1974:71 ("tessile italiano"). Si veda, per un commento al caso, P. ROSSI-MACCANICO, *The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures*, in *EC Tax review*, 2007, 2, pp. 90 ss.

Si veda, tra i recenti richiami della stessa, Tribunale del 13 dicembre 2018, T-165/16, *Ryanair e a. c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:T:2018:952.

⁷⁵ Il tema evidentemente afferisce al più ampio ambito della dimensione "costituzionale" del controllo sugli aiuti di Stato, legata alla capacità dell'istituto di ridefinire la stessa ripartizione di competenze tra Stati membri ed Unione.

Si veda, in generale, sul ruolo della Corte di giustizia nell'interpretazione del principio di attribuzione, C. TIMMERMANS, *ECJ doctrines on Competences*, in L. AZOULAI (a cura di), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 155 ss.; Occorre, inoltre, richiamare la definizione di «inquadramento» (*framing* o *encadrement* nel testo originale) coniata da K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: perspective from the European Court of Justice*, cit.; infine, sul punto, va richiamato anche il contributo di S. WEATHERILL, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in *Legal issues of the*

Il caso scaturì da un disegno di legge volto alla riorganizzazione e riconversione dell'industria tessile italiana, notificato alla Commissione europea dalle autorità italiane nel 1969, in forma incompleta, e successivamente attuato in legge con l'inserimento di una disposizione aggiuntiva, contenente uno sgravio contributivo parziale a favore delle sole imprese tessili dagli oneri sociali relativi agli assegni familiari⁷⁶. Tale beneficio fu concretamente applicato solo a partire dal 1973, anno in cui la Commissione emise la propria decisione negativa, oggetto di impugnazione da parte dello Stato italiano sia sotto il profilo dell'eccesso di potere, per invasione di un settore di competenza nazionale, sia per violazione di legge, derivante dall'erronea interpretazione dell'art. 107(1) TFUE.

La Corte, nel rigettare la censura relativa ad eccesso di potere ed incompetenza, affermò che «l'art. 92 [107 TFUE] non distingue gli interventi di cui trattasi a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti. Di conseguenza, né il carattere fiscale, né il fine sociale del provvedimento in questione sarebbero comunque sufficienti a sottrarlo all'applicazione dell'art. 92»⁷⁷.

Maastricht Treaty, D. O'KEEFE – P. M. TWOMEY (a cura di), Chancery Lane Publishing, Londra, 1994, pp. 13–33.

Quanto alla politica di concorrenza, si veda P. I. COLOMO, *The EU's Exclusive Competence in Competition Law*, in S. GARBEN – I. GOVAERE (a cura di), *The division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future*, Bloomsbury, Londra, 2017, pp. 112 ss.; DE CECCO, *State aid and the European Economic constitution*, cit., pp. 45; G. MONTI, *Legislative and Executive Competences in Competition Law*, in *The Question of Competence*, cit., 101 ss. e M ROSS, *State Aids: Maturing into a Constitutional Problem*, in *Yearbook of European Law*, 1995 (23), pp. 79 ss.

⁷⁶ Legge del 1 dicembre 1971, n. 1101, *Ristrutturazione, riorganizzazione e conversione dell'industria e dell'artigianato tessili*, in G.U. serie generale n. 324 del 23 dicembre 1971.

⁷⁷ *Commissione c. Italia*, cit. punti 27-28. La Corte sviluppa quanto era già stato implicitamente affermato in *Commissione c. Francia*, cit. nel passaggio più sopra riportato ai punti 16-17.

Tale statuizione viene tradizionalmente associata al carattere “oggettivo” della nozione di aiuto di Stato, ossia un connotato della stessa che tutela la concreta efficacia dell'istituto dai tentativi degli Stati membri di giustificare il mantenimento di normative potenzialmente distorsive sulla sola base della legittimità dell'obiettivo perseguito. Cfr. *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C-487/06 P, *British aggregates c. Commissione*, in Raccolta, I, p. 10515, ECLI:EU:C:2007:757.

Si noti, inoltre, la somiglianza con le statuizioni usate dalla Corte nella sentenza *Casagrande* del giorno successivo, nella stessa composizione: «[b]enché, a norma del trattato, il settore dell'istruzione e della preparazione professionale non rientri, di per sé stesso, nella competenza delle istituzioni comunitarie, ciò non significa che l'esercizio dei poteri conferiti alla Comunità debba essere, in qualche modo, limitato quando possa aver ripercussioni sui provvedimenti adottati nel settore in questione. (...)»

E' interessante comparare tali statuizioni con quanto più recentemente affermato in relazione alla competenza della Commissione a scrutinare la legittimità dei *tax ruling*: «Per giurisprudenza costante, anche se la materia delle imposte dirette rientra, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono però esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione (...). Pertanto, essi devono astenersi dall'adottare, in tale contesto, qualsiasi misura che possa costituire un aiuto di Stato incompatibile con il mercato interno. Certamente, data l'assenza di regolamentazione dell'Unione in materia, rientra nella competenza degli Stati membri determinare i criteri d'imposizione e la ripartizione della pressione fiscale sui diversi fattori di produzione e settori economici. Tuttavia, ciò non implica che qualunque misura fiscale che incida, in particolare, sulla base imponibile presa in considerazione dalle autorità fiscali non sia soggetta all'applicazione dell'articolo 107 TFUE (...)»⁷⁸.

Si passa da una secca negazione della rilevanza del principio di attribuzione in materia di aiuti di Stato, implicitamente fondata sulla natura di competenza esclusiva della politica di concorrenza⁷⁹, ad affermazioni più caute, che ricalcano la distinzione tra titolarità della competenza ed esercizio della stessa, propria della giurisprudenza in materia di mercato interno⁸⁰. Inoltre, la più recente sentenza menziona espressamente

Sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1974, c. 9/74, *Donato Casagrande c. Landeshauptstadt München*, in Raccolta, 1974, p. 773, ECLI:EU:C:1974:74, punto 6.

Per un commento sulle sentenze, nel senso di una interpretazione del principio di attribuzione che non si ponga in contrasto con il principio dell'effetto utile delle disposizioni del Trattato, si veda L. AZOULAI, *The 'retained powers' formula in the case law of the European Court of justice: EU Law as total law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, II, pp. 192 ss.

⁷⁸ Sentenza del Tribunale del 14 febbraio 2019, in cause riunite T-131/16 e T-263/16, *Belgio c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:91, punti 62 ss.

⁷⁹ Si veda, sulla apparente immunità di alcune disposizioni dei Trattati ed i limiti derivanti dal principio di attribuzione, S. WEATHERILL, *Competence creep and competence control*, in *Yearbook of European Law*, 2004, 23, p. 1 ss.; K. LENAERTS, *Federalism and the rule of law*, cit., p. 1340 «Yet, no one would dispute that once there is a cross-border element or link that triggers the application of the substantive law of the EU, no area of national law - not even areas traditionally reserved to the Member States - remains a safe haven». Si veda, di recente, B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des États membres, existent-elles?*, in *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 301 ss.

⁸⁰ Si veda, *ex multis*, J. TUDOR, *Intellectual Property, the Free Movement of Goods and Trade Restraint in the European Union*, in *The Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 2012 (6), 1, pp. 46 ss.

i «criteri di imposizione e ripartizione della pressione fiscale» quali ambiti tendenzialmente esclusi dallo scrutinio UE, in contrapposizione alla «base imponibile», la cui erronea determinazione potrebbe invece determinare l'incompatibilità della normativa interna con l'art. 107 TFUE.

Rinviando al capitolo 4 l'analisi più approfondita del rapporto tra il controllo sugli aiuti di Stato e la competenza fiscale degli Stati membri, interessa fin d'ora evidenziare il netto cambio di prospettiva. Da uno scrutinio "estrinseco", che nega rilevanza alle competenze nazionali di fronte al controllo sugli aiuti di Stato, si è affermata una valutazione "intrinseca", che guarda alla soluzione concretamente adottata dallo Stato, rifiutando catalogazioni aprioristiche. Il vaglio sul rispetto della competenza fiscale nazionale, quindi, non precede l'applicazione dell'art. 107 TFUE ma è contestuale all'interpretazione della nozione di 'aiuto'⁸¹, come evidenziato dalle recenti sentenze sulle imposte sul fatturato introdotte da Ungheria e Polonia⁸² (*infra* sez. 3.4 del capitolo 3). In tali casi, infatti, tramite l'analisi della selettività, la Corte ha in realtà affermato la competenza dello Stato membro di modulare liberamente le aliquote dei propri tributi, ritenendola materia tendenzialmente esclusa dal controllo sugli aiuti di Stato⁸³.

⁸¹ Sul punto, si veda A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in AA. VV. (a cura di) *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union. Le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 126 e ss, che evidenzia come in materia di aiuti di Stato fiscali, la questione del rispetto del principio di attribuzione venga inglobata nella definizione di aiuto di Stato.

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa C-596/19P, *Commissione c. Ungheria*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:202, pt. 40-42 e Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa 562/19 P, *Commissione c. Polonia*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:201, pt. 46-48.

⁸³ *Commissione c. Ungheria*, cit., pt. 44 «Al di fuori dei settori in cui il diritto tributario dell'Unione è oggetto di armonizzazione, la determinazione delle caratteristiche costitutive di ogni imposta rientra nel potere discrezionale degli Stati membri, nel rispetto della loro autonomia fiscale, dovendo tale potere, in ogni caso, essere esercitato nel rispetto del diritto dell'Unione. Ciò vale, in particolare, per la scelta dell'aliquota dell'imposta, che può essere proporzionale o progressiva, ma anche per la determinazione della sua base imponibile e del suo fatto generatore».

1.2.4 Le normative nazionali all'interno della nozione di 'aiuto'

Il “caso del tessile italiano” è rilevante anche per un secondo profilo, legato al primo tentativo della Corte di sussumere un atto normativo, avente natura generale ed astratta, all'interno del par. 1 dell'art. 107 TFUE⁸⁴.

Si tratta di un esercizio logico complesso, le cui difficoltà tecniche e concettuali sono tutt'ora alla base dell'ambigua giurisprudenza in materia di 'aiuti fiscali'. Da un lato, la lettera della disposizione guarda a forme di contribuzione “positive”, realizzate tramite trasferimenti diretti di risorse pubbliche (sussidi) a soggetti ben determinati. La normativa previdenziale (ma lo stesso, come si vedrà, riguarda quella fiscale), invece, è strutturata in maniera tale da imporre obblighi generalizzati, sicché occorre condurre un'analisi “in negativo” sui soggetti irragionevolmente esentati dal beneficio. Si rende, cioè, necessario isolare la componente di 'vantaggio selettivo' all'interno della cornice normativa costituente il termine di paragone “normale”⁸⁵.

Il secondo profilo di complessità, questa volta di carattere non tecnico ma costituzionale, discende dalla necessità di giustificare la compressione del potere regolamentare statale in un ambito in cui la dimensione transnazionale non è immediatamente evidente ed in cui vengono in gioco legittimi obiettivi di politica sociale perseguiti a livello nazionale.

⁸⁴ Nel caso *Commissione c. Francia*, cit., pt. 20-21 la Corte aveva sostanzialmente aggirato la questione, limitandosi a rigettare l'eccezione sollevata dallo Stato francese a proposito della fruibilità generale del regime in questione. «Né il fatto che il tasso preferenziale litigioso si applica a tutti i prodotti nazionali esportati e solo ad essi, né il fatto che, adottandolo, il governo francese aveva l'intenzione di ravvicinare detto tasso a quelli praticati negli altri Stati membri, possono togliere al provvedimento litigioso la caratteristica di un aiuto (...)».

⁸⁵ Il concetto di vantaggio presuppone un termine di paragone e non può essere considerato astrattamente come affermato in *SFEI* (sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1996, in causa C-39/94, *SFEI e altri*, in Raccolta, 1996, I, p. 3547, ECLI:EU:C:1996:285, punto 60). La Corte definisce il vantaggio come «il beneficio economico che un'impresa non potrebbe ricevere in condizioni normali di mercato, ossia in assenza di intervento dello Stato». La necessità di individuare un termine di paragone è evidenziata anche dalla giurisprudenza relativa all'operatore privato in economia di mercato, che viene, come noto, utilizzata dalla Corte per valutare la legittimità delle scelte commerciali adottate dalle società pubbliche. Cfr. *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, in causa C-305/89, *Italia/Commissione* ('Alfa Romeo'), in Raccolta, 1991, I, p. 1603, ECLI:EU:C:1991:142, punti 18 e 19.

Le statuizioni più significative su tali profili sono contenute ai punti 33-39 della sentenza: «il parziale sgravio degli oneri sociali (...) è un provvedimento inteso ad alleviare in parte, a favore delle imprese di un particolare settore industriale, gli oneri pecuniari derivanti dalla “normale applicazione del sistema generale di previdenza sociale, senza che l'esonero sia giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema”⁸⁶.

(...) Quanto all'argomento secondo cui gli oneri sociali gravanti sugli imprenditori del settore tessile sarebbero più elevati in Italia che negli altri Stati membri, va osservato che, nell'applicare l'art. 92, n. 1, si deve necessariamente tener conto della situazione esistente sul piano della concorrenza, nel mercato comune, prima che venisse adottato il provvedimento di cui trattasi. Detta situazione risulta da vari fattori, aventi diversa incidenza sui costi di produzione nei vari Stati membri.

Negli artt. 99-102 [114-117], il trattato stabilisce del resto le modalità per eliminare eventuali distorsioni generiche, connesse alle divergenze esistenti fra i vari sistemi fiscali e previdenziali dei vari Stati membri, tenendo conto delle difficoltà strutturali di determinati settori industriali. Per contro, la modifica unilaterale di un dato elemento dei costi di produzione in un dato settore dell'economia di uno Stato membro può alterare l'equilibrio esistente».

Le statuizioni qui riportate evidenziano la natura composita dell'analisi, volta a contemperare la dimensione tecnica, legata all'impatto dell'aiuto sul mercato, con quella costituzionale, relativa al rapporto tra il controllo sugli aiuti di Stato e le competenze nazionali. Ciò si traduce in un complesso esercizio di bilanciamento, la

⁸⁶ E' interessante riportare le riflessioni di J.J.P. LÓPEZ *The Notion of Aid*, cit., capitolo 5, pp. 12 ss., che nota come l'ampiezza della nozione di aiuto di Stato formulata nel presente caso presenti notevoli somiglianze con la definizione di misura ad effetto equivalente ad una restrizione quantitativa del caso *Dassonville*, deciso dalla Corte in composizione identica qualche giorno dopo.

Come rilevato da P. ROSSI-MACCANICO, *The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures*, cit., queste statuizioni saranno richiamate e reinterpretate in *Adria-Wien* (*infra* sez. 3.4 del presente capitolo) formalizzando il test sulla selettività. Nella sentenza qui commentata, tuttavia, la Corte aveva unicamente inteso isolare la componente di vantaggio, senza considerarne il carattere selettivo dal momento che la misura soddisfaceva palesemente tale requisito, essendo limitata al settore tessile.

cui identificazione è essenziale per comporre l'apparente contraddittorietà delle espressioni utilizzate dalla Corte.

Innanzitutto, la Corte afferma che la misura deve essere analizzata alla luce dell'alterazione che essa determina sui costi di produzione delle imprese coinvolte, come a voler compiere un'astratta analisi economica della regolazione⁸⁷, rimuovendo la componente valoriale e gli obiettivi perseguiti dall'atto esaminato⁸⁸. Ciò trova conferma nel richiamo alle disposizioni sul ravvicinamento delle legislazioni, che la Corte considera strumento privilegiato per intervenire sugli squilibri esistenti tra costi di produzione nei diversi Stati membri, in alternativa all'intervento unilaterale dello Stato⁸⁹.

All'analisi tecnica, tuttavia, si sovrappone una seconda dimensione, relativa alla compatibilità dell'operazione effettuata dallo Stato con i principi e gli obiettivi più generali sanciti nei Trattati. Ciò è evidente nei riferimenti «all'intento statale»⁹⁰, al «sistema di previdenza generale» ed alla possibile «giustificazione», tutti elementi palesemente estranei all'analisi economica⁹¹.

⁸⁷ Si veda, in generale, sull'inclusione di categorie economiche nella giurisprudenza UE, B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, *Economic Reasoning before the European Union Courts in Competition Law*, in *Bruges European Economic Policy Briefings*, 44/2018.

⁸⁸ Si tratta di una modalità di analisi che verrà successivamente superata. Si veda, F. DE CECCO, *State aid and the European economic constitution*, cit., parte II, capitolo 5; L. RUBINI, *The definition of subsidy and state aid law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 317 ss.; Le Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 26 ottobre 2000, in causa C-379/98, *PreussenElektra*, in Raccolta, 2001, I, p. 2099, ECLI:EU:C:2000:585.

⁸⁹ Cfr. punto 44 di *PreussenElektra*, cit. nonché le statuizioni sopra riportate di *Francia c. Commissione*, cit., che incarnano la medesima *ratio decidendi*.

⁹⁰ La versione francese utilizza la più neutra locuzione «une mesure destinée à exempter» in cui è più sfumato il riferimento all'intento del legislatore.

⁹¹ Il riferimento alla 'giustificazione', che la dottrina maggioritaria qualifica come *obiter dictum*, anticipa lo sviluppo interpretativo della giurisprudenza in tema di libertà fondamentali (*ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, in causa C-120/78, *Rewe-Zentral* ('*Cassis de Dijon*'), in Raccolta, 1979, p. 649, ECLI:EU:C:1979:42, , punto 8.

Il termine è utilizzato anche in relazione all'abuso di posizione dominante, su cui si veda, P. MANZINI, *Le mobili frontiere dell'abuso di posizione dominante*, in C. FRATEA (a cura di) *Stato dell'arte e nuove sfide nel diritto europeo della concorrenza*, Cacucci, Bari 2019, pp. 51 ss.. rileva l'esistenza di un "terzo comma fantasma", di creazione giurisprudenziale, a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 1978, in causa c. 27/76, *United Brands Company v. Commissione*, in Raccolta, 1978, I, p. 209 ss., ECLI:EU:C:1978:22. V. anche la *Comunicazione della Commissione - Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, Gu. C 45, 24.2.2009, p. 7 ss., punti 28 ss. e giurisprudenza ivi cit.

Nonostante l'avvicinarsi di test concretamente applicati da Commissione e Corte, la coesistenza di queste due dimensioni sarà una costante della giurisprudenza in tema di 'selettività fiscale'. E si tratta di un profilo, a ben vedere, necessario a rendere l'analisi svolta ex art. 107 TFUE compatibile con la Costituzione economica europea. Dato che qualsiasi scelta di carattere tributario compiuta dai parlamenti nazionali incide sulla struttura dei costi delle imprese, occorre trovare un correttivo alla pura analisi microeconomica. Del resto, negare totalmente la capacità degli Stati di modulare diversamente gli oneri fiscali sui consociati, secondo un modello di pura neutralità fiscale, rappresenterebbe una chiara violazione delle competenze nazionali tramite l'imposizione di un preciso modello tributario.

1.3 1992-2001: la ‘selettività’ quale limite alla discrezionalità dello Stato nelle scelte di politica industriale

La selettività trova esplicito riconoscimento in contemporanea con la firma del Trattato di Maastricht, tramite il recupero e la rielaborazione giurisprudenziale di statuizioni rimaste quiescenti per quasi vent’anni⁹². Tale sviluppo interpretativo è indubbiamente connesso alle profonde trasformazioni portate dal Trattato, tanto sotto il profilo istituzionale che rispetto agli obiettivi di integrazione economica e giuridica⁹³. In particolare, è importante evidenziare il parallelismo tra l’evoluzione interpretativa dell’art. 107(1) TFUE e l’inserimento di un apposito titolo dedicato alla politica industriale europea⁹⁴.

L’emersione della categoria si colloca in uno snodo temporale cruciale per la politica di concorrenza dell’Unione. Da un lato, gli strumenti antitrust vengono utilizzati per contrastare le azioni pubbliche più distorsive degli equilibri del mercato interno, con una singolare sovrapposizione tra artt. 101 e 102 TFUE, controllo sugli

⁹² Si veda, per una analisi dei precedenti citati e reinterpretati dalla Corte di giustizia, P. ROSSI-MACCANICO, *The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures*, cit.,

⁹³ Per una completa ricostruzione delle modifiche intervenute con il Trattato di Maastricht, si rinvia a J. H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit., pp. 2453 ss. Occorre, in particolare, evidenziare l’importanza dell’aumento di competenze attribuite all’Unione, cui si affianca la formalizzazione del principio di sussidiarietà nella ripartizione delle stesse, a conferma dell’ispirazione federale che informa le scelte politiche di questo momento storico. V., N. BERNARD, *The Future of European Economic Law in the light of the principle of subsidiarity*, in *Common Market Law Review*, 1996 (33), pp. 633 ss.; R. LANE, *New Community competences under the Maastricht Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1993 (30), pp. 939 ss.; Sulle criticità dell’estensione di tali competenze, V. S. WEATHERILL, *Beyond Pre-emption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, cit.; A. TIZZANO, *Le competenze dell’Unione ed il principio di sussidiarietà*, in *Il diritto dell’Unione*, 1997, I-II, pp. 229 ss.

Si tratta, peraltro, di trasformazioni anticipate dall’Atto Unico Europeo (AUE) e del Libro bianco sul completamento del mercato interno, che hanno posto le fondamenta concettuali ed assicurato il necessario consenso politico per la sottoscrizione delle ambiziose disposizioni convenute a Maastricht. Cfr. Art. A2 del Trattato, “Il presente trattato segna una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini”.

⁹⁴ La politica è stata da prima introdotta nell’Atto Unico Europeo, aggiunta del titolo VI su ricerca e sviluppo tecnologico, artt. 130 F-Q. e poi è confluita nel Trattato di Maastricht.

Si veda, sul punto, D. J. GERBEN, *The transformation of Europe through competition law?*, cit., p. 126.

aiuti di Stato⁹⁵ e normativa sugli appalti pubblici⁹⁶. Dall'altro, ha inizio un processo che determinerà la perdita dell'originaria complementarità tra tali normative. Infatti, l'interpretazione degli artt. 101 e 102 TFUE da parte della Corte assume maggior rigore applicativo, tramite l'enfaticizzazione dell'analisi degli effetti della misura⁹⁷, anticipando la svolta “*more economic*” della Commissione⁹⁸. Ciò, invece, non accade per l'art. 107 TFUE, la cui interpretazione mantiene l'utilizzo di categorie concettuali elastiche, svincolate da valutazioni prettamente tecnico-economiche⁹⁹.

Quanto alla selettività, l'analisi della Corte abbandona il parametro dell'impatto sulle “produzioni nazionali” (*supra* sez. 2.2 del presente capitolo) per concentrarsi sull'esercizio della discrezionalità politica degli Stati membri in materia di politica industriale, previdenza e tassazione.

1.3.1 La funzione di ‘inquadramento’ del controllo sugli aiuti di Stato

La graduale espansione della nozione di aiuto di Stato si accompagna ad un fenomeno di *ri-regolazione* delle strutture costituzionali degli Stati membri, conseguenza dell'ambizioso disegno politico insito nel Tratto di Maastricht. Tale fenomeno porta a rimeditare lo stesso concetto di integrazione negativa, che acquista una componente creativa, e non meramente restrittiva della competenza nazionale¹⁰⁰.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 137 ss.

⁹⁶ E' sufficiente menzionare l'approvazione delle Direttive 93/37 e 38/CEE del 14 giugno 1993 del Consiglio, che coordinano le procedure di appalti pubblici di lavori e nei settori speciali, in Gu, L 199 del 9.8.1993, pp. 54 ss.

⁹⁷ Il mutamento dei parametri di giudizio da parte della Corte di giustizia influisce sugli stessi equilibri istituzionali tra la stessa e la Commissione. La Corte assume infatti sempre più il ruolo di giudice amministrativo in materia antitrust, lasciando alla Commissione la determinazione delle scelte di politica applicativa.

⁹⁸ A. GIANNACCARI – R. VAN DEN BERGH, *The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2014, III, pp. 393 ss.

⁹⁹ La differenza “strutturale” tra i due istituti trova causa, da un lato, nella penuria di precedenti in materia di aiuti di Stato, che impone alla Corte di definire *ex novo* categorie prima assenti e, dall'altro, nella chiara volontà di fare degli aiuti di Stato un penetrante strumento di conformazione delle scelte statali verso obiettivi comuni piuttosto che semplice meccanismo di controllo centralizzato contro la dazione di sussidi pubblici.

¹⁰⁰ M. BLAUBERGER, *From negative to positive integration? European State aid control through soft and hard law*, cit. La dimensione riregulatoria della disciplina sugli aiuti di Stato è massimamente evidente nel settore dei servizi di interesse economico generale, in cui, tramite l'utilizzo combinato dell'art. 107 TFUE e delle Comunicazioni della Commissione, l'intera organizzazione dei servizi

Il fenomeno va considerato alla luce del concetto di *Ordnungspolitik*, nozione di matrice ordoliberal che sancisce la necessità di codificare in una fonte di rango costituzionale le scelte economiche basilari di una comunità, con conseguente limitazione della discrezionalità di parlamenti ed esecutivi nazionali nell'attuazione dell'attività legislativa e di amministrazione attiva¹⁰¹. Ciò che qui interessa considerare è il prodursi di tale fenomeno nell'organizzazione delle relazioni economiche all'interno del territorio nazionale, per quanto concerne le modalità di ripartizione di oneri e vantaggi pubblici.

L'ingresso della giurisprudenza UE in ambiti sempre più vicini al cuore della 'sovranità' statale determina la frattura, spesso netta, con modelli di regolazione consolidati negli ordinamenti nazionali¹⁰². Avuto riguardo al controllo sugli aiuti di Stato, questo introduce valori innovativi quali trasparenza¹⁰³, efficienza e non discriminazione tra operatori nella gestione di denaro pubblico¹⁰⁴. La portata rivoluzionaria di tale processo è evidente, se si considerano le blande indicazioni in materia economica contenute nelle carte costituzionali degli Stati membri, che tradizionalmente riservano grande discrezionalità a parlamenti ed esecutivi nazionali in materia¹⁰⁵.

pubblici nazionali è stata profondamente riformata alla luce dei principi di efficienza e tutela della concorrenza. Per un'analisi dettagliata di tale settore, si rinvia a D. GALLO, *I Servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 631 ss., in riferimento agli aiuti di Stato.

¹⁰¹ Si veda, sul tema, D. J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994 (42), I, pp. 25-84; J. DREXL, *La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral*, cit., pp. 419 ss. J. HIEN – J. JOERGES, *Dead Man walking? Current European interest in the ordoliberal tradition*, in *European Law Journal*, 2018 (24), pp. 142 ss.

¹⁰² Si veda, M. LIBERTINI, *Concorrenza fra imprese e concorrenza fra Stati*, cit.

¹⁰³ Si pensi, all'attuazione dei Regolamenti di esenzione, che impongono agli Stati che intendano concedere aiuti di Stato senza notifica, di istituire ed aggiornare il registro sugli aiuti di Stato nonché di adempiere agli stringenti obblighi di trasparenza previsti a tal fine. In tal modo, la trasparenza diviene principio generale nella gestione ed erogazione di risorse pubbliche ed incentivi alle imprese. Cfr. Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato Testo rilevante ai fini del SEE, in GU L 187 del 26.6.2014, pp. 1 ss., art. 5.

¹⁰⁴ V. *funditus* sez. 3.4 del presente capitolo.

¹⁰⁵ Si veda, sul punto, M. LIBERTINI, *Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, cit.

L'applicazione dell'art. 107 TFUE permette, dunque, a Commissione e Corte di superare la rigida ripartizione delle competenze sancita dai Trattati, erodendo la facoltà degli Stati membri di organizzare liberamente anche settori di rilevanza apparentemente nazionale, quali le procedure di insolvenza o i sistemi di previdenza sociale e tributari (*infra* sez. 3.2 -3.4 del presente capitolo)¹⁰⁶.

A tale interpretazione estensiva si accompagna la necessità di garantire la pratica applicazione dell'istituto di fronte alle corti nazionali ed europee ed evitare la generalizzata restrizione del potere regolamentare ed esecutivo nazionale in ogni ambito dell'organizzazione economica dello Stato¹⁰⁷. Parallelamente allo sviluppo della selettività, dunque, si sviluppa la giurisprudenza relativa "all'origine statale della misura"¹⁰⁸. I casi *Stardust Marine*¹⁰⁹ e *Preussenelektra*¹¹⁰ hanno, infatti, consolidato una lettura stringente dei relativi requisiti, da un lato, imponendo un preciso accertamento della riferibilità della misura allo Stato, nelle ipotesi in cui questa sia

¹⁰⁶ G. MONTI, *Legislative and Executive Competences in Competition Law*, in *The Question of Competence*, cit.

Peraltro, nonostante tale processo divenga più evidente nella fase storica qui esaminata, la necessità di operare una modifica degli assetti costituzionali interni ulteriore rispetto a quella emergente dalla rigida applicazione del principio di attribuzione è, a ben vedere, insita nella stessa firma del Trattato di Roma e nella formazione dell'«ordinamento di nuovo genere» che questo ha generato. L'opposta ricostruzione avrebbe infatti determinato l'equiparazione dei Trattati europei a semplici strumenti di liberalizzazione dei mercati nazionali, in palese contrasto con la volontà degli Stati firmatari.

¹⁰⁷ Si tratta, peraltro, di un confine mobile, destinato ad evolversi con il procedere dell'integrazione economica e normativa europea. V., sulla necessità di individuare le conclusioni dell'AG Fennelly del 16 luglio 1998, in causa C-200/97, *Ecotrade*, in Raccolta, 1998, I, p. 7907, ECLI:EU:C:1998:378, punti 22 ss.; Conclusioni dell'AG Jääskinen del 7 aprile 2011, in cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione europea, Regno di Spagna c. Government of Gibraltar e Regno Unito*, in Raccolta, 2011, p. 1, ECLI:EU:C:2011:215, punti 122 ss.

¹⁰⁸ Alla categoria corrisponde la locuzione "aiuti concessi dagli Stato o tramite risorse statali". Cfr. *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto*, cit. punti 38 ss.

Si veda, sul dibattito relativo alla corretta estensione della formula, le conclusioni dell'AG Jacobs del 26 ottobre 2000, in causa C-379/98, *Preussenelektra*, in Raccolta, 2001, I, p. 2099, ECLI:EU:C:2000:585; A. BIONDI, *Some Reflections on the "Notion of State Resources" in European Community State Aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, V, pp. 1426 ss. e L. RUBINI, *'The elusive frontier': Regulation under EC State aid Law*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, III, pp. 277 ss.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2002, in causa 482/99, *Repubblica francese contro Commissione delle Comunità europee (Stardust Marine)*, in Raccolta, 2002, I, p. 4397, ECLI:EU:C:2002:294, punti 51-52 e 55-56.

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001, in causa C-379/98, *Preussenelektra*, in Raccolta, 2001, p. 2099, ECLI: ECLI:EU:C:2001:160.

attuata da soggetti formalmente autonomi dalle amministrazioni pubbliche¹¹¹; dall'altro, escludendo l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato a quelle misure che si limitano ad attuare un trasferimento di risorse economiche tra operatori privati¹¹².

Alla luce di ciò, si comprende meglio quanto più sopra accennato in relazione al principio di attribuzione ed alla effettiva ampiezza della competenza regolamentare degli Stati membri, che può essere determinata solo alla luce dell'analisi della nozione di aiuto di Stato. La forza conformatrice dell'istituto agisce, dunque, orizzontalmente, in base ad un'ottica genuinamente "federale", che al principio di attribuzione affianca il principio di sussidiarietà¹¹³, imponendo di rimeditare le categorie classiche dell'agire pubblico, prima tra tutte la discrezionalità.

1.3.2 La "nuova" discrezionalità amministrativa

Il fenomeno di *ri-regolazione* appena accennato è chiaramente visibile nella nascita della 'selettività derivante da prassi amministrative discrezionali'¹¹⁴, tramite la quale viene censurata la facoltà riconosciuta allo Stato-amministrazione di concedere benefici pubblici senza la previa predeterminazione dei parametri di scelta dei

¹¹¹ Cfr., di recente, la sentenza della Corte di giustizia del 21 marzo 2021, *Commissione c. Italia e a. (Tercas)*, in causa C-425/19P, ECLI:EU:C:2021:154. Si veda, per un commento, A. CIRCOLO, *Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 187 ss.

¹¹² V., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2015, *Eventech c. the Parking adjudicator*, in causa C-518/13, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI: ECLI:EU:C:2015:9, punti 31 ss.

La scelta compiuta in tale fase storica, tutt'ora confermata (*Ex multis*, sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2017, in causa C- 329/15, *ENEA*, in Raccolta generale (Raccolta digitale), ECLI:EU:C:2017:671) è dunque quella di escludere dall'ambito di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato quegli interventi regolamentari puramente "normativi", in cui vi è un trasferimento di risorse appartenenti a soggetti privati attuata per via regolamentare, senza che sia ravvisabile un vero e proprio controllo pubblico sulle stesse.

¹¹³ V. A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione ed il principio di sussidiarietà*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, 1-2, pp. 229 ss.

¹¹⁴ V. Comunicazione della *Commissione sulla nozione di aiuto*, cit., punti 123 ss. V. inoltre, di recente, la sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, in causa C-6/12, *P Oy*. in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2013:525, punti 16 ss.; Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-15/14 P, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI: ECLI:EU:C:2015:362, punti 64 ss.

beneficiari. La discrezionalità amministrativa, intesa come modalità di esercizio del potere pubblico tramite cui comporre e bilanciare i diversi interessi, pubblici e privati, all'interno dell'attività di amministrazione attiva¹¹⁵, trova, dunque, un penetrante limite nell'applicazione dell'art. 107 TFUE, limite estraneo alla teoria classica di ripartizione dei poteri¹¹⁶.

Le due pronunce di seguito esaminate, tra loro quasi contemporanee, *Commissione c. Francia (Kimberly Clark)*¹¹⁷ del 1996 ed *Ecotrade*¹¹⁸ del 1998, hanno ad oggetto normative eterogenee - l'una relativa ai poteri dell'ente deputato alla gestione dei contributi previdenziali in Francia (il *Fond national pour l'emploi*), l'altra relativa alla procedura fallimentare italiana di amministrazione straordinaria per le grandi imprese in crisi¹¹⁹; le stesse, tuttavia, trovavano un elemento comune nella previsione di rilevanti poteri discrezionali di intervento rimessi ad enti pubblici e governo, derogatori rispetto alla disciplina comunemente applicabile¹²⁰.

¹¹⁵ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, Bologna, 2015, capitolo 3, par. 5; S. CASSESE, *Manuale di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 338 ss.

¹¹⁶ Se, infatti, la struttura costituzionale degli "Stati di diritto amministrativo" prevede che la pubblica amministrazione goda di un margine fisiologico di discrezionalità quando agisce nei diversi campi di intervento attribuiti alla stessa e quindi anche in materia economica, i Trattati europei, alla luce della già segnalata concezione di *Ordnungspolitik*, si pongono su una posizione diametralmente opposta. Si veda, in generale, sulla nozione di "stato di diritto amministrativo", G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss. Si tratta di Stati quali Italia e Francia, nei cui ordinamenti l'azione dei pubblici poteri è soggetta ad una normativa e giurisdizione autonoma rispetto a quella di diritto comune. A questi vanno contrapposti Stati come il Regno Unito, che non conoscono tale ripartizione.

¹¹⁷ Sentenza della Corte del 26 settembre 1996, in causa C- 241/94, *Francia contro Commissione (Kimberly Clark)*, in Raccolta, 1996, I, p. 4551, ECLI:EU:C:1996:353.

¹¹⁸ Sentenza della Corte del 1 dicembre 1998, *Ecotrade*, in Raccolta, 1998, I, p. 7907, ECLI:EU:C:1998:579.

¹¹⁹ L'istituto dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi è stato introdotto dal decreto-legge n. 26 del 1979, convertito dalla legge n. 95 del 1979 (cosiddetta legge Prodi), accanto alle procedure concorsuali tradizionali per evitare il fallimento di imprese di rilevante interesse pubblico. Scopo della procedura era quello di evitare le soluzioni liquidatorie che non tenessero conto dei rilevanti interessi, privati e pubblici, alla conservazione e al risanamento dell'impresa. Il D. Lgs. n. 270 del 1999 (Decreto Prodi-bis) ha recepito le criticità rilevate dalla Corte di giustizia nella pronuncia di seguito esaminata. V. sul punto, Camera dei deputati: servizio studi, *Gli interventi sulla disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e il caso ILVA*, 17 settembre 2019, accessibile su: https://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1105098.pdf?_1567356479256.

¹²⁰ In particolare, tali regimi prevedevano la possibilità di intervenire nei procedimenti di ristrutturazione o crisi aziendale a favore di imprese di grandi dimensioni e che impiegavano un rilevante numero di lavoratori, per ragioni di interesse nazionale, concedendo discrezionalmente – sia

Il primo caso ha origine dall'impugnazione della decisione della Commissione che aveva qualificato come aiuto di Stato l'intervento del governo francese in favore di Kimberly Clark ed il secondo da un rinvio pregiudiziale operato dalla Corte di cassazione italiana, di fronte alla quale era pendente una controversia tra i creditori della società decotta AFS.

Nel caso *Commissione c. Francia*, la Corte affermò che «(...) l'FNE dispone di un potere discrezionale che gli consente di modulare l'intervento finanziario sulla scorta di diverse considerazioni come, in particolare, la scelta dei destinatari, l'importo dell'intervento finanziario e le condizioni di intervento. Il Governo francese stesso ammette che l'amministrazione può derogare alle linee direttrici da essa stabilite qualora una situazione specifica lo giustifichi. Si deve pertanto rilevare che il sistema (...) per la sua "finalità e la sua economia generale, è atto a porre talune imprese in una situazione più favorevole di altre" e configura quindi un aiuto (...)»¹²¹.

Tali statuizioni furono completate in *Ecotrade* «(...) le decisioni del Ministro dell'Industria di collocare l'impresa in difficoltà in amministrazione straordinaria e di autorizzarla a continuare la sua attività, (...) sono anch'esse influenzate, come il Governo italiano ha esso stesso ammesso nelle sue osservazioni e all'udienza, dalla preoccupazione di salvaguardare, per considerazioni di politica industriale nazionale, l'attività economica dell'impresa. Alla luce di queste considerazioni, tenuto conto della categoria delle imprese cui si riferisce la normativa controversa e dell'estensione del potere discrezionale di cui gode il Ministro quando autorizza, in particolare, un'impresa insolvente in amministrazione straordinaria a continuare la sua attività, la normativa di cui trattasi soddisfa la condizione di specificità che costituisce una delle caratteristiche della nozione di aiuto di Stato. Inoltre, indipendentemente dall'obiettivo perseguito dal legislatore nazionale, risulta che la normativa di cui trattasi può

nell'an che nel quomodo – benefici non concessi alla generalità delle imprese attive sul territorio nazionale.

¹²¹ Sentenza *Kimberly Clark*, cit., punti 23 e 24.

collocare le imprese alle quali essa si applica in una situazione più favorevole rispetto ad altre (...)»¹²².

L'ampiezza della discrezionalità riconosciuta all'apparato amministrativo per il perseguimento di obiettivi di politica industriale è, a ben vedere, il fulcro di entrambe le decisioni. La discrezionalità che, come detto, per la teoria dello Stato classica rappresenta la vera essenza dell'azione amministrativa, è vista con sospetto dalla Corte, che la ritiene ammissibile solo a condizione che essa non incida negativamente, nemmeno in via indiretta, sui comuni obiettivi dell'Unione, condizione non soddisfatta nei casi in oggetto.

L'intervento discrezionale dello Stato in soccorso di imprese in difficoltà finanziaria si pone, a ben vedere, in netto contrasto con l'ordinamento europeo sotto tre profili. In primo luogo, da un punto di vista assiologico, il supporto ad imprese di "interesse nazionale" rappresenta una forma di intervento protezionista e contrario agli obiettivi del Trattato, assimilabile ad azioni di sostegno ai propri "campioni nazionali"¹²³; in secondo luogo, benché la Corte non vi faccia espressamente riferimento, la necessità di limitare gli interventi di salvataggio pubblico di imprese in crisi trova un solido fondamento economico nella volontà di garantire la più efficiente allocazione delle risorse produttive e tutelare il processo di concorrenza dinamica, come evidenziato dalla Commissione nei propri orientamenti¹²⁴, pubblicati appena due anni prima rispetto a *Kimberly Clark*; infine, la tutela dei lavoratori in materia fallimentare era già stata oggetto di parziale armonizzazione¹²⁵ ed interventi unilaterali

¹²² Sentenza *Ecotrade*, cit., punti 39-41.

¹²³ V. OECD, *Competition, State aids and subsidies*, Policy roundtables, 2010, accessibile su: <http://www.oecd.org/daf/competition/sectors/48070736.pdf>. Cfr. *Supra* sez. 2.1 del presente capitolo, in merito alla lotta al protezionismo.

¹²⁴ Commissione europea, *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, in GU C 368 del 23.12.1994, pp. 12 ss. Gli orientamenti sono stati aggiornati una prima volta nel 1999, 2004 e nuovamente nel 2014, nella versione attualmente vigente (2014/C 249/01). V., in particolare, i par. 1-17 della Comunicazione attualmente vigente per la valutazione dell'impatto economico negativo derivante dall'aiuto pubblico ad imprese in crisi.

¹²⁵ La prima direttiva in materia di insolvenza e tutela dei lavoratori risale al 1980, Direttiva 80/987/CEE, successivamente oggetto di numerose modifiche. V. in generale, A. ZANOBETTI, *Diritto internazionale del lavoro, Norme universali, regionali e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 269 ss.

caratterizzati da discrezionalità tanto ampia in tali settori avrebbero rischiato di frustrare l'obiettivo di gestire ordinatamente e senza alterazioni concorrenziali tali fenomeni.

1.3.3 I contributi previdenziali all'interno dell'art. 107(1) TFUE

Il controllo sugli aiuti di Stato determina, nel periodo qui esaminato, un'altra rilevante modifica degli assetti costituzionali interni, questa volta avuto riguardo alla competenza dei parlamenti in materia previdenziale. Sarà poi l'analogia tra tale settore e quello tributario a fondare la categoria della 'selettività fiscale'.

I due settori, pur diversi negli interessi regolati – la sicurezza sociale ed il costo del lavoro, il primo, la ripartizione degli oneri fiscali, il secondo, sono accomunati dalla diretta incidenza delle relative decisioni pubbliche sulla struttura dei costi delle imprese¹²⁶. La rilevanza del ruolo dei parlamenti in settori politicamente sensibili spinse, dunque, la Corte ad adottare un approccio cauto, risultante nella graduale introduzione di limiti all'esercizio del potere legislativo piuttosto che nell'affermazione di incompatibilità assoluta di decisioni discrezionali, come avvenuto in relazione alla discrezionalità amministrativa in materia di politica industriale.

La maggior complessità del bilanciamento affidato alla Corte si riflette sulle tempistiche con cui il test sulla "selettività regolamentare" viene elaborato nonché nella genericità delle locuzioni utilizzate dalla giurisprudenza. Nonostante la necessità di sistematizzare la precedente giurisprudenza sia già evidenziata nelle conclusioni dell'AG Darmon al caso *Sloman Neptun*¹²⁷, è solo nel caso *Belgio c. Commissione*

¹²⁶ Si veda, per un quadro generale delle questioni in materia di tassazione, S. SHAVIRO, *The economics of tax law*, in *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14-04*,

¹²⁷ Conclusioni dell'AG Darmon del 17 marzo 1992, in cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun* in Raccolta, 1993, I, p. 887 ss., ECLI:EU:C:1992:130.

(*Maribel bis e ter*)¹²⁸, ben sei anni dopo, che la Corte esaminò in maniera espressa il tema della selettività.

Si tratta, peraltro, di statuizioni provvisorie, destinate ad essere oggetto di costante reinterpretazione nella successiva giurisprudenza. A ciò si aggiunge la natura compromissoria delle stesse, che trova causa, oltre che nella difficoltà tecnica insita nell'applicazione dell'art. 107(1) TFUE a misure regolamentari (*supra* sez. 2.3 del presente capitolo), nell'inevitabile influenza dell'istituto sulle scelte politiche nazionali. L'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato a tali settori si traduce, infatti, in un chiaro condizionamento della politica economica ed industriale degli Stati membri.

Per quanto concerne l'ambito previdenziale, vanno menzionate le citate conclusioni dell'Avvocato generale Darmon al caso *Sloman Neptun*. Queste, benché non richiamate nella sentenza della Corte¹²⁹, contengono già le due interpretazioni del tema della selettività che si contenderanno il campo nella successiva giurisprudenza: una prima "formale", che identifica la selettività nella deroga della misura rispetto al sistema generale; e una seconda "sostanziale", per cui la selettività della misura equivale alla discriminazione perpetrata dallo Stato. L'AG, dopo aver riportato i precedenti più significativi in relazione a 'misure generalmente applicabili'¹³⁰, propone di individuare come «(...) unico elemento fondamentale per l'applicazione dell'art. 92, n.1 [107 par. 1 TFUE], l'intrinseco carattere derogatorio della misura rispetto alla struttura generale del sistema cui si riferisce»¹³¹. Al contrario, viene considerato "ambiguo" il riferimento al concetto di discriminazione, poiché esso

¹²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 17 giugno 1999, in causa C-75/97, *Belgio c. Commissione*, in Raccolta, 1999, I, p. 3671, CLI:EU:C:1999:311.

¹²⁹ La sentenza non affrontò il tema della selettività poiché ritenne la questione assorbita dall'assenza di risorse pubbliche. La normativa oggetto di scrutinio permetteva agli armatori di navi battenti bandiera tedesca di derogare alle norme sui minimi salariali previste per i lavoratori aventi domicilio o stabile dimora in Germania se avessero assunto lavoratori provenienti da stati terzi. La Corte, chiamata a valutare se la misura equivalesse ad un aiuto di Stato diretto alle imprese che si giovavano di tale norma derogatoria, ritenne non applicabile l'art. 107 TFUE poiché nonostante l'indubbio beneficio per alcuni operatori, ciò avveniva senza il coinvolgimento di risorse pubbliche.

¹³⁰ Conclusioni dell'AG Darmon, cit., punti 48 – 60.

¹³¹ *Ibid.*, punto 50.

«presuppone necessariamente l'esistenza di imprese o produzioni che si trovino in situazione identica, cioè in concorrenza tra loro e che vengano escluse dalla misura controversa»¹³². Accanto all'oggettiva esistenza di una riduzione della prestazione dovuta – sotto forma di esenzioni o riduzioni di imposte ed altri oneri imposti dallo Stato – l'AG propone di individuare il discrimine di illiceità della misura «nell'ulteriore vantaggio derivante dalla deroga istituita dalla normativa, in ispecie previdenziale o fiscale»¹³³.

La Corte si pronunciò espressamente sul tema *in Belgio c. Commissione (Maribel bis e ter)*, giungendo a conclusioni non totalmente coincidenti con quanto precedentemente proposto dall'AG Darmon. L'occasione fu una riforma previdenziale belga, che aveva introdotto una riduzione dei contributi previdenziali per i dipendenti manuali, escludendo, tuttavia, alcuni settori industriali dal beneficio¹³⁴.

La Corte, confermando la decisione della Commissione, ritenne la misura selettiva. In primo luogo, pur riconoscendo che la limitazione del beneficio alle sole imprese che assumono lavoratori manuali non fosse sufficiente a rendere la misura selettiva¹³⁵, individuò la criticità nell'aver escluso *ex ante* dall'ambito di applicazione della relativa normativa alcuni settori; in secondo luogo, come autonoma *ratio decidendi*, accertò il “carattere ingiustificatamente derogatorio” della riduzione contributiva¹³⁶, che, per quanto motivata da un legittimo obiettivo di politica sociale –

¹³² *Ibid.* punto 61. La posizione espressa dall'AG evidentemente discende dal timore che misure applicabili a più settori economici, non necessariamente in concorrenza tra loro, potesse permettere agli Stati membri di aggirare l'applicazione della misura. E' opportuno evidenziare come le conclusioni non esaminino nel dettaglio profili quali i criteri necessari ad individuare la normativa *generalmente applicabile* o le modalità attraverso cui identificare l'elemento di discriminazione, elementi essenziali a definire con esattezza il test proposto.

¹³³ *Ibid.* punto 62.

¹³⁴ La normativa generale belga in materia di previdenza sociale allora applicabile era la legge del 29 giugno 1981 e la modifica oggetto di indagine da parte della Commissione fu introdotta con il regio decreto del 12 febbraio 1993.

¹³⁵ Sentenza *Belgio c. Commissione*, cit., punto 28.

¹³⁶ *Ibid.*, punti 31 e 34.

la tutela dei lavoratori manuali, perseguiva tale finalità in modo improprio, danneggiando i settori esclusi¹³⁷.

Va evidenziato il carattere compromissorio della pronuncia: da un lato, viene ribadita l'autonomia degli Stati membri nel perseguimento di politiche pubbliche in ambiti non esclusivamente attribuiti all'Unione, quali la tutela dei lavoratori; dall'altro, però, si introduce un chiaro vincolo al legislatore nazionale, avuto riguardo alle modalità con cui l'obiettivo deve essere perseguito. Si impone, in particolare, di includere tra gli interessi oggetto di considerazione da parte dei parlamenti nazionali quello delle imprese tenute a sopportare i costi della politica sociale, che devono essere tutelate contro una legislazione "ingiustificatamente asimmetrica o incoerente", suscettibile di alterare i flussi commerciali nel mercato interno.

Tale interpretazione della nozione di aiuto di Stato, in linea con quanto visto in relazione alla discrezionalità amministrativa, estende lo scrutinio della Corte fino ai confini del merito politico, ribadendo la necessità di includere all'interno delle scelte politiche nazionali la considerazione degli effetti prodotti dalle stesse sul mercato interno.

1.3.4 La nascita della 'selettività fiscale'

L'evoluzione dell'istituto nella fase storica qui considerata si chiude, idealmente, con l'estensione del controllo sugli aiuti di Stato alla materia tributaria, tramite l'applicazione analogica della giurisprudenza *Maribel* alla tassazione e la formalizzazione di un primo test sulla selettività delle misure regolamentari nel caso *Adria-Wien*¹³⁸.

¹³⁷ *Ibid.*, punto 38.

¹³⁸ Sentenza della Corte del 8 novembre 2001, in causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, in Raccolta, 2001, I, p. 8365, ECLI:EU:C:2001:598. V. sul caso, C. GOLFINOPULOS, *Concept of Selectivity Criterion in State Aid Definition Following the Adria-Wien Judgment - Measures Justified by the "Nature of General Scheme of a System*, in *European Competition Law Review*, 2003, pp. 543-549; D. ARDOLINO, *The Adria-Wien case: how the EC legislation on State aid can prove useless and, in some cases, even harmful*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2002, I, pp. 74-81; P. DIMAN, *No taxation ... with discrimination. Per la Corte le normative fiscali interne non possono discriminare le imprese in base al "fulcro" della loro attività*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 371-375.

La controversia originò dall'impugnazione, davanti al *Verfassungsgerichtshof* della riforma attuata dall'Austria in materia di imposte sull'energia. La nuova normativa aveva previsto l'introduzione di un'imposta generale sulla fornitura ed il consumo di energia elettrica per tutti gli utilizzatori, a prescindere dalla fonte da cui l'energia elettrica fosse stata generata; alle sole imprese attive nella produzione di beni veniva, tuttavia, riconosciuta la possibilità di un rimborso parziale dell'imposta¹³⁹. All'interno di un giudizio incidentale di costituzionalità, la Corte costituzionale si rivolse alla Corte di giustizia, interpellandola in merito alla compatibilità della normativa appena introdotta con i Trattati.

Quest'ultima, tramite le statuizioni del giudice Wathelet¹⁴⁰, affermò che «ai fini dell'applicazione dell'art. 90 del Trattato [art. 107 TFUE] (...) occorre unicamente determinare se, nell'ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da “favorire talune imprese o talune produzioni” (...) rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dal provvedimento interessato. Conformemente alla giurisprudenza della Corte, non soddisfa tale condizione di selettività un provvedimento che, sebbene costitutivo di un vantaggio per il suo beneficiario, sia giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce»¹⁴¹.

Il test recupera le statuizioni contenute nei precedenti della Corte, e segnatamente il riferimento alla giustificazione, a cui unisce la rielaborazione fatta dalla *Commissione nella propria Comunicazione in materia di tassazione diretta* del

¹³⁹ La riforma fu attuata tramite la *Strukturanpassungsgesetz* del 1996 (legge sull'adattamento strutturale, BGBl. 1996, n. 201). La medesima normativa sarebbe stata successivamente oggetto di scrutinio da parte della Corte di giustizia con riferimento al risarcimento del danno cagionato ai concorrenti lesi da aiuti di Stato illegali. V., sul punto, la sentenza della Corte del 5 ottobre 2006, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH e altri c. Finanzlandesdirektion für Tirol e altri*, in causa C-368/04, in Raccolta, I, p. 9957, ECLI:EU:C:2006:644.

¹⁴⁰ Melchior Wathelet sarà l'autore, questa volta in qualità di AG, delle conclusioni al caso *World Duty Free*, che, come si vedrà nel prossimo capitolo, costituisce il punto di svolta più recente in tema di selettività fiscale.

¹⁴¹ Sentenza *Adria-wien Pipeline*, cit., punti 41 e 42.

1998¹⁴². A differenza dell'approccio analitico da questa proposto, basato sul concetto di deroga dal regime generale¹⁴³, la Corte si sofferma sullo stretto collegamento esistente tra selettività e “discriminazione”, come evidenziato dal passaggio sopra riportato¹⁴⁴.

Se il riferimento alla “discriminazione” pone, a prima vista, il controllo sugli aiuti di Stato perfettamente in linea con le fondamenta costituzionali dell'Unione¹⁴⁵, una più attenta analisi rivela profili di assoluta novità. Il principio di non discriminazione, infatti, aveva finora trovato applicazione con riferimento a parametri specifici quali la nazionalità, il sesso o la sede dell'impresa, che ne circoscrivessero l'ambito di applicazione¹⁴⁶. Negli aiuti di Stato, invece, il parametro non è individuabile *a priori* e discende dagli obiettivi di volta in volta perseguiti dal legislatore nazionale, facendo della selettività un “test di discriminazione generale”¹⁴⁷.

Il test *Adria-Wien* può essere visto come un controllo sulla coerenza intrinseca delle scelte tributarie degli Stati membri. Ferma restando l'autonomia regolamentare nazionale in merito alla struttura del tributo, è necessario assicurare una razionalità intrinseca, così da contemperare la competenza dei parlamenti nazionali con la tutela del mercato interno, alterato da prelievi fiscali ingiustificatamente asimmetrici.

¹⁴² *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, GU C 384, 10.12.1998, pp. 3–9. Cfr. M. MONTI, *How state aid affects tax competition*, in *EC Tax Review*, 1999, IV, pp. 208 ss.

¹⁴³ *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit., punto 18.

¹⁴⁴ “Favorire talune imprese o talune produzioni rispetto ad altre che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga”.

¹⁴⁵ Si veda, T. TRIDIMAS, *The General principles of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, capitolo 2. R. SCHÜTZE, *European Constitutional law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 401 ss.; P. CRAIG- G. BURCA, *EU Law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 854 ss.

¹⁴⁶ Cfr. *ex multis*, la sentenza della Corte del 8 aprile 1976, in causa c. 43-75, *Defrenne*, in Raccolta, 1976, pp. 455 ss., ECLI:EU:C:1976:56, con riferimento alla discriminazione sulla base del sesso; la sentenza della Corte del 17 luglio 2014, in causa c. 36-74, *Walrave*, in Raccolta, 1974, p. 1405 ss., ECLI:EU:C:2014:2088, con riferimento alla discriminazione sulla base della nazionalità.

¹⁴⁷ Al di là della maggior precisione delle formule utilizzate, il caso appare pienamente in linea con *Maribel*: lo Stato rimane libero di attuare le proprie scelte politiche, anche per mezzo dello strumento fiscale; ad essere censurate sono le modalità attuative, laddove nascondano profili di politica industriale – la difesa dell'industria manifatturiera nazionale, nel caso di specie – potenzialmente dannose per lo sviluppo mercato interno.

L'eventuale disparità di trattamento, di conseguenza, diventa ammissibile solo se giustificata da obiettivi legittimi di politica fiscale che lo Stato sia in grado di giustificare¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Nel caso di specie, la Corte rilevò l'illogicità della giustificazione proposta dall'Austria, che aveva avanzato considerazioni di carattere ambientale per il differente trattamento concesso ai produttori di beni rispetto agli altri utilizzatori di energia. E', infatti, evidente come il consumo di energia da parte dei produttori di beni sia dannoso per l'ambiente tanto quanto il consumo di energia da parte di altri settori economici (Cfr. *Adria-Wien Pipeline*, cit. punto 52).

Capitolo 2. Una nuova categorizzazione per la ‘selettività fiscale’ nelle normative tributarie di applicazione generale

Sommario: 1. [La ‘selettività’ della misura oltre il “test in tre fasi”](#) – 1.1 Le ricostruzioni dottrinali esistenti: tra “deroga dal sistema di riferimento” e “discriminazione” tra imprese – 1.2 La ‘selettività della misura’ quale abuso della competenza regolamentare nazionale – 1.3 Gli “obiettivi del sistema” come chiave interpretativa; 2. [2001 - 2016: i modelli tributari impliciti nella nozione di ‘aiuto fiscale’](#) – 2.1 La ‘selettività geografica’ e la fiscalità substatuale – 2.2 Le ‘selettività materiali’ – 2.2.1 La ‘selettività nelle normative tributarie con prevalente funzione fiscale’ – 2.2.2 La ‘selettività nelle normative di finanziamento dei servizi pubblici’ – 2.2.3 La ‘selettività nei tributi con funzione regolatoria’; 3. [2016 – presente: quali confini alla ‘selettività fiscale’?](#) 3.1 La ‘selettività nella determinazione dei corrispettivi d’accesso alle infrastrutture pubbliche’ – 3.2 La saga *World Duty Free* e la conferma del metodo ad ‘inquadramento’ – 3.3 La ‘selettività fiscale’ dopo *World Duty Free* - 3.4 Quali limiti alla ‘selettività fiscale’?

Il periodo storico compreso tra il 2001 ed il presente vede il controllo sugli aiuti di Stato assumere rilevanza centrale nella vita economica delle imprese, divenendo uno dei formanti del cd. ‘diritto tributario europeo’¹. L’importanza dell’istituto, tuttavia, non si è accompagnata al consolidamento delle categorie giuridiche su cui si fonda la sua applicazione. Né la Corte di giustizia né la dottrina sono state in grado di ridurre apprezzabilmente il margine di ambiguità che ancora circonda la stessa nozione di ‘aiuto fiscale’, il presupposto applicativo dell’intera normativa.

Se la difficoltà di analisi discende in larga misura dalla reticenza della giurisprudenza nel definire espressamente categorie di analisi chiare, vevoli al di là

¹ In questo senso, gli aiuti di Stato fanno parte, a pieno titolo del diritto tributario europeo, come riconosciuto, *ex multis*, da P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 11 ss.; M. LANG - P. PISTONE - J. SCHUCH - C. STARINGER, *Introduction to European Tax Law: Direct taxation*, Spiramus, Londra, 2018, capitolo 7; M. MORETTI, *Il divieto di aiuti di Stato*, in SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 117 ss. B. TERRA - P. J. WATTEL, *European Tax Law*, capitolo 22.

del caso di specie, alla dottrina può essere imputata – salvo rare eccezioni² – la scelta di concentrare l’analisi unicamente sui test, antepoendo i profili applicativi ad una più ambiziosa ricostruzione sistematica dell’istituto.

L’obiettivo del presente capitolo è quello di proporre una diversa ricostruzione dogmatica, che ponga al centro la *ratio* del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Questa va individuata nella tutela del mercato interno contro le distorsioni causate dalla mancata armonizzazione normativa, in via sussidiaria rispetto agli strumenti di integrazione positiva e negativa formalmente previsti dal Trattato ma rivelatisi inutilizzabili³. Seguendo l’intuizione della più attenta dottrina, occorre cioè considerare l’art. 107 TFUE quale strumento complementare alle libertà fondamentali più che agli artt. 101 e 102 TFUE⁴.

Da ciò discende che, nelle pronunce della Corte di giustizia, non va ricercato il prototipo di “sussidio mascherato”⁵, identificabile dagli effetti distorsivi prodotti sulla posizione di mercato delle imprese; il “test di discriminazione”, piuttosto, mira ad accertare se la competenza tributaria degli Stati membri sia stata esercitata in modo

² Tra le quali si segnala, A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, in AAVV (R. ADAM – V. CANNIZZARO – M. CONDINANZI) *Liber amicorum Antonio Tizzano: e la Cour CECA à la Cour de l’Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, Giappichelli, Torino, pp. 126 ss.

³ Si veda, F. WASSERFALLEN, *Political and Economic Integration in the EU: The Case of Failed Tax Harmonization*, in *Journal of Common Market Studies*, 2013, e S. ULLAH KHAN NIAZI, *Tax Harmonization in the EU: Insights on Political and Legal Fusion under Neofunctional Rationale*, in *Journal of Politics and Law*, 2016, IV, pp. 15 ss. La tassazione diretta trova limitata armonizzazione per quanto riguarda i cd. rapporti madre - figlia (Direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi, GU L 345, 29.12.2011, p. 8–16), nonché la normativa di interessi e royalties (Direttiva 2003/49/CE del Consiglio, del 3 giugno 2003, concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi).

⁴ Per tutti, A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: A Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010, pp. 35 ss.

Tale ricostruzione è stata da ultimo confermata nelle recentissime Conclusioni del 16 dicembre 2021 dell’Avvocato Generale Pikamäe, in causa C-885/19 P, *Irlanda c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:C:2021:1028, punti 154 ss.

⁵ La metafora proposta dalla dottrina è quella di un “negative fotografico di tributo. Cfr. W. SCHÖN, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 2015 – 14*, pp. 3 ss.

Analogamente, C. MICHEAU, *State Aid, Subsidy and Tax Incentives Under EU and WTO Law*, Wolters Kluwer international, Aalphen Aan den Rijn, 2014, 130 ss.

tale da danneggiare la struttura del mercato interno, alterando il fisiologico fenomeno di concorrenza tra ordinamenti⁶.

L'identificazione della natura selettiva dello sgravio fiscale richiede, allora, di compiere una valutazione preliminare sul settore (fiscale)⁷ nazionale oggetto di indagine, la cui eterogeneità influenza la natura dei test applicati nei singoli casi. Come recentemente evidenziato dall'Avvocato generale Kokott, il controllo sugli aiuti di Stato si rivela, in realtà, essere un «controllo sull'abuso della normativa tributaria»⁸ da parte dello Stato e, occorre aggiungere, lo stesso concetto di “abuso” si declina diversamente a seconda del settore tributario esaminato.

La struttura del capitolo è costituita da tre sezioni, tramite le quali si esamina la categoria della selettività fiscale nelle normative di carattere generale, rinviando al prossimo capitolo il tema dei *tax ruling*. La trattazione si sviluppa attraverso l'evoluzione diacronica della nozione di ‘aiuto fiscale’, antepoendo all'analisi della giurisprudenza (sez. 2 e 3) la presentazione dei presupposti su cui si fonda la categorizzazione qui proposta (sez. 1).

⁶ Il che è perfettamente in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che afferma che «se la materia [fiscale] rientra, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono però esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione» cfr., *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 14 febbraio 2019, in cause riunite cause T-131/16 e T-263/16, *Belgio e a. c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2019:91, punto 62.

⁷ L'accertamento della selettività trova applicazione anche al di fuori delle ipotesi qualificabili come strettamente tributarie. Si vedano, *ex multis*, la giurisprudenza citata nella sez. 3.1 del presente capitolo rispetto ai diritti aeroportuali; la sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-15/14 P, *Commissione c. MOL*, in Raccolta generale (Raccolta digitale), ECLI:EU:C:2015:362, rispetto alla determinazione dei diritti di estrazione mineraria e la sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, in causa C-70/16 P, *Comunidad Autónoma de Galicia e a. c. Commissione*, in Raccolta generale (Raccolta digitale) ECLI:EU:C:2017:1002, rispetto ai contributi per lo sviluppo della tecnologia del cd. digitale terrestre.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 4 luglio 2019, in causa C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt. c. Nemzeti Adó-és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI: ECLI:EU:C:2019:567, punto 155.

2.1 La ‘selettività della misura’ oltre il “test in tre fasi”

«Con riguardo in particolare a misure nazionali che attribuiscono un vantaggio fiscale, occorre rammentare che una misura di siffatta natura che, pur non implicando un trasferimento di risorse statali, collochi i beneficiari in una situazione finanziaria più favorevole rispetto agli altri contribuenti è idonea a recare un vantaggio selettivo ai beneficiari e costituisce, pertanto, un aiuto di Stato (...). Per contro non costituisce un siffatto aiuto ai sensi della menzionata disposizione un vantaggio fiscale applicabile senza distinzione a tutti gli operatori economici»⁹.

Questo l'*incipit* ricorrente nella giurisprudenza della Corte di giustizia quando viene operata la sussunzione di normative fiscali nazionali all'interno dell'art. 107(1) TFUE. La formula evidenzia la distinzione tra azioni statali di genuina politica economica, estranee al controllo sugli aiuti di Stato, rispetto agli abusi di tale competenza, risultanti in indebiti ‘vantaggi selettivi’. Tale categoria, a sua volta, si declina in un insieme disomogeneo di sottocategorie: selettività geografica e materiale; selettività *de jure* o *de facto*¹⁰; selettività *prima facie* o *a priori*¹¹, solo per citare quelle più ricorrenti.

Proprio l'inesistenza di categorie consolidate spinge a ricercare nuove chiavi di lettura. Il presupposto metodologico che orienta il presente lavoro - è bene evidenziarlo ancora una volta - è quello per cui, quando la Corte di giustizia interpreta la nozione di aiuto di Stato in relazione alle normative fiscali nazionali, questa non

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-20/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:981, punto 56; Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2013, in causa C-6/12, *P Oy*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2013:525, punto 18.

¹⁰ Si veda quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza del 15 novembre 2011, in cause riunite C-106/09 P and C-107/09 P, *Commissione e a. c. Governo di Gibilterra a.*, in Raccolta, 2011, I, p. 11113, ECLI:EU:C:2011:732, punto 91: «la qualificazione di un sistema fiscale come “selettivo” non dipende dal fatto che quest'ultimo sia concepito in maniera che le imprese che beneficiano eventualmente di un vantaggio selettivo siano, in generale, assoggettate agli stessi oneri fiscali delle altre imprese, ma godano di deroghe, di guisa che il vantaggio selettivo possa essere identificato come la differenza tra l'onere fiscale normale e quello sopportato da tali prime imprese».

¹¹ Si veda la categorizzazione adottata in Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE*, C/2016/2946, GU C 262, 19.7.2016, p. 1, punti 117 ss.

compie tale valutazione in astratto, avendo in mente un modello unico di ‘aiuto fiscale’; al contrario, questa compie un giudizio di compatibilità della normativa interna in relazione a modelli tributari “sovrnazionali” implicitamente affermati tramite la propria interpretazione. Riconoscere tale profilo, e quindi l’esistenza di una “pluralità di selettività”, permette di ricomporre l’apparente incongruenza delle pronunce della Corte.

2.1.1 Le ricostruzioni dottrinali esistenti in tema di selettività: tra “deroga dal sistema di riferimento” e “discriminazione tra contribuenti”

Il fulcro dell’analisi giuridica svolta nei casi di aiuti di Stato fiscali si incentra su ‘vantaggio’ e ‘selettività’, concetti che, in materia fiscale, perdono la loro autonomia dogmatica a favore della categoria del ‘vantaggio selettivo’¹². Questa richiede di dimostrare che «la misura fiscale di cui trattasi introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell’obiettivo perseguito da tale sistema, in una situazione fattuale e giuridica comparabile (...) [N]on soddisfa tale condizione di selettività un provvedimento che sebbene costitutivo di un vantaggio per il suo beneficiario, sia giustificato dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce»¹³.

Ad oggi, l’elaborazione giurisprudenziale ha precisato i contorni generali del relativo test, articolandolo in tre fasi: una prima, volta a definire la “cornice di riferimento”; una seconda, relativa all’esistenza di una deroga dal sistema o una

¹² Costituisce giurisprudenza consolidata l’ammissibilità di un’analisi congiunta dei due requisiti senza che ciò costituisca un errore di diritto. Si veda, sul punto, la sentenza della Corte di giustizia *MOL*, cit., punto 59.

Si veda, in senso contrario, C. MICHEAU, *State aid and Taxation in EU law*, in E. SZYSZCZAK, *Research Handbook on European State Aid Law*, Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 197 ss; W. SCHÖN, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, cit., il quale evidenzia come la nozione di vantaggio debba essere nettamente distinta dalla selettività: il primo, riguarda meccanismi interni ai sistemi tributari e guarda all’oggettiva riduzione dei costi dell’impresa in conseguenza della disposizione in oggetto; la seconda, dovrebbe invece considerare la singola disposizione avuto riguardo alla diversa applicazione soggettiva della stessa rispetto a soggetti che si trovano in condizione equivalente.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia, del 16 marzo 2021, in causa C-596/19P, *Commissione c. Ungheria*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:202, punti 37-38.

discriminazione tra operatori che si trovano nella stessa posizione all'interno del sistema; ed infine, l'ultima fase, relativa alla giustificazione di una misura *prima facie* selettiva¹⁴.

Il test così vagamente definito¹⁵ - la Corte non ha mai precisato quali siano i criteri per l'identificazione del quadro di riferimento entro cui la comparazione deve essere operata¹⁶ - ha legittimato letture ed interpretazioni eterogenee da parte della dottrina¹⁷, che ha tentato di sistematizzare la giurisprudenza della Corte attorno a due

¹⁴ Si veda, ex multis, P. LOEWENTHAL, *La théorie de la sélectivité des mesures fiscales entre discrimination et «analyse en trois étapes»*, in *Revue des affaires européennes*, 2019, II, pp. 233 ss.

¹⁵ K. BACON, *State aids and General measures*, in *Yearbook of European Law*, 1997, pp. 269 ss. evidenzia criticamente fin da subito il carattere "descrittivo più realmente prescrittivo" del test utilizzato dalla Commissione nei primi casi di aiuti fiscali.

¹⁶ Questi sono stati proposti dalla Commissione nella *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit. (nt. 21), punti 132 ss. ma si tratta evidentemente di un atto privo di efficacia realmente precettiva, tuttalpiù idoneo a vincolare la Commissione ad attenersi a quanto qui indicato in virtù del principio del legittimo affidamento.

¹⁷ Si veda, tra i contributi più rilevanti, A. BARTOSH, *Is there a rule of reason in State aid law? Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity*, in *Common Market Law Review* (47), 2010, pp. 729 ss.; A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali*, cit.; J. L. BUENDIA SIERRA, *Finding selectivity or the art of comparison*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2018, 85 ss.; G. CAPUTI, *La Selettività in generale*, in M. INGROSSO – G. TESAURO, *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009, 191 ss.; C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino, 2012, 100 ss.; L. HANCHER – T. OTTERVANGER – P. J. SLOT., *Eu State aids*, Sweet & Maxwell, Londra, 2012 cap. 10; B. KURCZ – D. VALLINDAS, *Can general measures be... selective? Some thought on the interpretation of a State aid definition*, in *Common Market Law Review* (45), 2008, pp. 159 ss.; J. J. PIERNAS LÓPEZ, *Revisiting some Fundamentals of Fiscal Selectivity: The ANGED Case*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2018, II, pp. 274 ss.; C. MICHEAU, *Tax selectivity in European law of State aid: legal assessment and alternative approaches*, in *European Law Review*, 2015, pp. 1 ss.; R. H. C. LUJA, *The Selectivity test: the concept of Sectoral Aid*, in A. RUST – C. MICHEAU, *State aid and tax Law*, cit. (nt. 11), pp. 107 ss.; C. ROMARIZ, *Revisiting material selectivity in EU State aid Law – or the ghost of "yet-to-come"*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2014, pp. 39 ss.; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Hart Publishing, Oxford, 2015, cap. 3; L. SALVINI, *Aiuti di Stato in materia fiscale*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 127-150.

Quanto alle opinioni espresse dagli Avvocati generali, si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Darmon del 17 marzo 1992, in causa C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*, ECLI:EU:C:1993:97; le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 8 maggio 2001, in causa C-53/00, *Ferring*, ECLI:EU:C:2001:253; conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 20 ottobre 2005, in causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione (Azzorre)*, ECLI:EU:C:2005:618; le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 2 luglio 2009, in causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*, ECLI:EU:C:2009:420; le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen del 8 luglio 2010, in cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2010:411; le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen del 7 aprile 2011, in cause riunite da C-106/09 P and C-107/09 P, *Commissione europea e a. c. Governo di Gibilterra e a.*, ECLI:EU:C:2011:215; le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 24 settembre 2014, in causa C-518/13, *Eventech*, ECLI:EU:C:2014:2239; conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 22 gennaio 2015, in causa C-

concetti fondamentali: da un lato, quello di “deroga dal quadro generale di riferimento”; dall’altro, quello di “discriminazione tra imprese contribuenti”, espressioni ricorrentemente citate nella giurisprudenza della Corte¹⁸.

Tali sforzi interpretativi si sono tuttavia concentrati, in via prevalente, sulla ricerca di test concretamente applicabili al fine di garantire maggior certezza del diritto, a discapito di riflessioni di più ampio respiro sull’obiettivo perseguito da Commissione e Corte di giustizia tramite un’interpretazione estensiva e distante dal dato letterale dell’art. 107(1) TFUE.

Il procedimento logico generalmente adottato dagli interpreti parte dall’individuazione, a dire il vero piuttosto assertiva, di un principio di cui la selettività è (o dovrebbe essere) espressione – il già citato principio di non discriminazione o il concetto di deroga da un regime di riferimento – alla luce del quale declinare i vari passaggi del “test in tre fasi”. L’estrema genericità con cui questo è stato definito permette, in effetti, di giungere a conclusioni tra loro molto distanti in merito alla stessa questione a seconda dell’interprete¹⁹, contraddicendo palesemente il carattere “oggettivo” della nozione di ‘aiuto’²⁰. In particolare – e questo è il profilo su cui la presente ricostruzione insiste – la relazione esistente tra analisi giuridica svolta dalla

15/14 P, *MOL*, ECLI:EU:C:2015:32; le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 16 aprile 2015 in causa C-66/14, *Finanzamt Linz*, ECLI:EU:C:2015:242; le conclusioni dell’Avvocato generale Bobek del 21 aprile 2016, in causa C-270/15 P, *Belgio c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2016:289; le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 9 novembre 2017, in cause riunite C-234/16 e C-235/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2017:853; le conclusioni dell’Avvocato generale Saugmandsgaard Øe del 19 settembre 2018, in causa C-374/17, *A-brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741; da ultimo, le conclusioni dell’Avvocato generale Pikamäe del 16 dicembre 2021, in causa 898/19 P, *Irlanda c. Commissione*, ECLI:EU:C:2021:1029.

¹⁸ Si veda, tra la giurisprudenza più significativa, la sentenza della Corte di giustizia *World duty Free*, cit., punto 54, la sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit., par. 75 e 101, la Sentenza *MOL*, cit., punto 54. In dottrina, si vedano M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato*, Aracne, Roma, 2017, pp. 230; W. SCHÖN, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, cit.; P. J. WATTEL, *Comparing criteria: State aid, Free movement, Harmful Tax competition and Market Distorting disparities*, in I. RICHELLE – W. SCHÖN – E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, Berlino, 2016.

¹⁹ Si vedano, in proposito, le conclusioni dell’Avvocato generale Saugmandsgaard Øe 19 settembre 2018, in causa C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741, punti 62 ss.

²⁰ si veda, *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, *British Aggregates association c. Commissione*, C-487/06 P, in Raccolta, 2008, I, 10515, ECLI:EU:C:2008:757, punto 111.

Corte e disciplina tributaria nazionale oggetto di scrutinio è stata sovente ignorata, considerandola una questione di fatto, estranea all'art. 107(1) TFUE.

Ciò ha determinato l'affermarsi di una prospettiva di analisi incompleta, e quindi ingannevole. Innanzitutto, la spasmodica attenzione ai test ha ingenerato confusione tra gli elementi sostanziali e quelli probatori dell'analisi giuridica. Occorre ribadire che la selettività è uno degli elementi costitutivi dell'aiuto di Stato e non va sovrapposta al già citato "test in tre fasi", che rappresenta unicamente uno strumento – non esclusivo, come si è visto nel precedente capitolo – di formalizzare l'analisi giuridica richiesta alla Commissione nella sua attività investigativa, analisi soggetta al vaglio della Corte di giustizia.

In secondo luogo, la ricerca di un modello unitario di aiuto di Stato fiscale si scontra con l'evidente eterogeneità dell'analisi condotta nei singoli casi, eterogeneità che viene stigmatizzata in quanto indice di incertezze concettuali in seno alla stessa Corte²¹. Se non può certo escludersi che la varietà delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza comunitaria sia in parte espressione di un'incertezza di fondo sulla direzione verso cui la Corte intende orientare la fiscalità UE, occorre qui ribadire come la principale fonte di confusione appaia, ad oggi, l'utilizzo di una prospettiva di indagine incompleta: concentrare l'attenzione sull'esegesi dei test proposti dalla Corte senza interrogarsi sul rapporto tra art. 107(1) TFUE e segmenti (eterogenei) della competenza tributaria nazionale non permette, infatti, di comprendere le motivazioni per cui le singole normative sono state (o meno) considerate in contrasto con l'art. 107 TFUE.

²¹ Si vedano le riflessioni di A. GIRAUD – S. PETIT, *Spanish Fiscal Aid Cases: the Good, the Bad and the Unclear, Combined Annotation on Case T-219/10, Autogrill España v. Commission, Case T-399/11, Banco Santander and Santusa v. Commission, and Case T-140/13, Netherlands Maritime Technology Association*, in *European State aid Law Quarterly*, 2015, II, 295 ss. e C. QUIGLEY, *Direct Taxation and State aid: Recent Developments concerning the Notion of Selectivity*, 2012, II, pp. 112 ss.

2.1.2 La ‘selettività’ della misura quale abuso delle competenze regolamentari nazionali

L’identificazione degli “obiettivi perseguiti dal regime” è l’elemento chiave nella comprensione del concetto di ‘selettività’, tramite il quale vengono concretamente definiti i rapporti tra ordinamenti fiscali nazionali e controllo di carattere sovranazionale²². Il riferimento agli “obiettivi del sistema” non riflette la volontà della Corte di legittimare gli Stati, in termini assoluti, a perseguire obiettivi micro e macroeconomici tramite il proprio sistema fiscale²³. Piuttosto, la locuzione evidenzia la consapevolezza della Corte in merito alla complessità che caratterizza i regimi tributari nazionali. All’interno della normativa *lato sensu* tributaria degli Stati membri è, infatti, individuabile una pluralità di regimi, tra loro eterogenei, quanto a funzioni e struttura, profili che non possono essere ignorati al momento di applicare l’art. 107 (1) TFUE. Da ciò la distinzione tra obiettivi, per così dire “intrinseci” ed obiettivi “estrinseci” perseguiti dallo Stato membro: mentre i primi, come accennato, costituiscono fondamentali presupposti per la determinazione del sistema di riferimento, i secondi, anche se pienamente conformi agli obiettivi perseguiti dell’Unione stessa, non sono idonei a sottrarre le scelte fiscali nazionali allo scrutinio della Commissione²⁴.

²² Si vedano, sul punto, le Conclusioni al caso *Belgio c. Commissione*, cit., punti 21-39; Conclusioni dell’Avvocato generale Wahl 20 dicembre 2017, in causa C-203/16 P, *Dirk Andres BauHolding GmbH c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2017:1017, punti 168-187. Si vedano, da ultimo, le riflessioni contenute nella recente sentenza del Tribunale del 27 giugno 2019, in causa T-20/17, *Ungheria c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:448, punto 71 «Dalla giurisprudenza risulta che, quando è menzionata la natura del sistema «normale», è l’obiettivo assegnato a quest’ultimo che è preso in considerazione, mentre, quando è menzionata la struttura del sistema «normale», sono le sue norme per la tassazione ad essere prese in considerazione. Va sottolineato che la nozione di obiettivo o di natura del sistema fiscale «normale» di cui sopra si riferisce ai principi informativi o basilari di tale sistema fiscale e non si riferisce né alle politiche che possono, se del caso, essere finanziate con le risorse che esso procura, né agli obiettivi che potrebbero essere perseguiti mediante l’introduzione di deroghe a tale sistema fiscale».

²³ Si vedano, sul punto, la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C-487/06 P, *British aggregates Association c. Commissione*, cit., punti 79-92; la sentenza della Corte di giustizia del 2 luglio 1974 in causa C-173/73, *Italia c. Commissione*, in Raccolta, 1974, 709, ECLI:EU:C:1974:71.

²⁴ Sentenza *British aggregates Association c. Commissione*, cit., punto 92 «Tuttavia, la necessità di tener conto delle esigenze di tutela dell’ambiente, per legittime che siano, non giustifica l’esclusione di misure selettive, fossero anche specifiche come le ecotasse, dall’ambito di applicazione dell’art. 90 [107], n. 1, CE [TFUE]».

Accolta tale prospettiva, la stessa struttura del “test in tre fasi” sembra rivelare una diversa e ben maggiore profondità di indagine: l’analisi non è mai condotta in astratto, declinando formalisticamente i tre passaggi al fine di individuare una discriminazione tra operatori o una deroga priva di giustificazione; piuttosto, la giurisprudenza della Corte declina il concetto di ‘aiuto fiscale’ in modo diverso a seconda delle caratteristiche proprie dei diversi regimi fiscali oggetto di scrutinio, giungendo ad esiti differenti. L’analisi condotta ex art. 107 TFUE in relazione alla disciplina dei redditi di impresa è differente rispetto alla tassazione per il finanziamento di servizi pubblici ed ancora differente risulta essere il controllo operato in tema di contributi a carattere regolatorio, quali le ecotasse. L’eterogeneità dell’analisi evidenzia, allora, come il reale oggetto dell’indagine condotta dalla Corte ex art. 107 TFUE sia la specifica competenza fiscale nazionale, e quindi, la compatibilità dell’esercizio della stessa con un modello implicitamente proposto dalla Corte.

Il secondo ed il terzo passaggio del test intendono accertare se, avuto riguardo ad uno specifico ambito della competenza fiscale nazionale – poniamo la disciplina delle imposte sui redditi delle società – la scelta operata dallo Stato appaia coerente con il modello di tassazione che la Corte intende affermare. In questo settore, come meglio evidenziato nel seguito, la Corte ha dichiarato l’incompatibilità di sgravi fiscali volti ad incentivare obiettivi micro o macroeconomici²⁵ esterni al settore fiscale, ed in particolare indipendenti dal parametro della capacità contributiva. Non è, al contrario, rilevante che il vantaggio fiscale sia potenzialmente accessibile a tutte le imprese, subordinato alla sola condizione che queste compiano l’operazione indicata dal legislatore per ottenere lo sgravio fiscale. Questa interpretazione si impone, oggi, a seguito del noto caso *World duty free*, tramite cui la Corte di giustizia – a Grande sezione – ha ribaltato la più restrittiva interpretazione proposta dal Tribunale in tema

²⁵ A tal proposito, la giurisprudenza pare non aver seguito la proposta della dottrina di considerare estranee all’applicazione dell’art. 107 TFUE le normative che perseguono genuinamente obiettivi macroeconomici. Cfr. M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid: a nonconformist view on and beyond case law*, in *World Competition*, 2016, IV, pp. 533 ss.

di sgravi fiscali aperti alla generalità delle imprese (*infra* sez. 3.2 del presente capitolo).

Dalla ricostruzione qui proposta discende allora la necessità di ridimensionare l'importanza dei riferimenti al principio di discriminazione piuttosto che al concetto di "deroga", i quali risultano essere, nei fatti, utilizzati in maniera alternativa. Nessuno dei due concetti va inteso in termini assoluti, come obiettivo a cui il controllo sugli aiuti di Stato sarebbe funzionale; questi rappresentano unicamente indici di un "abuso della competenza tributaria" da parte dello Stato membro. Del resto, l'interpretazione opposta si presta a critiche difficilmente superabili: da un lato, l'utilizzo dell'art. 107 TFUE quale strumento generale di controllo contro ogni discriminazione economica perpetrata dagli Stati membri, benchè astrattamente riconducibile ai principi della costituzione economica delineata dai Trattati²⁶, si porrebbe manifestamente al di fuori del mandato conferito a Commissione e Corte. Inoltre, l'analisi richiesta nel singolo caso dovrebbe valorizzare in modo ben più approfondito i profili di analogia tra gli operatori coinvolti affinché la comparabilità tra gli stessi provi l'esistenza di una discriminazione²⁷. D'altro canto, nemmeno un'interpretazione formale incentrata sul concetto di deroga pura e semplice può essere accolta; non si comprende, infatti, in che modo la semplice introduzione di una deviazione da un sistema tributario nazionale possa, in sé stessa, essere equiparata alla dazione di un aiuto di Stato. Questa interpretazione sarebbe peraltro inapplicabile in tutte le tasse di nuova introduzione²⁸;

²⁶ Sul rapporto tra controllo sugli aiuti di Stato e principio di non discriminazione, sia consentito il rinvio a quanto scritto a proposito delle impugnazioni proposte da Ryanair contro gli aiuti al supporto aereo durante la pandemia. Cfr. R. FEDERICO, *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, in *Eurojus*, 2021, 2, pp. 166 ss.

²⁷ I casi in cui sono coinvolti sia profili attinenti alla libertà di circolazione che aiuti di Stato evidenziano infatti la differente struttura dell'analisi svolta da Corte ed Avvocati generali: molto più sintetica ed assertiva nel caso dell'art. 107 TFUE con pochissimi riferimenti agli elementi caratterizzanti degli operatori economici. Si vedano, ex multis, le Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 9 novembre 2017, in cause C-236/16 e C-237/16, *ANGED*, ECLI:EU:C:2017:854; Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 13 giugno 2019, in causa C-75/18, *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt.*, ECLI:EU:C:2019:492; P. J. WATTEL, *Comparing criteria: State aid, Free movement, Harmful Tax competition and Market Distorting disparities*, cit.

²⁸ Si vedano ancora le Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott al caso *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési Zrt*, cit., punti 170 ss., in cui viene proposto di adottare un test meno severo per le normative di nuova introduzione, test sostanzialmente volto ad indagare che le nuove normative non abbiano alcun "fondamento razionale".

infine, la generalizzata limitazione della facoltà degli Stati membri di graduare diversamente, appunto tramite disposizioni derogatorie, la pressione fiscale sui contribuenti sarebbe una restrizione evidentemente intollerabile ed irragionevole alla ‘sovranità fiscale nazionale’.

I due concetti, perché mantengano una concreta utilità ricostruttiva, devono essere intesi correttamente ed esaminati in relazione al rapporto tra esercizio della competenza tributaria interna ed il paradigma normativo imposto dalla Corte di giustizia. Riconosciuti tali presupposti, si comprende come la “deroga” riguardi il modello tributario che la Corte intende affermare piuttosto che il solo settore tributario interno; oppure, che la discriminazione interessa i soggetti che si trovano nella medesima situazione nella prospettiva della Corte di giustizia, a prescindere da come la normativa nazionale suddivida i soggetti passivi del tributo. Così, richiamando l’esempio fatto più sopra, la deroga illegittimamente posta in essere dalla Spagna riguardava il modello di imposta sui redditi delle società che la Corte intendeva affermare e non la *Ley del Impuesto sobre Sociedades*; ancora, la discriminazione è stata individuata a prescindere dai principi normativi concretamente vigenti nell’ordinamento tributario spagnolo – è sufficiente constatare come tra le disposizioni nazionali esaminate dalla Corte manchi la Costituzione – per concentrarsi sui rapporti tra operatori economici concretamente intesi.

Si impone, infine, una precisazione a proposito dell’ultimo passaggio del test. L’analisi della “giustificazione” si distingue tanto da quanto previsto in materia antitrust che dalla tipica ‘*rule of reason*’ del mercato interno²⁹. La distorsione della concorrenza causata da una misura fiscale *prima facie* selettiva non può, infatti, essere bilanciata né con eventuali vantaggi pro-competitivi né con un numero potenzialmente illimitato di legittimi obiettivi di politica pubblica. La deviazione dai principi che

²⁹ Per quanto concerne la materia antitrust, si veda, *ex multis*, H. HOVENKAMP, *The rule of reason*, in *Faculty scholarship at Penn Law*, 2018, pp. 1778 ss.; A. JONES – B. SUFRIN – N. DUNNE, *Eu Competition law*, 7a edizione, 2019, pp. 261 ss.;

Rispetto alla materia delle libertà fondamentali, si veda L. Rossi - S. J. CURZON, *An evolving “rule of reason” in the Internal Market*, in G. BONGIOVANNI – G. SARTOR – C. VALENTINI (a cura di) *Reasonableness and Law*, 2009, pp. 405 ss.

regolano il tributo può, infatti, essere giustificata solo per far fronte a necessità di corretto funzionamento del sistema fiscale, ossia sulla base di esigenze intrinseche allo stesso³⁰. Ciò include tanto la basilare funzione solidaristica del prelievo fiscale³¹ che le necessità legate all'amministrazione stessa dell'imposizione. Rimangono, al contrario, estranee, motivazioni *lato sensu* extrafiscali, le quali assumeranno rilevanza nel successivo scrutinio di compatibilità della misura³².

2.1.3 Gli “obiettivi del sistema” come chiave interpretativa

La proposta di una lettura alternativa della selettività fiscale impone ora di meglio definire quanto fin qui accennato in merito all'esistenza di “modelli tributari impliciti”, che vengono codificati tramite il controllo sugli aiuti di Stato.

A tal fine occorre, innanzitutto, richiamare la ricostruzione dogmatica dell' “inquadramento”³³ effettuata tramite gli strumenti di integrazione negativa. La dottrina ha, infatti, evidenziato la funzione ri-regolatoria degli stessi, nella misura in cui introducono un limite all'esercizio delle competenze degli Stati membri, anche in ambiti non coperti da atti di diritto derivato³⁴. In materia di fiscalità diretta, in

³⁰ Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Paint Graphos*, cit., punti 69-70 «Si deve altresì ricordare che una misura in deroga rispetto all'applicazione del sistema tributario generale può essere giustificata qualora tale misura discenda direttamente dai principi informatori o basilari di tale sistema tributario. In proposito occorre distinguere tra, da un lato, gli obiettivi che persegue un determinato regime tributario e che sono ad esso esterni e, dall'altro, i meccanismi inerenti al sistema tributario stesso, che sono necessari per il raggiungimento di tali obiettivi».

Di conseguenza, esenzioni fiscali che fossero riconducibili a uno scopo estraneo al sistema impositivo in cui si collocano non possono sottrarsi alle esigenze derivanti dall'art. 87, n. 1, CE».

³¹ Sono in questo senso esemplari i casi aventi ad oggetto le imposte sul fatturato introdotte da Ungheria e Polonia (*infra* sez. 2.3.4 del presente capitolo).

³² Si veda sul punto la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C- 487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, cit., punti 85-88.

³³ Il concetto di “inquadramento” è, come noto, una proposta ricostruttiva di Koen Lenaerts. Si veda, *ex multis*, K. LENAERTS – L. BERNARDEAU, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, pp. 19 – 109; K. LENAERTS, *State Aid and Direct Taxation*, in H. KANNINEN, N. KORJUS and A. ROSAS (a cura di), *EU Competition Law in Context, Essays in Honour of Virpi Tilli*, Hart Publishing, Oxford 2009, pp. 291 ss., ID. *Federalism and the Rule of Law: perspectives from the European Court of justice*, in *Fordham international law journal* (33), 2011, V, pp. 1338 ss.

³⁴ In particolare, in materia di fiscalità diretta, si veda L. AZOULAI, *The ‘retained powers’ formula in the Case Law of the European Court of Justice*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, 4, 2, pp. 192 ss.

particolare, le libertà fondamentali ed il controllo sugli aiuti di Stato permettono di elidere le disposizioni normative nazionali capaci di alterare la circolazione delle imprese nel mercato interno, tanto in senso limitativo che incentivante, e lo fanno a prescindere dai necessari interventi di armonizzazione delle discipline nazionali.

Adottata tale prospettiva di analisi, emergono due profili, tra loro complementari, nella giurisprudenza della Corte.

In primo luogo, l'”inquadramento” non è fatto in astratto ma segue le caratteristiche dello specifico settore tributario all'interno del quale la misura esaminata si colloca. Questo determina la presenza una pluralità di test o, in altre parole, declinazioni eterogenee del concetto di selettività a seconda del settore interessato.

In secondo luogo, la natura “derogatoria o discriminatoria” della misura non è mai identificata avuto riguardo unicamente alla normativa nazionale oggetto di scrutinio; essa sanziona il conflitto della scelta nazionale con un modello di tassazione “fisiologico” che la Corte intende affermare.

Al primo profilo si connette la rilevanza sempre maggiore assunta dalla corretta identificazione della “cornice di riferimento” entro la quale svolgere l'analisi di comparazione nella giurisprudenza della Corte³⁵. Tale passaggio è, infatti, funzionale ad identificare le peculiarità dei vari regimi normativi appartenenti al più ampio *genus* dei tributi. Quest'ultimo si compone di istituti caratterizzati dalla comune struttura impositiva tramite cui i pubblici poteri operano prelievi di ricchezza privata per finalità pubblicistiche³⁶ ma, al di là di tale profilo, gli istituti mantengono funzioni e strutture differenti. Del resto, la stessa dottrina tributaria ha evidenziato da tempo l'eterogeneità

³⁵ Si vedano, in proposito, la sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2006, in causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione (Azzorre)*, in Raccolta, 2006 I, 7115, ECLI:EU:C:2006:511, punti 54 ss.; sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2009, in causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri (Porti sardi)*, in Raccolta, 2009, I, 10821, ECLI:EU:C:2009:709, punti 61 ss.; Sentenza della Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate (Paint Graphos)*, 2011, I, 7611, punti 49 ss.; Sentenza *Commissione europea c. Governo di Gibilterra*, cit., punti 87 ss.; sentenza del 29 marzo 2012, in causa C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate (3M)*, punti 40 ss.; sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2014, in causa C- 522/13, *Ministero de Defensa e Navantia*, ECLI:EU:C:2014:2262, punti 34 ss.

³⁶ si veda, sul punto, C. SACCHETTO, voce ‘Tassa’, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Giuffrè, Milano, 1992; G. GORLA, voce ‘Diritto tributario (giurisprudenza costituzionale)’, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffrè, 1970.

degli istituti che sono ricondotti all'interno della più ampia nozione di 'tributo'³⁷. Se le categorie nazionali non sono evidentemente applicabili direttamente nell'analisi del diritto tributario europeo, queste sono rilevanti nella misura in cui confermano la presenza di differenze sostanziali nella materia oggetto di indagine.

Alla definizione di "cornice di riferimento" si accompagna allora un profilo di ambiguità, mai espressamente chiarito dalla giurisprudenza: con la sua formalizzazione nel caso *Azzorre* (*infra* sez. 2.1 del presente capitolo), la struttura della selettività ha radicalmente mutato natura, passando da un'indagine "fattuale o empirica", volta cioè ad identificare una categoria di imprese esclusive beneficiarie della misura, ad una comparazione "giuridica" tra soggetti passivi alla luce dei loro caratteri tipici.

Così, mentre la giurisprudenza più risalente identificava la natura selettiva della misura nel fatto che il vantaggio fosse rivolto unicamente alle imprese di piccole dimensioni³⁸, alle imprese di un certo settore economico³⁹ o aventi una specifica forma giuridica⁴⁰, l'analisi della Corte si è sempre più chiaramente spostata sulla relazione esistente tra

³⁷ La dottrina tributaria distingue tradizionalmente tra 'imposte', la cui funzione principale è quella di reperire le risorse per il finanziamento delle spese pubbliche sulla base della capacità contributiva dei soggetti passivi; 'tasse', con funzione cd. paracommutativa, dovuta cioè in virtù dell'accesso o fruizione di servizi pubblici e prestazioni della PA; e 'contributi', una categoria di tributo svincolata tanto dai servizi pubblici che dalla funzione solidaristica delle imposte e finalizzato ad obiettivi specifici di volta in volta identificati dal legislatore. Si veda, per l'ordinamento italiano, G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, CEDAM, Padova, 2014, 9-20; 139-156; G. MELIS, *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2019, 15-39; Si veda, in prospettiva comparata, V., THURONYI– K. BROOKS – B. KOLOZS, *Comparative tax law*, cit., capitolo 3.

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 2003, in causa C-409/00, *Spagna c. Commissione*, in Raccolta, 2003, I, 1487, ECLI:EU:C:2003:92.

³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 dicembre 2005, in causa C-148/04, *Unicredito italiano*, in Raccolta, 2005 I, p. 11137, ECLI:EU:C:2005:774; sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006, in causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, in Raccolta, 2006 I, p. 289; sentenza del 3 marzo 2005, in causa C-172/03, *Heiser*, in Raccolta, 2005, I, 1627, ECLI:EU:C:2005:130; sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, in causa C-308/01, *GIL Insurance e a.*, in Raccolta, 2004, I, p. 4777, ECLI:EU:C:2004:252.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2006, in cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 c. Commissione europea*, in Raccolta, 2003, I, p. 5479, ECLI:EU:C:2006:416.

soggetti favoriti ed altre imprese, avuto riguardo alla “cornice di riferimento”, fino a negare la natura selettiva di misure di vantaggio con un unico beneficiario⁴¹.

Il secondo profilo sopra menzionato, relativo alla funzione “innovativa” e non meramente dichiarativa dell’analisi della Corte, trova riscontro nei frequenti riferimenti della Corte agli “obiettivi del regime” ed ai concetti di “deroga o discriminazione”. Inizialmente *l’obiettivo* considerato rilevante era quello perseguito dal legislatore nazionale⁴² ed il carattere selettivo della misura veniva fatto discendere dall’incongruenza tra obiettivo dichiarato ed attuazione pratica, tale da evidenziare il perseguimento di finalità diverse, generalmente rientranti nella politica industriale⁴³. Gradualmente tale interpretazione è stata sostituita con una di carattere oggettivo, per cui la Corte compie la propria valutazione avuto riguardo alla «natura e finalità dell’imposta»⁴⁴ o «l’obiettivo perseguito da[l] regime giuridico»⁴⁵. Tale cambiamento consente alla Corte di intervenire in misura diretta sui sistemi tributari nazionali, individuandone essa stessa i principi regolatori.

La possibilità di interpretare, seppure indirettamente, in quanto elementi di fatto⁴⁶, le normative tributarie nazionali consente alla Corte di affermare

⁴¹ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:354; Sentenza *MOL*, cit.; sentenza *Comunidad autonoma de Galicia*, cit.

⁴² Si veda in tal senso la sentenza della Corte di giustizia del *Adria-Wien*, cit. Ai fini dell’applicazione dell’art. [92] 107 del Trattato, è (...) Occorre unicamente determinare se, nell’ambito di un dato regime giuridico, un provvedimento statale sia tale da favorire «talune imprese o talune produzioni» ai sensi dell’art. 92, n. 1, del Trattato rispetto ad altre imprese che si trovino in una situazione fattuale e giuridica analoga tenuto conto dell’obiettivo perseguito dal provvedimento interessato.

⁴³ Sentenza *Adria-Wien Pipeline*, cit., punto 54; Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit., punti 122 ss.; Sentenza *British aggregates association*, cit., punto 65.

⁴⁴ Sentenza della Corte di giustizia *Presidente del Consiglio dei Ministri (Porti sardi)*, cit. punto 63.

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, cit., punto 74.; Sentenza della Corte di giustizia *World Duty Free*, cit., punto 57. Ancor più chiaramente, si veda il giudizio di rinvio al caso *World duty Free*, Sentenza del Tribunale del 15 novembre 2018, in causa T-219/10 RENV, *World Duty Free e a. c. Commissione europea*, ECLI:EU:T:2018:784, punti 143 -156, «(...) Per quanto riguarda la seconda fase del metodo menzionato (...), sebbene la Corte abbia fatto riferimento all’obiettivo perseguito dal «provvedimento interessato», la stessa ha tuttavia, in seguito, fatto riferimento all’obiettivo perseguito dal «regime giuridico» nel quale si inserisce il medesimo provvedimento (...).

⁴⁶ Sentenza *Dirk Andres BauHolding GmbH c. Commissione europea*, cit., punti 77-78, «(...) occorre ricordare che è vero che la valutazione dei fatti e degli elementi di prova, salvo il caso dello snaturamento di tali fatti e di tali elementi di prova, non costituisce una questione di diritto, come tale soggetta al sindacato della Corte nell’ambito di un’impugnazione. Tuttavia, qualora il Tribunale abbia

implicitamente modelli nuovi ed autonomi, rispetto ai quali la normativa nazionale derogherebbe o presenterebbe tratti discriminatori. Come più sopra rilevato, la deviazione dal modello di riferimento individuata dalla Corte non è mai basata unicamente sulla fedele ricostruzione della struttura normativa nazionale ma su una lettura della stessa funzionale ad affermare un modello sovranazionale di tassazione, rispettoso della tutela del mercato interno. In tal modo, lo Stato membro rimane libero di definire le strutture fondamentali della propria normativa tributaria ossia di «determinare i criteri di imposizione e la ripartizione della pressione fiscale sui diversi fattori di produzione e settori economici»⁴⁷ ma la scelta di introdurre un determinato strumento di imposizione vincola lo Stato a rispettare i limiti considerati fisiologici ed insiti nello stesso, come identificati dalla Corte di giustizia.

Tale lettura del test della selettività trova conferma in uno degli arresti più noti in materia di selettività, il noto caso *Commissione c. Governo di Gibilterra*⁴⁸. Nel caso in esame la Commissione accertò l'incompatibilità con l'art. 107 TFUE della riforma tributaria attuata sul territorio di Gibilterra, una decisione indubbiamente basata sulla contrarietà del regime in esame rispetto ai canoni di corretta tassazione definiti in seno al gruppo ECOFIN contro le pratiche di concorrenza fiscale aggressiva⁴⁹. Se

accertato o valutato i fatti, la Corte è competente, in forza dell'articolo 256 TFUE, ad effettuare un controllo sulla qualificazione giuridica degli stessi e sulle conseguenze di diritto che ne sono state tratte. Pertanto, riguardo all'esame, nell'ambito di un'impugnazione, delle valutazioni del Tribunale in merito al diritto nazionale che, nel settore degli aiuti di Stato, costituiscono valutazioni di fatto, la Corte è competente solamente a verificare se vi sia stato uno snaturamento di tale diritto. Per contro, dato che l'esame, nell'ambito di un'impugnazione, della qualificazione giuridica sulla base di una disposizione del diritto dell'Unione che è stata data a tale diritto nazionale dal Tribunale costituisce una questione di diritto, esso rientra nella competenza della Corte”.

Si veda, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2014, in causa C-559/12 P, *Francia/Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) EU:C:2014:217, punto 83; sentenza *Hansestadt Lübeck c. Commissione*, cit. punti 61 – 63; sentenza della Corte di giustizia del 3 aprile 2014, in causa C-559/12 P, *Francia c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) EU:C:2014:217, punto 78 e giurisprudenza ivi citata; sentenza della Corte di giustizia del 20 dicembre 2017, in cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P, *Comunidad Autónoma del País Vasco e a. c. Commissione*, EU:C:2017:999, punto 97.

⁴⁷ *Ex multis*, sentenza della Corte di Giustizia *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit., punto. 97 e giurisprudenza ivi cit.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea, riunione ECOFIN del 1 dicembre 1997, 98/C 2/01; Consiglio, Codice di condotta sulla tassazione d'impresa.

Commissione e Corte di giustizia avessero valutato la normativa unicamente alla luce della struttura della tassazione adottata, come fatto dal Tribunale⁵⁰, ciò avrebbe portato a qualificare come non selettiva tale normativa, che aveva, in effetti, sostituito *ex novo* il quadro di riferimento⁵¹. La Corte, cassando il Tribunale, superò il “velo” della tecnica regolamentare adottata⁵², valutando incompatibile con l’art. 107 TFUE una tassazione di impresa volta a favorire l’insediamento delle società *off-shore*, modello tributario palesemente incompatibile con la tutela del mercato interno⁵³.

Il concetto di “modello tributario” cui si è finora fatto cenno non va evidentemente sovrapposto ai modelli impositivi autonomi disciplinati dall’ordinamento europeo, come l’imposta sul valore aggiunto (IVA) o i dazi doganali⁵⁴, la cui fattispecie impositiva è definita quasi interamente tramite il diritto derivato e relative norme di attuazione⁵⁵. La giurisprudenza in materia di aiuti di Stato fiscali definisce piuttosto i limiti – appunto, “inquadrando” – entro cui la competenza tributaria nazionale può legittimamente espandersi. Come dimostra chiaramente la giurisprudenza in materia di selettività regionale, lo Stato rimane libero di organizzare il proprio sistema tributario su base nazionale o substatuale ma, qualora opti per la seconda struttura di imposizione, deve farlo alle condizioni imposte dall’art. 107 TFUE (*infra* sez. 2.1 del capitolo 2).

Quanto fin qui evidenziato costituisce la base per una diversa lettura della giurisprudenza in tema di selettività, di cui si propone una rilettura, che valorizzi le

⁵⁰ Sentenza del Tribunale del 18 dicembre 2008, in cause riunite T-211/04 e T-215/04, *Governo di Gibilterra c. Commissione*, in Raccolta, 2008 II, p.3745, ECLI:EU:T:2008:595.

⁵¹ Si vedano, sul punto, le conclusioni dall’Avvocato generale Jääskinen del 7 aprile 2011, in cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione c. Governo di Gibilterra*, ECLI:EU:C:2011:215, in cui viene presentata una posizione fortemente critica rispetto all’interpretazione estensiva in materia di selettività proposta dalla Commissione. La proposta dell’Avvocato generale non sarà seguita dalla Corte nel caso di specie.

⁵² Sentenza *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit., punto 88.

⁵³ *Ibid.*, punti 87 – 104.

⁵⁴ Si veda sul punto, A. DI PIETRO, *L’incidenza del diritto dell’Unione Europea sul diritto tributario. Cinquant’anni di dialettica tra imposizione nazionale e mercato europeo*, in L.S. ROSSI- G. DI FEDERICO, *L’incidenza del diritto dell’unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 291 ss.

⁵⁵ Si veda, sulla differente natura e funzione della giurisprudenza della Corte di giustizia nei vari settori degli ordinamenti tributari nazionali, P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., pp. 129 ss.

peculiarità dei settori di competenza nazionale oggetto di inquadramento: l'imposizione fiscale su base regionale o sub-statuale; le 'normative tributarie con prevalenza funzione fiscale', le 'normative di finanziamento dei servizi', le 'normative relative ai tributi con funzione regolamentare' e la 'regolamentazione tariffaria spettante ai gestori di infrastrutture pubbliche'.

2.2 2001-2016: I modelli tributari impliciti nella nozione di ‘aiuto fiscale’

L’evoluzione dell’ordinamento Ue tra gli anni 2001 – 2016 è condizionata dalle ben note tensioni di carattere politico ed economico⁵⁶ che hanno impedito l’approvazione del Trattato “costituzionale”⁵⁷ e condizionato, più in generale, l’intero spettro delle azioni *lato sensu* politiche intraprese dall’Unione.

Tra gli eventi più significativi vanno richiamati il completamento del mercato interno tramite la liberalizzazione della circolazione dei capitali⁵⁸ e l’avvio della terza fase dell’Unione economica e monetaria⁵⁹, che hanno reso la solidità dei bilanci pubblici una questione di interesse sempre più evidentemente sovranazionale⁶⁰. A tale consapevolezza non è tuttavia seguita una riforma delle basi giuridiche relative alla fiscalità, tale da facilitare l’opera di armonizzazione delle normative tributarie degli Stati tramite l’eliminazione dell’unanimità⁶¹. In tale scenario, gli strumenti di integrazione negativa hanno assunto importanza preponderante, ben più incisiva rispetto a quanto la scarsa normativa dei Trattati sembrerebbe considerare⁶².

⁵⁶ Si veda M. K. DAVIS CROSS, *The politics of crisis in Europe*, Cambridge University Press, Cambridge 2017; D. DINAN – N. NUGENT – W. E. PATERSON, *A Multi-dimensional crisis*, in D. DINAN – N. NUGENT – W. E. PATERSON (a cura di), *The European Union in crisis*, Macmillan International, Londra, 1 ss.; M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011 (48), pp. 1777 ss.

⁵⁷ Il ‘Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa’ è stato approvato dal Consiglio europeo il 18 giugno 2004 e dal Parlamento europeo il 12 gennaio 2005, ma successivamente respinto dalla Francia e dai Paesi Bassi nel tramite due referendum nazionali.

⁵⁸ Si veda, Commissione europea, *Piano d’azione a favore del Mercato unico*, 1997, xx. Si veda, sul punto, C. BARNARD, *The Law of the single market*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 260 ss.

⁵⁹ Si veda, *ex multis*, G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 589 ss.

⁶⁰ Cfr. *Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit., punti 3-7. Tale profilo trova oggi un’espressa disciplina agli art. 121 ss. TFEU in relazione alla costruzione dell’Unione economica e monetaria. V. sul punto, D. CHALMERS – G. DAVIES – G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 656 ss.

⁶¹ Per una ricostruzione dell’architettura normativa che i Trattati dedicano alla fiscalità, si veda, B. TERRA – P. J. WATTEL, *European Tax Law*, 152 ss.; BORIA, *L’anti-sovrano. Potere tributario e sovranità nell’ordinamento comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004; G. ROSSOLILLO, *Sovranità e fiscalità: riflessioni sulla ripartizione di competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2018, I, pp. 121 ss.

⁶² Come più sopra accennato, la fiscalità viene considerata tramite il controllo sugli aiuti di Stato sotto profili ulteriori rispetto all’approccio tradizionale, che identifica il principale mandato delle istituzioni europee nella rimozione di disposizioni fiscali potenzialmente in conflitto con la più efficiente

Quanto alla politica di concorrenza, si acuisce il divario tra normativa antitrust e controllo sugli aiuti di Stato, sia sotto il profilo applicativo che concettuale. Mentre la prima si caratterizza per il massiccio utilizzo di strumenti di analisi economica e l'adesione più o meno esplicito al dogma della scuola di Chicago, il secondo si sviluppa attraverso molteplici metodi di analisi ed obiettivi, come rilevato nel primo capitolo, difficilmente riconducibili ad unità. Nonostante l'indubbia minor coerenza applicativa rispetto all'antitrust, il controllo sugli aiuti di Stato diviene sempre più rilevante nella regolamentazione economica e giuridica del mercato europeo⁶³, estendendo gradualmente lo scrutinio della Commissione a settori inizialmente esclusi⁶⁴ tramite l'interpretazione evolutiva della nozione di aiuto di Stato⁶⁵.

L'oggetto della presente trattazione è riprova di tale fenomeno: benché la Corte, fin dagli anni '70, avesse escluso che l'utilizzo dello strumento fiscale garantisse agli Stati membri l'immunità dal controllo sugli aiuti di Stato (*supra* sez. 2.3 del capitolo 1), a partire dal 2001 l'art. 107 TFUE viene impiegato per realizzare una forma indiretta di coordinamento fiscale tra Stati membri, trasformando gli intendimenti politici emersi in seno al Consiglio in diritto vincolante⁶⁶.

Due sono i profili considerati più distorsivi: da un lato, la presenza di regimi di tassazione agevolata volti ad attrarre la localizzazione di imprese straniere sul territorio

circolazione di servizi e capitali. Si veda, sul punto, S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 84-90; L. AZOULAI, *The 'retained powers' formula in the Case Law of the European Court of Justice*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, 4, 2, pp. 192-219.

⁶³ Si veda, sul punto, J.J.P. LÓPEZ, *The concept of Aid under Eu law, From internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pt. I, Capitolo 3; A. BIONDI – E. RIGHINI, *An Evolutionary Theory of Eu State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, capitolo 12.

⁶⁴ I settori in cui tale fenomeno trova più evidente applicazione sono indubbiamente quello delle infrastrutture; il settore bancario (su cui si rinvia, *ex multis*, a F. DE CECCO, *Competition, Stability and Moral Hazard: the tension between financial regulation and State aid control*, in F. LAPRÉVOTE – J. GRAY – F. DE CECCO (a cura di), *State aid in the banking sector*, Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 20 ss.

⁶⁵ A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of Eu State aid control*, cit.; A. BIONDI, *The notion of aid is falling down, Falling down: An analysis of the case law on the notion of aid*, in *Common Market Law Review*, 2013, VI, pp. 1719 ss.

⁶⁶ Si veda la *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit. e le *Conclusioni del Consiglio ECOFIN*, cit. (nt. 59). Per una ricostruzione dell'intero iter politico che ha anticipato la giurisprudenza in materia di "aiuti fiscali, si veda C. MICHEAU, *State Aid and Taxation*, cit., pp. 197 ss.

nazionale (cd. concorrenza fiscale dannosa)⁶⁷; dall'altro, la concessione di sconti, sgravi ed altri vantaggi fiscali legati al perseguimento di vari obiettivi di politica pubblica⁶⁸, in conflitto con il principio di neutralità fiscale, che prescrive di minimizzare il condizionamento delle imprese sul mercato tramite la tassazione⁶⁹. Il controllo sugli aiuti di Stato impone, dunque, di bilanciare la necessità di reperire risorse per il funzionamento dello Stato con le esigenze derivanti dall'appartenenza ad una comunità più ampia, che ha tra i propri fondamenti un mercato unico e ben funzionante.

Lo sviluppo della categoria della selettività a seguito della sentenza *Adria-Wien Pipeline* è al centro di tale processo⁷⁰: in tale arresto, la Corte ha chiaramente validato la proposta avanzata dalla Commissione nel 1998 di impiegare il controllo sugli aiuti di Stato per correggere le distorsioni causate dalle normative fiscali nazionali⁷¹. Il risultato di tale evoluzione è la formalizzazione delle nozioni di 'selettività geografica' e 'selettività materiale', nonché delle relative sottocategorie, alla cui analisi è dedicata la restante parte del capitolo.

⁶⁷ Si veda, sul punto, E. TRAVERSA, *Fighting harmful tax competition through EU State aid Law: will the hardening of soft law suffice?*, In *European State aid law quarterly*, 2015, III, pp. 323 ss.; R. LUJA, *Tax Incentives, Harmful Tax Competition and State Aid Considerations in the EU*, in S. HEMELS – K. GOTO, *Tax incentives for the creative industries*, Springer, Berlino, 2017, pp. 65 ss.; E. FORRESTER, *Is the State aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition?*, in *EC TAX*, 2018, I, pp. 19 ss.

⁶⁸ M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid: a nonconformist view on and beyond case law*, cit.

⁶⁹ Si veda, OCSE, *Fundamental principles of taxation*, Parigi, 2014, pp. 30 ss.

⁷⁰ Tale forma di "inquadramento" è avvenuta gradualmente, tramite la costante re-interpretazione e correzione della propria giurisprudenza da parte della Corte piuttosto che attraverso la formalizzazione di indirizzi lineari e granitici *ab origine*: ciò è testimoniato dalla frequenza con cui Commissione e Tribunale vedono le proprie decisioni e sentenze riformate nei vari gradi di giudizio, in netto contrasto con la ben maggiore stabilità dei provvedimenti in ambito antitrust.

Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia *British aggregates association*, cit.; La sentenza del 8 settembre 2011, in causa C-279/08 P, *Commissione c. Paesi Bassi ('NOX')*, in Raccolta, 2011, I, p. 7671, ECLI:EU:C:2011:551; Sentenza della Corte di giustizia *World Duty Free*, cit.; sentenza *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit..

⁷¹ *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit.; M. MONTI, *How State aid affects tax competition*, cit.

2.2.1 La ‘selettività geografica’ e la fiscalità substatuale

La categoria della selettività cd. geografica caratterizza i regimi fiscali di favore spazialmente limitati ad alcune parti del territorio nazionale. Il tema interseca profili tra loro potenzialmente confliggenti: da un lato, l’unicità di normativa tributaria garantisce uniformità regolamentare per tutti gli operatori economici, certamente un prerequisito per evitare distorsioni della concorrenza⁷²; d’altro canto, in prospettiva costituzionale, il tema non può potuto essere affrontato senza considerare la legittimità dei processi di devoluzione regionale nonché i principi di sussidiarietà verticale ed il rispetto dell’identità nazionale, avuto riguardo alla “struttura fondamentale, politica e costituzionale” degli Stati Membri, di cui agli art. 4.2 e 5.3 TUE⁷³.

Il necessario bilanciamento tra tali profili è stato raggiunto nel caso *Portogallo c. Commissione* (più noto come *Azzorre*)⁷⁴, in cui la Corte ha formalizzato un “test di autonomia regionale”⁷⁵. La pronuncia trae origine da una riforma fiscale attuata dal Portogallo che aveva ridotto l’aliquota dell’imposta sui redditi delle persone fisiche e

⁷² Si veda, sulle criticità dovute all’assenza di una analoga normativa nell’ordinamento americano, T. A. KAYE, *Corporate Blackmail: State Tax Incentives in the United States*, in C. MICHEAU – A. RUST, *State aid and Tax Law*, Kluwer International Law, Alphen Aan den Rijn, 2013, pp. 1 ss.

a ciò va aggiunto che, come rilevato dall’Avvocato generale Kokott, la divisione di competenze interna allo Stato membro non dovrebbe assumere rilevanza ai sensi della normativa unionale, per cui gli Stati non possono generalmente invocare prassi o normative interne, anche di rango costituzionale, come giustificazione all’inosservanza degli obblighi a questi imposti. Si vedano le Conclusioni del 8 maggio 2008 dell’Avvocato generale Kokott, in causa C-212/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja)*, ECLI:EU:C:2008:262, punto 64.

⁷³ L’interpretazione più condivisa in merito al test di autonomia è quella per cui la Corte avrebbe in tal modo bilanciato l’interpretazione dell’art. 107 TFUE con il rispetto dell’identità nazionale. V., A. BIONDI, *The notion of aid is falling down, falling down*, cit.; J. PIERNAS LÓPEZ, *The concept of Aid under Eu law, From internal market to competition and beyond*, cit., parte B, capitolo 2, in cui l’autore riporta l’intervista avuta con il giudice estensore A. Rosas, il quale conferma l’incidenza dell’art. 4.2 TUE sulla pronuncia della Corte; F. DE CECCO, *State aid and the European economic constitution*, cit., pp. 127 ss.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia *Portogallo c. Commissione (Azzorre)*, cit.

⁷⁵ Si veda, sulla categoria, A. BIONDI, *The notion of fiscal aid is falling down, falling down*, cit.; J. L. DA CRUZ VILLAÇA, *Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments*, in *European State aid Law quarterly*, 2009, IV, 150 ss.; F. DE CECCO, *State aid and the European economic constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2012, parte 3, pp. 119 ss.; GONZÁLEZ PINEIRO, *Aiuti di Stato, selettività regionale e politiche agevolative delle Regioni*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2010, 9, 881 ss.; J.J.P. LÓPEZ, *The concept of Aid under Eu law, From internal market to competition and beyond*, cit., parte 2, capitolo 2; R. SCHIAVOLIN, *L’autonomia tributaria degli enti territoriali e divieto di aiuti di Stato*, si veda in particolare la nota 3 per la relazione tra art. 117 della Costituzione italiana e controllo sugli aiuti di Stato.

giuridiche residenti nell'arcipelago delle Azzorre⁷⁶ ed era stata qualificata come un aiuto di Stato illegale ed incompatibile dalla Commissione.

A fronte di una normativa applicabile alle imprese di tutti i settori economici, la questione posta alla Corte riguardava la 'cornice di riferimento' entro cui valutare la 'selettività' della normativa. In particolare, ci si chiedeva se questa dovesse necessariamente essere identificata nell'intero Stato membro o potesse, piuttosto, essere definita su base substatuale⁷⁷. Il corollario di tale questione, solo apparentemente tecnica, riguardava le condizioni cui è subordinata la scelta degli Stati membri di introdurre normative fiscali differenziate all'interno del proprio territorio.

La proposta dell'Avvocato generale Geelhoed, integralmente confermata dalla Corte⁷⁸, distingue le ipotesi in cui l'introduzione di una normativa più favorevole sia compiuta direttamente dallo Stato, dalle ipotesi di devoluzione fiscale simmetrica o, infine, asimmetrica⁷⁹: nel primo caso, la misura si presenta come evidentemente

⁷⁶ Si tratta evidentemente di una misura potenzialmente dannosa per la concorrenza tra imprese e tra sistemi fiscali nazionali. Non a caso, la presenza di regimi differenziati all'interno del Territorio di un singolo Stato membro era già stata individuata nel codice di condotta redatto dall'ECOFIN come potenziale indice di concorrenza fiscale dannosa. Cfr. *Codice di condotta*, cit.

⁷⁷ Il caso si distingue dai precedenti in cui Commissione Corte di giustizia esaminarono misure di vantaggio territorialmente limitate, che avevano anche elementi di selettività materiale quanto ai soggetti beneficiari. Il precedente indubbiamente più rilevante in tema è rappresentato dalla sentenza del 18 giugno 2002, in causa C-242/00, *Germania c. Commissione*, in Raccolta, 2002 I, 5603, ECLI:EU:C:2002:380, caso scaturito dall'introduzione di una normativa tedesca volta ad incentivare, tramite sgravi fiscali, l'investimento in imprese situate nei territori dell'ex Germania est. In tale pronuncia, la selettività fu individuata nel fatto che gli unici beneficiari erano le imprese situate in Germania Est, che avrebbero in tal modo goduto di un più facile accesso al credito ed alla capitalizzazione in virtù dello sgravio fiscale introdotto dal governo centrale.

⁷⁸ Il bilanciamento così definito dalla Corte, a Grande Sezione, ha trovato immediato consolidamento nella giurisprudenza successiva, indubbiamente grazie alla chiarezza del test affermato. Se viene, infatti, mantenuto un fisiologico margine di discrezionalità per quanto concerne i requisiti di autonomia dell'ente locale rispetto allo Stato, la ratio della valutazione svolta pare indicare con sufficiente chiarezza agli Stati membri gli stringenti requisiti che devono sussistere perché la devoluzione di competenze fiscali sia legittima per il diritto UE. L'unico sviluppo giurisprudenziale successivo ad Azzorre è contenuto nella sentenza UGT-Rioja, in cui la Corte affermò come il potere spettante all'ente locale di definire il contesto politico ed economico in cui le imprese operano non sia una quarta precondizione, aggiuntiva rispetto a quelle più sopra indicate, ma coincida con la genuinità dell'autonomia istituzionale, procedurale ed economica del territorio in esame.

Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit.; Sentenza della Corte di giustizia *Presidente del Consiglio dei Ministri (Porti sardi)*, cit.; sentenza della Corte di giustizia del 11 settembre 2008, in cause riunite Cause riunite C-428/06 a C-434/06, *Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja)*, in Raccolta, 2008 I, 6747, ECLI:EU:C:2008:488.

⁷⁹ Conclusioni del 20 ottobre 2005 al caso *Portogallo c. Commissione (Azzorre)*, cit., punti 51 ss.

selettiva; nel secondo caso, tutti gli enti territoriali substatuali hanno identica potestà normativa tributaria e quindi la ‘cornice di riferimento’ corrisponde alla competenza fiscale dell’ente locale; nel terzo caso, ipotesi in cui l’articolazione costituzionale dello Stato prevede la coesistenza di regimi generali a livello statale e la possibilità di introdurre normative differenziate a livello regionale, si rende necessario compiere una valutazione ulteriore: «[i]n tal caso è di fondamentale importanza stabilire se la detta riduzione sia stata decisa da un ente territoriale che gode di “autonomia effettiva” rispetto al governo centrale dello Stato membro. (...) È importante precisare, che per «autonomia effettiva», nel presente contesto, intendo la situazione in cui l’ente interessato goda di autonomia sotto il profilo istituzionale, procedurale e finanziario»⁸⁰.

Il “test di autonomia” ed il riferimento ai rapporti esistenti tra Stati ed enti locali pare, a prima vista, difficilmente ricollegabile alla tutela della concorrenza o al corretto funzionamento del mercato interno e porta a valorizzare il collegamento con l’art. 4.2 TUE, più sopra richiamato. Se l’interpretazione prevalente del test, confermata dallo stesso giudice estensore Rosas, enfatizza il ruolo dell’identità nazionale, che condizionerebbe, in determinati settori, l’ampiezza ed i connotati delle

⁸⁰ *Ibid.*, punti 54 ss. L’avvocato generale procede, specificando cosa intenda per i tre tipi di autonomia: “autonomia istituzionale: la decisione è presa da un ente territoriale dotato di un proprio statuto costituzionale, politico e amministrativo, indipendente dall’autorità centrale”; “autonomia procedurale: la decisione è presa da un ente territoriale conformemente della quale l’autorità centrale non ha alcun potere di intervenire direttamente rispetto alla determinazione dell’aliquota d’imposta, e in assenza di qualsiasi obbligo per l’ente territoriale di tenere conto degli interessi dell’autorità centrale all’atto di determinare la delta aliquota; “autonomia finanziaria: l’aliquota d’imposta ridotta applicabile nella regione interessata non deve essere compensata da sovvenzioni o contributi elargiti dal governo centrale, in modo tale che le conseguenze economiche di tali riduzioni ricadano esclusivamente sulla regione stessa. In tali circostanze, le decisioni relative al modo ed all’ammontare dell’imposizione cui sottoporre i soggetti passivi rientrano fra le prerogative fondamentali della politica del governo regionale. Tali decisioni incideranno direttamente sulle voci del bilancio regionale destinate, per esempio, al finanziamento del trasporto pubblico o delle infrastrutture. Il governo regionale potrebbe, in particolare, optare per un approccio del tipo «più imposte — più spesa pubblica», decidendo quindi di aumentare il gettito fiscale e di destinare maggiori investimenti ai servizi pubblici, oppure potrebbe scegliere di ridurre le imposte e mantenere un settore pubblico ridotto. Se i tagli delle imposte non vengono controbilanciati ad una procedura all’interno con sovvenzioni statali, la detta decisione di politica economica locale a sua volta inciderà sul settore delle infrastrutture e sull’ambiente economico in cui operano le imprese situate nella regione. Tali imprese e quelle ubicate all’esterno della regione considerata si trovano quindi ad operare in condizioni giuridiche ed economiche diverse e tra loro incomparabili.

pronunce della Corte di giustizia⁸¹, pare opportuno evidenziare un diverso ed ulteriore profilo. Il bilanciamento effettuato dalla Corte intende escludere che i fenomeni di devoluzione fiscale siano usati per compiere atti di concorrenza fiscale dannosa, imponendo che l'ente substatuale goda di autonomia "effettiva"⁸².

Quanto fin qui esaminato permette di formulare alcune considerazioni conclusive sulla giurisprudenza in commento. Innanzitutto, la categoria della selettività regionale dimostra la pervasività del controllo sugli aiuti di Stato, che raggiunge il nucleo della sovranità statale, fino ad imporre limiti alla stessa scelta, marcatamente politica⁸³, di organizzare il proprio sistema fiscale su base nazionale o substatuale. In secondo luogo, l'analisi proposta dall'Avvocato generale e confermata dalla Corte di giustizia, si incentra sulla relazione costituzionale, istituzionale ed economica esistente tra governi centrali e autonomie locali - ossia tra tassazione e territorio, confermando come il controllo sugli aiuti di Stato fiscali abbiano come oggetto di indagine l'esercizio della competenza fiscale nazionale. Infine, sotto il profilo più strettamente applicativo, la 'selettività geografica' porta a riflettere sulla corretta identificazione di una 'cornice di riferimento', concetto che condizionerà l'intero sviluppo della nozione di 'aiuto fiscale'.

⁸¹ Si veda, sul tema dell'identità nazionale, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4.2 TUE*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017. p. 28

⁸² Fatta eccezione per gli Stati che hanno optato per una organizzazione fiscale su base totalmente decentrata, il test imposto dalla Corte, certo rispettoso dell'identità nazionale, garantisce che solo nelle ipotesi di genuina attuazione di forme di federalismo fiscale sia possibile introdurre regimi tributari ad hoc per l'ente pubblico substatuale.

⁸³ si pensi al collegamento esistente tra federalismo fiscale e movimenti secessionisti, M. RODE - H. PITLIK - M. A'NGELI BORRELLA MAS, *Does Fiscal Federalism Deter or Spur Secessionist Movements? Empirical Evidence from Europe*, in *The Journal of Federalism*, 2018 (48), II, pp. 161-190.

2.2.2 Le ‘selettività materiali’

La selettività materiale caratterizza le misure fiscali di vantaggio il cui ambito di applicazione non include tutti i soggetti che si trovano nella stessa condizione fattuale o giuridica alla luce dei principi che regolano il tributo in questione⁸⁴.

Pur nella evidente diversità dei presupposti, emerge l’analogia rispetto alla selettività geografica, in quanto per entrambe la corretta identificazione della ‘cornice di riferimento’ condiziona l’analisi svolta dalla Corte. La selettività materiale, tuttavia, presenta ben più complesse problematiche ricostruttive, evidenziate dall’incertezza che tuttora caratterizza la giurisprudenza della Corte⁸⁵. Del resto, non si tratta “unicamente” di razionalizzare i rapporti tra Stato centrale ed enti locali avuto riguardo ai processi di devoluzione fiscale; viene in esame l’architettura tributaria nazionale nel suo complesso, ed in particolare, l’ampiezza della discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel perseguire obiettivi micro e macroeconomici tramite lo strumento fiscale⁸⁶.

Le incertezze concettuali relative alla categoria derivano dall’esiguità di pronunce che definiscano precisamente i tratti distintivi della ‘selettività’. La giurisprudenza, fatta eccezione per il “test in tre fasi”, ha tradizionalmente strutturato la propria analisi *a contrario*, indicando quali elementi non sono rilevanti ai sensi dell’art. 107(1) TFUE. Innanzitutto, il carattere selettivo manca, in linea di principio, nelle «misure fiscali a favore di tutti gli agenti economici che operano sul territorio di

⁸⁴ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE*, cit., punti 117 ss.

⁸⁵ A tal fine, è sufficiente constatare come, dopo più di vent’anni dal caso *Adria-Wien Pipeline*, la giurisprudenza della Corte di giustizia venga ancora criticata da dottrina ed avvocati generali per l’oscurità che caratterizza la relativa analisi. Cfr., *ex multis*, M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid*, cit.; J. DA CRUZ VILLACA, *Material and Geographic Selectivity in State Aid – Recent Developments*, cit. L’ambiguità che caratterizza l’intera materia trova la più evidente prova nel fatto che la stessa *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit., pubblicata a luglio 2016, divenne appena cinque mesi dopo sostanzialmente obsoleta a causa della sentenza della Corte di giustizia *World Duty Free*, cit., che ha, come si vedrà nel seguito, influenzato profondamente l’analisi relativa alla categoria.

⁸⁶ Si veda, sul punto, M. INGROSSO, *La comunitarizzazione del diritto tributario e gli aiuti di Stato*, in M. INGROSSO – G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 3-72; ID, *La fine della sovranità impositiva nazionale?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Scritti in onore del prof. Giuseppe Tesaurò*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014.

uno Stato membro»⁸⁷. In secondo luogo, non è rilevante la struttura regolamentare concretamente adottata⁸⁸ e, di conseguenza, «il fatto che solo i contribuenti che soddisfa[no] i requisiti per ottenere la misura interessata (...) po[ssano] beneficiare di detta misura non p[uò], di per sé, conferire a quest'ultima carattere selettivo»⁸⁹. Infine, nemmeno l'obiettivo di tutela della concorrenza permette di chiarire i contorni della categoria dal momento che il vantaggio mantiene il proprio carattere selettivo anche se si applica a settori dell'economia, tra cui non possono sussistere, nemmeno indirettamente rapporti di concorrenza⁹⁰ o persino se il vantaggio è concretamente fruibile da tutti i settori economici⁹¹.

⁸⁷ Si veda la *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit., punto 13; *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE*, cit., punto 118.

Il punto dimostra la circolarità con cui il tema viene affrontato dalla Commissione, che dopo un'affermazione apparentemente generale sull'ambito di applicazione dell'art. 107(1) TFUE reintroduce criteri ambigui: «Misure di portata meramente generale che non favoriscono solo talune imprese o solo la produzione di determinati beni non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato. Tuttavia la giurisprudenza ha precisato che anche interventi i quali a prima vista sono applicabili alla generalità delle imprese possono presentare una certa selettività e, quindi, essere considerati come misure destinate a favorire talune imprese o talune produzioni. Né il numero elevato di imprese ammissibili (che possono persino comprendere tutte le imprese di un determinato settore), né la diversità e la dimensione dei settori cui queste imprese appartengono consentono di considerare una data misura statale come un provvedimento generale di politica economica, se non possono beneficiarne tutti i settori economici. Il fatto che l'aiuto non si indirizzi a uno o più beneficiari particolari previamente definiti, ma sia soggetto ad una serie di criteri obiettivi in applicazione dei quali potrà essere concesso, nell'ambito di uno stanziamento globale predeterminato di bilancio, a un numero indefinito di beneficiari, non identificati in origine, non basta infatti a mettere in discussione il carattere selettivo della misura».

La distinzione, originariamente più netta, si presenta in realtà estremamente ambigua dal momento che la Corte non ha mai elaborato la nozione di «misure generali» se non in quanto contrapposte a quelle selettive e quindi, nei fatti, l'analisi è compiuta unicamente in relazione all'istituto della selettività.

La circolarità del rapporto tra selettività e nozione di misure generale è stata evidenziata da W. SCHÖN, *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, cit.

⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. World Duty Free*, cit., punto 79

⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012, in causa C-417/10, *3M Italia*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2012:184, punto 42.

⁹⁰ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1 TFUE*, cit., punto 118; si veda, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia del 28 luglio 2011, in cause riunite da C-474/09 P to C-476/09 P, *Territorio Histórico de Vizcaya e a. c. Commissione*, in Raccolta, 2011, I, 113, ECLI:EU:C:2011:522.

⁹¹ Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. World Duty Free*, cit., punti 90-92.

Nonostante gli evidenti profili di ambiguità di tale quadro giurisprudenziale⁹², pare possibile individuare elementi di continuità nelle pronunce in tema di ‘selettività’, tali da legittimare la proposta di categorie ricostruttive finora non considerate dalla dottrina. A ben vedere, infatti, la giurisprudenza della Corte si è sviluppata seguendo linee interpretative omogenee che, al di là delle diverse declinazioni del test sulla selettività, appaiono diretta conseguenza della funzione di “inquadramento” svolta sulla competenza statale in materia tributaria. Il test va così compreso come strumento tramite cui formalizzare scelte concettuali di fondo e la sua ambiguità discende dalla necessità di garantire un facile adattamento alle diverse situazioni sottoposte allo scrutinio della Corte.

Nel periodo qui considerato è, dunque, possibile individuare tre forme eterogenee di “inquadramento” della fiscalità nazionale, corrispondenti a settori in effetti caratterizzati da “obiettivi” diversi anche negli ordinamenti tributari interni.

La prima categoria è quella della selettività nelle ‘normative tributarie a prevalente carattere fiscale’, legislazioni tramite cui gli Stati membri operano la raccolta di denaro dai contribuenti sulla base della loro capacità contributiva. I presupposti impositivi tipici di tali normative sono la produzione di reddito, l’acquisto di beni e servizi, la produzione di valore o il possesso di beni immobili; a questi corrispondono, evidentemente, normative eterogenee, influenzate dalle scelte costituzionali e politiche degli Stati membri. Nella prospettiva assunta dalla Corte, tuttavia, queste sono considerate unitariamente in relazione ai profili che rendono le

⁹² La particolare difficoltà ricostruttiva della categoria diviene allora evidente se si considera che gli elementi distintivi della selettività fiscale vengono individuati tramite il riferimento ad una “deroga o una discriminazione”, concetti con evidenti margini di ambiguità in materia tributaria. Come ben presto evidenziato dalla dottrina, un metro di analisi tanto ampio conferisce grande discrezionalità alla Corte, sicché il test ha, in effetti, carattere “dichiarativo più che realmente prescrittivo”. E ciò in evidente contrasto con la necessità di definire i confini della categoria e quindi, indirettamente, di limitare la stessa competenza della Commissione ex art. 108 TFUE. Tale profilo è ulteriormente aggravato dalla sostanziale irrilevanza, nello scrutinio svolto dalla Corte, degli “effetti della misura sulla concorrenza e sul Mercato interno”. Tale sezione dell’analisi è, in teoria, volta a circoscrivere l’applicazione dell’art. 107 TFUE a quelle misure effettivamente idonee ad alterare i flussi commerciali del Mercato interno ma viene considerata sempre soddisfatta nelle misure regolamentari di carattere fiscale- K. BACON, *State aids and General measures*, cit.

scelte nazionali incompatibili con il paradigma da questa proposto. Nei casi di seguito analizzati, infatti, la violazione è sempre stata individuata nel fatto che la diversa graduazione dell'onere fiscale tra contribuenti prescindeva da valutazioni legate alla loro capacità contributiva e perseguiva, piuttosto, finalità extrafiscali.

La seconda categoria riguarda la 'selettività nelle normative di finanziamento dei servizi pubblici'. Queste rientrano all'interno del più ampio settore tributario degli ordinamenti nazionali ma sono rette da logiche diverse rispetto alla prima categoria, a causa del più stretto collegamento con il servizio oggetto di finanziamento⁹³. A ciò corrisponde una diversa prospettiva di analisi assunta dalla Corte di giustizia, segnatamente per quanto concerne la capacità contributiva, che perde rilevanza ai fini dell'analisi. L'esame di comparabilità tra operatori, infatti, viene condotto sulla base della fruibilità, anche potenziale, di un determinato servizio ed il vantaggio selettivo risiede nell'esenzione o riduzione del tributo a vantaggio di soggetti che possono avere accesso e trarre vantaggi dal servizio in misura equivalente alle imprese tenute alla contribuzione.

La terza ed ultima categoria riguarda la 'selettività nelle normative tributarie con funzione regolatoria' (anche detti contributi parafiscali), strumenti tramite i quali lo Stato scoraggia le attività foriere di esternalità negative tramite l'imposizione di una prestazione pecuniaria⁹⁴. Rispetto a tale categoria, la Corte ha declinato il concetto di selettività ponendo al centro lo specifico obiettivo perseguito dal legislatore. In tal modo, il carattere selettivo del vantaggio è stato individuato nell'esclusione dal pagamento dell'onere pecuniario di situazioni che dovrebbero rientrare entro l'ambito di applicazione del tributo, avuto riguardo all'obiettivo che il legislatore intendeva formalmente perseguire. Lo Stato membro, pur libero di utilizzare lo strumento parafiscale come forma di regolazione, deve esercitare con coerenza la propria competenza, tassando le situazioni comparabili alla luce dell'obiettivo perseguito.

⁹³ Si veda, E. DE MITA, *Principi di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 2002, 10; A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, II, Milano, 1972, pp. 171 ss.; G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, cit., pp. 9-20; A. FEDELE, voce 'Tassa', in *Enciclopedia giuridica*, XXV, 1993, pp. 7 ss.

⁹⁴ Si veda, F. MAFFEZZONI, voce 'imposta', in *Enciclopedia del diritto*, XX, 1970, pp. 7 ss.

2.2.2.1 La ‘selettività nelle normative tributarie con prevalente funzione fiscale’

Le normative nazionali più sopra definite ‘a prevalente funzione fiscale’ sono volte a reperire risorse per il finanziamento delle spese pubbliche generali, ancorando l’imposizione a diverse manifestazioni di capacità economica⁹⁵. Oltre alla principale funzione di bilancio, le normative in esame perseguono tradizionalmente un’ulteriore finalità, di carattere più evidentemente redistributivo: l’imposizione differenziata, ad esempio realizzata tramite l’introduzione di aliquote progressive oppure tramite la tassazione maggiore del reddito rispetto al patrimonio, traducono scelte di carattere politico relative a quali soggetti debbano contribuire in misura prevalente per il fabbisogno pubblico⁹⁶. Accanto a tali finalità, per così dire fisiologiche, le normative in esame vengono sempre più largamente utilizzate dagli Stati membri per orientare il comportamento degli operatori economici verso finalità extrafiscali, che i primi intendono perseguire⁹⁷.

A sostegno della ricostruzione proposta, sono qui esaminati casi eterogenei sotto il profilo fattuale ma accomunati dall’omogeneità del ragionamento della Corte. Rispetto alle normative sui redditi delle società, viene, in particolare, analizzato il caso *Paint Graphos*, relativo al regime di esenzione previsto dalla legge italiana per le cooperative di produzione e lavoro⁹⁸; rispetto alle imposte sul possesso ed utilizzo dei

⁹⁵ Si tratta di una categoria che nell’ordinamento italiano rientra nella categoria delle *imposte*, da cui discende l’obbligo di rispettare il parametro della capacità contributiva nella modulazione dell’imposta. Si veda, F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 134 ss. Nonostante l’eterogeneità degli ordinamenti tributari nazionali, e relative sottocategorie, è onnipresente il riferimento a concetti analoghi alla capacità contributiva quali “*ability to pay principle*”, negli ordinamenti anglosassoni, o la “*faculté contributive*” nell’ordinamento francese. Si rinvia a THURONYI – K. BROOKS – B. KOLOZS, *Comparative tax law*, cit., per un approfondimento sul tema.

⁹⁶ C. SACCHETTO, voce ‘*Tassa*’, cit., «I tributi si distinguono dalle altre prestazioni pecuniarie di diritto pubblico per la loro funzione di copertura del fabbisogno finanziario pubblico e non è sufficiente che l’imposizione di una prestazione pecuniaria di diritto pubblico abbia solo l’effetto di portare ad un aumento effettivo dei mezzi dello Stato, giacché anche le entrate derivanti da sanzioni amministrative portano a questo risultato. Più della nozione di sovranità acquistano perciò rilievo la nozione di potestà tributaria, le norme costituzionali che ne configurano i contenuti e le procedure di svolgimento».

⁹⁷ M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid: a nonconformist view on and beyond case law*, cit.

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia *Paint Graphos*, cit.

terreni, viene considerato il caso *Ministerio de Defensa e Navantia*⁹⁹, relativo all'esenzione dall'imposta esclusivamente per i beni di titolarità dello Stato;

Il primo profilo che interessa porre in evidenza riguarda la relazione tra "obiettivi del sistema" e "cornice di riferimento", profilo finora esaminato in termini astratti per introdurre la prospettiva di indagine qui adottata (*supra* sez. 1.1 e 1.2 del presente capitolo). Nel caso *Paint Graphos*, la Corte ha individuato il 'quadro di riferimento' entro il quale compiere la valutazione di comparabilità nell'allora vigente legge italiana sui redditi delle società¹⁰⁰, mentre, nel caso *Ministerio de Defensa e Navantia*, questo è stato identificato nella *Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, che aveva definito i caratteri dell'imposta sul possesso ed utilizzo degli immobili in Spagna¹⁰¹. Gli "obiettivi" discendenti da tali quadri di riferimento sono stati individuati dalla Corte nell'"imposizione di ogni reddito delle società"¹⁰² e nella "tassazione del possesso o dell'utilizzo di un terreno"¹⁰³.

Ebbene, occorre sottolineare come gli obiettivi identificati dalla Corte non corrispondano interamente alla reale funzione svolta dalle normative, in realtà ben più complessa e articolata¹⁰⁴, ma rappresentino piuttosto la finalità che la Corte ritiene tali normative avrebbero dovuto fisiologicamente perseguire. Già dalla definizione della 'cornice di riferimento' si può allora cogliere come i parametri, pur eterogeni nei presupposti (produzione di reddito o possesso di immobili), siano accomunati dal collegamento con profili di capacità economica dei contribuenti, gli unici ritenuti legittimi dalla Corte.

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia *Ministerio de Defensa e Navantia*, cit.

¹⁰⁰ D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

¹⁰¹ Regio decreto legislativo 2/2004, che ha approvato il testo consolidato della legge che disciplina le finanze locali (Real Decreto Legislativo 2/2004, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*), del 5 marzo 2004.

¹⁰² Sentenza della Corte di giustizia *Paint Graphos*, cit., punto 54.

¹⁰³ Sentenza della Corte di giustizia *Ministerio de Defensa e Navantia*, cit., punto 40.

¹⁰⁴ Si vedano le Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl a *Dirk Andres BauHolding GmbH c. Commissione*, cit. (nt. 35), in cui viene evidenziata la difficoltà di isolare un unico obiettivo all'interno dei sistemi tributari nazionali, che sono, al contrario, strutturalmente volti a perseguire una pluralità di finalità.

Il secondo passaggio di analisi riguarda la comparazione tra operatori, condotta appunto alla luce del parametro più sopra identificato. Il diverso esito raggiunto nel caso *Paint Graphos* rispetto a *Ministerio de Defensa e Navantia* può essere compreso solo valorizzando il principio di capacità contributiva. Nel primo caso, la Corte ha correttamente escluso la comparabilità di società commerciali e società cooperative aventi i requisiti individuati dalla normativa italiana, considerato il prevalente carattere personalistico che le contraddistingueva ed il fatto che il reddito prodotto fosse tassato direttamente in capo al singolo lavoratore. Nonostante la struttura della norma prevedesse un'esenzione da un'imposta generalmente applicabile, i due modelli societari erano fondati su principi totalmente diversi, che ne escludevano la comparabilità avuto riguardo all'obiettivo più sopra menzionato. Al contrario, l'esenzione dall'imposta spagnola sui terreni trovava applicazione limitatamente ai soggetti pubblici, a prescindere dal fatto che i terreni fossero sfruttati in misura ibrida, sia per finalità di difesa nazionale che per fini commerciali. Da ciò, l'accertamento della ingiustificata diversità di trattamento di soggetti pubblici e privati nello sfruttamento commerciale dei terreni, diversità di trattamento irragionevole se considerata alla luce dell'obiettivo di tassare ogni sfruttamento economico¹⁰⁵.

La cifra comune dei casi qui esaminati è, dunque, che la 'selettività' della misura viene individuata nella scelta di concedere sgravi fiscali a determinati beneficiari sulla base di presupposti estranei alla capacità economica dei contribuenti e non altrimenti giustificabili sulla base delle esigenze proprie del sistema tributario. Nei suoi caratteri essenziali tale costruzione della selettività rimane inalterata anche nel successivo sviluppo, post-2016 (*infra sez. 3.3 del presente capitolo*); come si vedrà, l'evoluzione più rilevante riguarda l'onere probatorio richiesto alla Commissione nell'identificazione dei soggetti beneficiari, con conseguente ampliamento dell'ambito

¹⁰⁵ La medesima struttura tributaria, seppure declinata analogicamente rispetto agli enti religiosi, si ritrova nella decisione della Commissione SA.20829 (C 26/2010), poi oggetto di impugnazione rispetto ai soli profili procedurali e del recupero nella sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2018, in causa riunite C-622/16 P to C-624/16 P, *Scuola elementare Maria Montessori c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:873.

di applicazione dell'art. 107(1) TFUE¹⁰⁶, senza comunque mettere in discussione i principi fondanti la categoria.

2.2.2.2 La 'selettività nelle normative di finanziamento dei servizi pubblici'

La selettività assume caratteri nettamente eterogenei in relazione alle normative che regolano il finanziamento di servizi pubblici¹⁰⁷. I tributi facenti parte di questa seconda categoria si caratterizzano per uno stretto collegamento con il servizio che vanno a finanziare, la cui fruizione ed il relativo finanziamento sono considerati dalla Corte parte di unica cornice di riferimento¹⁰⁸.

A sostegno della categoria qui proposta i casi più rilevanti sono *GEMO*, relativo al servizio di raccolta e smaltimento di carcasse alimentari in Francia¹⁰⁹, *Presidenza del Consiglio dei Ministri (cd. caso sui Porti sardi)*¹¹⁰, relativo alla tassa di ormeggio imposta ad imbarcazioni ed aeromobili non registrati in Sardegna, e

¹⁰⁶ Se, infatti, la Commissione era inizialmente tenuta ad individuare questi ultimi sulla base di caratteristiche loro proprie, tali da poter isolare ex ante un gruppo avente caratteristiche omogenee, a partire dal caso *World Duty Free*, sarà sufficiente dimostrare l'esistenza di un'astratta differenza di trattamento tra situazioni omogenee, nonostante le misure siano effettivamente aperte a tutte le imprese (*infra sez. 3.2 del presente capitolo*).

¹⁰⁷ La nozione di servizio pubblico qui considerata prescinde dalla natura economica o meno dello stesso per evidenziare il carattere latamente commutativo della prestazione economica richiesta ai fruitori dei servizi. Si veda sulla distinzione sopra richiamata, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 234 ss e 846.

I servizi pubblici costituiscono peraltro un settore estremamente sensibile della politica nazionale, come comprovato dalla parziale esenzione dalle regole di concorrenza garantita dall'art. 106.2 TFUE. La qualità ed accessibilità degli stessi è infatti uno dei principali strumenti tramite cui gli Stati garantiscono l'esistenza ed il funzionamento delle politiche sociali ed assistenziali ai propri cittadini; allo stesso tempo, tuttavia, l'accesso ed il finanziamento dei servizi pubblici si interseca con le dinamiche concorrenziali: a valle, rispetto alla scelta competitiva ed economicamente efficiente per quanto concerne la scelta e relativa remunerazione del prestatore. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, in Raccolta, 2003, I, 7747, ECLI:EU:C:2003:415. Si veda, *ex multis*, E. SZYSZCZAK, *Altmark Assessed*, in E. SZYSZCZAK (a cura di), *Research handbook on European State aid law*, Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 293 ss.

a monte, per quanto concerne la corretta ripartizione dell'onere economico tra gli operatori tenuti a contribuire al finanziamento.

¹⁰⁸ All'interno della nozione di aiuto di Stato, il corrispettivo di carattere privatistico per una prestazione pubblica viene invece analizzato attraverso il test dell'operatore economico in economia di mercato (cd. test MEO). Si veda, sul punto, la *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto*, cit., punti 73 ss.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 20 novembre 2003, in causa C-126/01, *GEMO*, in Raccolta, 2003, I, 13769, ECLI:EU:C:2003:622.

¹¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia *Presidente del Consiglio dei Ministri (porti sardi)*, cit.

Belgio c. Commissione, relativo al finanziamento dei test sulle encefalopatie spongiformi trasmissibili dei bovini (volgarmente noto come mucca pazza), imposto per la messa in commercio della carne di manzo ed offerto gratuitamente dal governo belga agli allevatori¹¹¹.

L'evidente eterogeneità delle normative non impedisce di individuare un profilo di uniformità nell'analisi condotta dalla Corte: questa individua l'esistenza della selettività nell'indebita esclusione dalla contribuzione di imprese che traggono giovamento dal servizio in esame. Se lo Stato membro rimane libero di decidere tra l'offerta gratuita del servizio o la prestazione della stessa dietro contribuzione¹¹², è incompatibile con il Trattato la scelta di esentare da detta contribuzione solo taluni operatori nonostante questi beneficino del servizio in esame.

A differenza della categoria prima considerata, l'analisi prescinde dalla capacità contributiva delle imprese ed il sistema di riferimento viene definito esclusivamente avuto riguardo alla fruizione, effettiva o potenziale, del servizio. Ciò è evidenziato dal ragionamento della Corte nel caso *Porti sardi*: «si deve constatare che, tenuto conto della natura e della finalità di detta imposta, tutte le persone fisiche e giuridiche che fruiscono dei servizi di scalo in Sardegna sono, contrariamente a quanto affermato dalla convenuta nella causa principale, in una situazione oggettivamente paragonabile, indipendentemente dal luogo in cui risiedono o sono stabilite»¹¹³.

La selettività della misura viene allora individuata rispetto ad un bacino d'utenza estremamente ampio, che prescinde, anche in questo caso, da veri e propri rapporti di concorrenza tra imprese. La valutazione è, infatti, compiuta unicamente in relazione all'utilità del servizio pubblico: se questo è concretamente fruibile da un insieme di imprese, tutte devono contribuire al relativo finanziamento oppure sono considerate destinatari di un vantaggio selettivo. Si tratta, evidentemente, di una

¹¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2016, in causa C-270/15P, *Belgio c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:489.

¹¹² Si vedano, le Conclusioni al caso *Eventech*, cit., punti 20-35.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia *Presidente del Consiglio dei Ministri (porti sardi)*, cit., punto 63.

interpretazione estensiva, a cui si accompagna l'assenza di pronunce relative al terzo passaggio del test sulla selettività, tramite il quale giustificare il trattamento differenziato delle due categorie di imprese ed escludere così il penetrante scrutinio condotte ex art. 107(1) TFUE.

Nei casi qui considerati, l'esclusione dal pagamento del contributo rispondeva a logiche evidentemente politiche, non necessariamente di carattere protezionistico ma comunque indice della volontà di favorire determinati soggetti, ripartendo sugli altri il costo del servizio in esame. Anche nei servizi pubblici la valutazione politica dei parlamenti nazionali e locali¹¹⁴ retrocede rispetto alla tutela del mercato interno. Il finanziamento dei servizi pubblici, infatti, incide sui bilanci delle imprese e, di conseguenza, si deve garantire che esso non alteri gli equilibri concorrenziali del mercato¹¹⁵.

2.2.2.3 La 'selettività nei tributi con funzione regolamentare'

La 'selettività fiscale' trova una terza ed autonoma declinazione rispetto alle 'normative istitutive di tributi con funzione regolatoria', particolarmente diffusi in ambito ambientale, in cui sono generalmente qualificati come "ecotasse"¹¹⁶. Nonostante l'appartenenza al *genus* dei tributi (anche in questo caso il potere pubblico

¹¹⁴ La legge oggetto di scrutinio nel caso *Presidente del Consiglio dei Ministri*, cit. era stata approvata con legge regionale dall'assemblea regionale sarda. Il caso originò infatti come rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale italiana alla Corte di giustizia, rilevante sul piano istituzionale perché si tratta del primo caso in cui la Corte costituzionale italiana si qualificò come "giudice" ai sensi dell'art. 267 TFUE.

¹¹⁵ Se esaminato in una prospettiva più ampia, l'insieme di casi qui esaminati si unisce alla corposa casistica antitrust, in materia di accesso alle infrastrutture, ed alla giurisprudenza più sopra accennata in materia di SIEG. La razionalizzazione del finanziamento dei servizi pubblici completa, dunque, il percorso iniziato con *Ferring* (Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2001, in causa C-53/00, *Ferring*, in Raccolta, 2001, I 9067, ECLI:EU:C:2001:627) e *Altmark* (Sentenza della Corte di giustizia del 24 luglio 2003, in causa C-280/00, in Raccolta, 2003 I, pp. 7747, ECLI:EU:C:2003:415) per garantire che la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nell'organizzazione di tale sensibile settore della funzione pubblica nazionale non sia esercitata in maniera abusiva, avuto riguardo agli equilibri concorrenziali nel mercato.

¹¹⁶ Non si tratta, peraltro, di una normativa relativa esclusivamente alla materia ambientale. Si pensi alle "tasse sugli zuccheri" previste in vari Stati membri. La normativa irlandese è stata infatti scrutinata dalla Commissione, che ha concluso per l'assenza di vantaggio selettivo in tale normativa. Commissione europea, Decisione di chiusura del procedimento SA.45862, *Irish tax on sugar-sweetened drinks*, in GU C/180/2018.

agisce tramite un prelievo coattivo sulla ricchezza privata), in tali misure l'imposizione è svincolata dalla fruizione di un servizio e generalmente¹¹⁷ prescinde dalla capacità economica del soggetto passivo. La finalità dei prelievi parafiscali è, infatti, non tanto quella di reperire risorse per il finanziamento degli oneri pubblici generali o di uno specifico servizio quanto quella di compensare determinati costi occulti destinati altrimenti a gravare sulla collettività¹¹⁸. Se la volontà degli Stati membri di regolare l'attività economica tramite misure siffatte è certamente legittima, il controllo sugli aiuti di Stato limita gli abusi di tale strumento, potenzialmente idoneo ad incidere in profondità sulle relazioni concorrenziali tra imprese.

La casistica giurisprudenziale che appare più rilevante nella definizione della categoria in esame è costituita da *British Aggregates*¹¹⁹, *NOX*¹²⁰ e *Lippe- Ems*¹²¹. Il primo caso ha ad oggetto una normativa del Regno Unito che aveva imposto il pagamento di un contributo per la commercializzazione di determinate materie prime usate nelle costruzioni (cd. aggregati) di nuova estrazione mentre esentava dal tributo i materiali riutilizzati. Il secondo caso concerne una normativa dei Paesi Bassi che aveva dato attuazione alla direttiva 2001/81/EC relativa ai tetti di emissioni¹²². La peculiarità della normativa in esame è che solo le imprese di grandi dimensioni potevano monetizzare la quantità di materiali inquinanti risparmiati¹²³. L'ultimo caso citato concerne una normativa tedesca che aveva introdotto un contributo dovuto dai soli produttori di energia elettrica da fonti nucleari. L'elemento comune di tali casi è

¹¹⁷ Come più avanti meglio evidenziato, alcuni casi recente esaminati dalla Corte di giustizia riguardano tributi che presentano sia profili evidentemente regolatori che una funzione redistributiva, realizzata tramite l'imposizione dei soggetti economicamente più forti (*infra* sez. 3.3 del presente capitolo).

¹¹⁸ Prendendo come esempio il caso Lippe-Ems, lo Stato tedesco aveva imposto una prestazione pecuniaria ai soli produttori di energia elettrica da fonti nucleari, sul presupposto che le scorie da questi prodotti avrebbero richiesto delle spese pubbliche superiori per il relativo smaltimento.

¹¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia *British aggregates association*, cit.

¹²⁰ Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Paesi bassi* ('NOX'), cit.

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia *Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH*, cit.

¹²² Direttiva 2001/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2001 relativa ai limiti nazionali di emissione di alcuni inquinanti atmosferici.

¹²³ Il sistema introdotto dai Paesi Bassi era strutturato tramite quote di inquinamento e licenze. In particolare, erano state previste soglie di inquinamento sulla base della grandezza e della produttività di tutte le industrie olandesi, superate le quali sarebbe sorto l'obbligo di pagare un tributo. Tuttavia, solo alle imprese di più grandi dimensioni era stato consentito di rivendere le quantità di Co2 non utilizzate, monetizzando in tal modo il risparmio ambientale realizzato.

che l'analisi della Corte pone al centro l'obiettivo perseguito dal contributo – spesso, come anticipato, individuato nella tutela ambientale – sicchè la selettività della misura è identificata nell'ingiustificata esenzione di situazioni ugualmente dannose o pericolose per l'ambiente.

Quanto alla definizione della cornice di riferimento, benché la normativa anglosassone nel caso *British aggregates* perseguisse congiuntamente, per espressa affermazione del legislatore, la duplice finalità di tutela ambientale e garanzia della competitività dell'industria nazionale¹²⁴, l'analisi condotta dalla Corte è strutturata unicamente attorno al primo obiettivo, al fine di valutare che tutte le situazioni ugualmente dannose per l'ambiente fossero assoggettate al contributo¹²⁵. Ciò conferma che la cornice di riferimento prescinde dai confini determinati dalla normativa nazionale stessa per ricomprendere tutte le situazioni che abbiano un effetto comparabile sull'ambiente¹²⁶. In tal modo, in linea con le conclusioni fortemente critiche dell'AG Mengozzi¹²⁷, viene superata l'opposta ricostruzione del Tribunale, che aveva interpretato restrittivamente il requisito di selettività in misure siffatte, considerando fisiologico un margine di discrezionalità per gli Stati membro nel perseguire obiettivi, quale quello ambientale, comuni alla stessa Unione¹²⁸.

L'accertamento della discriminazione o deroga discende logicamente dall'identificazione di una cornice di riferimento ampia: la selettività di una misura sussiste quando sono esentate dal tributo situazioni tanto dannose quanto quelle tassate, tali da evidenziare profili di incoerenza nella scelta dello Stato. Così, nel citato caso *British aggregates*, ferma restando la legittimità di esentare dalla tassazione i materiali riutilizzati, la selettività è individuata nel fatto che non siano stati tassati “tutti” i materiali da costruzione di nuova estrazione. Allo stesso modo, nel caso *Nox*,

¹²⁴ Sentenza della Corte di giustizia Commissione europea c. *British Aggregates association*, cit. (nt. 27), punto 56.

¹²⁵ *Ibid.*, punto 88.

¹²⁶ *Ibid.*, punto 87.

¹²⁷ Conclusioni del 17 luglio 2008 dell'Avvocato generale Mengozzi, in causa C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:419.

¹²⁸ Sentenza del Tribunale del 13 settembre 2006, in causa T-210/02, *British Aggregates associations c. Commissione europea*, in Raccolta, 2006, II, 2789, ECLI:EU:T:2006:253, punti 115 – 128.

la possibilità di limitare il tributo dovuto tramite la commerciabilità delle emissioni non utilizzate, garantita alle sole imprese di grandi dimensioni, è considerata incoerente dalla Corte, atteso che l'obiettivo di incentivare forme non inquinanti non può giustificare differenti trattamenti tra imprese piccole e grandi.

Un ulteriore profilo che pare opportuno evidenziare è, ancora una volta, l'irrelevanza dei rapporti concorrenziali tra imprese nell'accertamento della comparabilità. Nel caso *Lippe Ems* la Corte ha qualificato come non selettivo il contributo imposto unicamente sulla produzione di energia nucleare, ritenendo irrilevante l'argomento che il contributo esentasse dalla tassazione tutti gli altri produttori di energia da fonti diverse, con una evidente alterazione dei rapporti concorrenziali tra operatori. E' significativa, a tal fine, la distinzione operata dalla Corte rispetto al precedente *Adria-Wien*, ritenuto inapplicabile nel caso di specie. Ciò sembra avvalorare la prospettiva di analisi qui proposta: l'erroneità dell'analogia avanzata dal ricorrente discende dal fatto che in *Adria-Wien* il tributo era stato implicitamente qualificato dalla Corte come una tassa per l'utilizzo dei servizi energetici e l'esenzione dei soli produttori di beni appariva irragionevole, vista la necessità di ripartire i costi dell'utilizzo della rete elettrica nazionale su tutti gli utilizzatori; al contrario, l'obiettivo di compensare i maggiori oneri pubblici derivanti dallo smaltimento delle scorie nucleari, coerente con la natura di "tributo regolatorio" rende manifestamente non comparabili i produttori nucleari rispetto ai produttori di energie tramite altre fonti.

Il bilanciamento operato dalla Corte, pur ragionevole nei suoi presupposti, si presta a fondate critiche per quanto riguarda certezza del diritto e prevedibilità dell'interpretazione, a causa del metodo di analisi definito¹²⁹. Il solo riferimento agli "obiettivi" del tributo - a differenza delle altre due categorie già considerate (che implicitamente danno rilevanza a capacità contributiva o all'accesso al servizio)

¹²⁹ Si veda A. BIONDI, *The notion of aid is falling down, falling down*, cit. (nt. 77); M. MEROLA, *The rebus of fiscal selectivity*, cit. (nt. 39), A. BARTOSH, *Is there a need for a rule of reason in State aid law? Or how to arrive at a coherent concept of material selectivity?*, in *Common Market Law Review*, 2010, III, pp. 729 ss..

estende la nozione di selettività in misura non prevedibile *ex ante*, appunto perché unicamente subordinata alla valutazione della Corte in merito a quali situazioni avrebbero dovuto essere tassate avuto riguardo all'obiettivo del tributo. A ciò si aggiunge, parallelamente a quanto visto per la tassazione dei servizi pubblici, l'assenza di pronunce che riconoscano l'esistenza di una giustificazione, tale da legittimare la scelta *prima facie* selettiva operata dallo Stato membro.

2.3 2016 - il presente: quali confini alla ‘selettività fiscale’?

L’evoluzione della selettività si iscrive nel più generale sviluppo politico e normativo dell’Unione, condizionato da eventi quali il recesso del Regno Unito dall’UE, la crisi dello Stato di diritto nei paesi dell’est Europa¹³⁰ e la pandemia da COVID-19. Quest’ultima, certamente l’elemento più dirompente per l’applicazione dell’istituto, destinato, come si vedrà meglio nell’ultimo capitolo, ad essere rivoluzionato se le numerose proposte di armonizzazione della fiscalità diretta troveranno attuazione.

Quanto al controllo sugli aiuti di Stato fiscali, va evidenziata una netta divaricazione tra due dimensioni all’inizio congiuntamente presenti nell’applicazione dell’istituto: quella della neutralità fiscale e della concorrenza fiscale a ribasso. Mentre quest’ultima è al centro delle indagini dei *tax ruling*, la prima informa l’analisi delle sole normative tributarie di applicazione generale. Ciò si realizza, da un lato, estendendo lo scrutinio a settori dell’organizzazione pubblica inizialmente esclusi, come le infrastrutture pubbliche (*infra sez.3.1 del presente capitolo*) e, dall’altro, tramite la conferma dei modelli impositivi esaminati nella precedente sezione.

Tentando di fornire una chiave di lettura unitaria sugli sviluppi più recenti, la Corte ha tentato di bilanciare due profili confliggenti: da un lato, l’interpretazione estensiva della ‘selettività’, necessaria ad includere all’interno dell’art. 107(1) TFUE anche misure solo all’apparenza “generalì”; dall’altro, la volontà di non indebolire la legittimazione dell’istituto, faticosamente costruita e messa in pericolo da una interpretazione talmente ampia della nozione di ‘aiuto’ da risultare difficilmente governabile per le stesse istituzioni europee¹³¹.

¹³⁰ Si veda, per tutti, L. PECH – K. L. SCHEPPELE, *Illiberalism within: Rule of law backsliding in the EU*, in *Cambridge yearbook of European Legal studies*, 2017, pp. 3 ss.

La frattura tra gli ordinamenti di tali Stati ed i principi contenuti nei Trattati interessa, peraltro, anche la normativa sugli aiuti di Stato, benchè, evidentemente, su un piano diverso e meno rilevante rispetto alla tutela dei valori comuni ex art. 2 TUE. Come evidenziato in conclusione del presente capitolo, infatti, tra le questioni più complesse attualmente pendenti vanno annoverate quelle relative alla compatibilità con i Trattati di normative speculari introdotte da Ungheria e Polonia, che uniscono ad un carattere fortemente redistributivo la volontà di tutelare determinati settori nazionali, considerati a tutta evidenza politicamente strategici, contro il potere economico delle imprese multinazionali (*infra sez. 3.4 del presente capitolo*).

¹³¹ Si veda, per tutti in dottrina, J. BUENDIA SIERRA, *Selectivity or the art of comparison*, cit.

2.3.1 La ‘selettività nella determinazione dei corrispettivi di accesso alle infrastrutture pubbliche’

La ‘selettività fiscale’ espande ulteriormente il proprio ambito di applicazione fino ad includere le relazioni esistenti tra operatori economici e gestori delle infrastrutture pubbliche¹³², relativamente alla potestà regolamentare degli aeroporti di definire il tariffario dei diritti di volo. Questi ultimi presentano caratteristiche peculiari rispetto agli istituti tipici dell’ordinamento tributario ma, da un punto di vista economico, sussistono analogie con i ‘tributi per l’utilizzo di servizi pubblici’ (*supra*. sez. 2.2 del presente capitolo), evidenziate nel ragionamento della Corte.

La giurisprudenza che pare suffragare la ricostruzione proposta è *Commissione c. Hansestadt Lübeck*¹³³. La controversia trae origine dalla decisione con cui la

Quanto alle riflessioni della Corte di giustizia, si vedano le conclusioni del 9 novembre 2017 dell’Avvocato generale Kokott, *ANGED* cit, punto. 85; le conclusioni al caso *A-brauerei*, cit., punti 89 ss. la sentenza del Tribunale del 26 febbraio 2019, in causa T-679/16 *Athletic club c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:112; la sentenza del Tribunale del 26 febbraio 2019, in causa T-865/16, *Fútbol Club Barcelona c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:113; sentenza del Tribunale del 16 maggio 2019, in cause riunite T-836/16 e T-624/17, *Polonia c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2019:338; sentenza del Tribunale del 25 aprile 2018, in causa T-554/15, *Ungheria c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2018:220; sentenza del Tribunale del 27 giugno 2019, in causa T-20/17, *Ungheria c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2019:448.

¹³² Fin dai primi anni 2000 le infrastrutture sono state oggetto di scrutinio ai sensi del diritto della concorrenza e l’art. 107 TFUE ha assunto rilevanza centrale nella razionalizzazione di tale delicato settore economico (Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2002, in causa C-88/02P, *Aéroports de Paris c. Commissione*, in Raccolta, 2002, I, 9297) e Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, in causa C-288/11 P, *Mitteldeutsche Flughafen e a c. Commissione europea (Leipzig-Halle)*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2012:821. A conferma della centralità del settore delle infrastrutture per il controllo sugli aiuti di Stato, si veda la sezione della *Comunicazione sulla nozione di aiuto di Stato*, cit. a questo dedicato, punti 199 ss.

Il controllo sugli aiuti di Stato mira, infatti, a garantire che i servizi offerti dall’operatore dell’infrastruttura siano prestati a pari condizioni a tutte le imprese che la utilizzano, senza considerare, invece, le tariffe praticate dalle infrastrutture concorrenti. Il tema presenta evidentemente implicazioni ulteriori rispetto ai rapporti tra singola infrastruttura ed operatori economici che vi hanno accesso, ed interessa, più in generale, le relazioni di concorrenza tra infrastrutture nazionali ed intracomunitarie. L’interpretazione della categoria della selettività in questo ambito bilancia entrambi i profili e lo fa, appunto, tramite applicazione analogica della giurisprudenza in tema di tassazione per l’utilizzo di servizi pubblici.

Si veda, sull’assenza di risorse pubbliche, le Conclusioni al caso *Eventech*, cit. e la sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 2015, in causa C-518/13, *Eventech*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:C:2015:9.

¹³³ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-524/14 P, *Commissione c. Hansestadt Lübeck*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:971.

Commissione aveva ritenuto che il regolamento aeroportuale della città di Lubecca costituisse un aiuto di Stato, nella misura in cui l'ammontare dei diritti aeroportuali era determinato in misura inferiore rispetto agli altri aeroporti tedeschi. La Corte, confermando la decisione del Tribunale, ha annullato la decisione della Commissione, ritenendo che la cornice di riferimento dovesse essere individuata unicamente rispetto agli utenti dell'aeroporto, escludendo dall'analisi la situazione degli altri aeroporti tedeschi¹³⁴. Pare opportuno evidenziare – a sostegno della prospettiva di analisi qui adottata – come la Grande camera della Corte enfatizzi che «il tariffario dei diritti aeroportuali applicabili a tale aeroporto [è definito] nell'esercizio di una “competenza autonoma”»¹³⁵. L'analisi della misura parte, dunque, ancora una volta, dalla competenza pubblica oggetto di inquadramento¹³⁶, della quale deve essere assicurato un esercizio coerente con lo sviluppo del mercato interno.

Il riconoscimento di una potestà regolamentare in capo alle infrastrutture implicitamente legittima forme di concorrenza tra le stesse, considerata complementare, e (solo) apparentemente prevalente rispetto alla tutela della concorrenza tra gli operatori¹³⁷. Quest'ultima viene in realtà assicurata tramite il secondo passaggio dell'analisi, in cui la Corte afferma la necessità di determinare in maniera non discriminatoria i corrispettivi di tutte le imprese che usufruiscono della medesima infrastruttura. Tale declinazione di selettività *lato sensu* fiscale realizza

¹³⁴ Sentenza del Tribunale del 9 settembre 2014, in causa T-461/12, *Hansestadt Lübeck/Commissione*, EU:T:2014:758, par 53-55.

¹³⁵ Sentenza della Corte di giustizia *Commissione c. Hansestadt Lübeck*, cit., punto 61.

¹³⁶ In particolare, la Corte ha riconosciuto come, nonostante i principi generali relativi alla determinazione dei diritti aeroportuali fossero contenuti in una normativa statale, l'effettiva determinazione dei diritti di volo sia il frutto di un'*autonoma competenza* dell'infrastruttura.

¹³⁷ Si porta l'argomentazione sviluppata a tal fine dalla Corte, *Ibid.*, 59 “Del pari, il fatto che, nel caso di specie, l'aeroporto di Lubecca operi in concorrenza diretta con quello di Amburgo o con altri aeroporti tedeschi e che solo le compagnie aeree che utilizzano l'aeroporto di Lubecca fruiscano dei vantaggi eventualmente conferiti dal regolamento del 2006 non basta a dimostrare il carattere selettivo di tale regolamento. Per affermare l'esistenza di un tale carattere, si dovrebbe dimostrare che, nell'ambito del regime giuridico cui appartengono tutti questi aeroporti, detto regolamento favorisca le compagnie aeree che utilizzano l'aeroporto di Lubecca a danno delle compagnie che utilizzano gli altri aeroporti le quali si trovino, in considerazione dell'obiettivo perseguito da tale regime, in una situazione fattuale e giuridica analoga”.

allora un raccordo rispetto alla normativa antitrust, che come noto, pone al centro della regolazione delle infrastrutture proprio la garanzia della parità di accesso¹³⁸.

Si tratta di un'estensione della giurisprudenza in tema di 'selettività fiscale' "classica", grazie alla quale viene bilanciata la possibilità di realizzare forme di concorrenza tra infrastrutture rispetto al necessario rispetto dei principi che regolano il mercato interno. Se il singolo aeroporto è libero di definire autonomamente l'ammontare dovuto dagli operatori che intendano usufruire dei suoi servizi, tale competenza deve essere esercitata in maniera non abusiva, ossia senza che la singola infrastruttura possa utilizzare la leva dei diritti aeroportuali per attirare specifici operatori economici e favorirli rispetto ad altri utenti¹³⁹.

2.3.2 La saga *World Duty Free* e la conferma del metodo ad 'inquadramento'

Lo sviluppo più rilevante per quanto concerne la categoria della selettività è indubbiamente rappresentato dalla sentenza *World Duty Free*, pronunciata dalla Grande camera lo stesso giorno di *Commissione c. Hansestadt Lübeck*.

Lo sgravio fiscale¹⁴⁰ oggetto di indagine era stato introdotto dallo Stato spagnolo nel 2004 tramite una modifica alla *Ley del Impuesto sobre Sociedades* e fatto oggetto di indagine da parte della Commissione, che ne aveva individuato il carattere selettivo nella struttura asimmetrica del beneficio, concesso al contribuente che avesse acquistato partecipazioni di società estere e non a chi avesse compiuto operazioni analoghe rispetto a società spagnole.

Il Tribunale aveva annullato la decisione della Commissione ritenendo che, rispetto misure siffatte, strutturate come incentivi al compimento di specifiche

¹³⁸ P. CHONÈ – L. FLOCHÉL – A. PERROT, *Universal service obligations and competition*, in *Information Economics and Policy*, 2000, III, pp. 249 ss.; si veda anche la giurisprudenza in tema di FRAND, analogicamente applicabile al settore dell'accesso alle infrastrutture, sentenza del 16 luglio 2015, in causa Case C-170/13, *Huawei Technologies*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:477.

¹³⁹ Sentenza della Corte di giustizia *Mitteldeutsche Flughafen e a. c. Commissione europea*, cit.

¹⁴⁰ La legge aveva introdotto la possibilità di dedurre sotto forma di ammortamento dal reddito delle società l'ammontare pari all'investimento fatto su società estere, a patto che si trattasse di un investimento pari o superiori al 5% della capitalizzazione della società bersaglio che le azioni fossero detenute per un periodo pari o superiore ad un anno.

operazioni, genuinamente aperte a tutti le imprese contribuenti, fosse necessario individuare i connotati caratteristici delle imprese esclusive beneficiarie del vantaggio¹⁴¹.

La Corte, seguendo l'opinione dell'AG Wathelet¹⁴², ha cassato tale l'interpretazione, affermando che: «trattandosi di una misura nazionale che attribuisce un 'vantaggio fiscale di portata generale', come la misura contestata, detto requisito [di selettività] è soddisfatto quando la Commissione giunge a dimostrare che la misura in parola deroga al regime tributario comune o «normale» applicabile nello Stato membro interessato, introducendo in tal modo, tramite i suoi effetti concreti, un trattamento differenziato fra operatori, laddove gli operatori che beneficiano del vantaggio fiscale e quelli che ne sono esclusi si trovano sotto il profilo dell'obiettivo perseguito dal sistema tributario di tale Stato membro in una situazione fattuale e giuridica analoga»¹⁴³.

Tale interpretazione sembra contraddire la stessa lettera dell'art. 107(1) TFUE e la giurisprudenza originariamente consolidatasi, che identificava la 'selettività' della misura nella volontà dello Stato di favorire determinati operatori o settori economici chiaramente identificabili *ex ante*. Del resto, come evidenziato fin dai primi commenti alla sentenza, la concreta fruibilità del 'vantaggio' per operatori appartenenti a tutti i settori economici, parrebbe, a prima vista, dimostrare il massimo grado di "generalità".

Occorre allora richiamare quanto fin qui più volte evidenziato per comporre l'apparente contraddizione: se l'oggetto principale di scrutinio è l'esercizio della competenza fiscale nazionale in relazione ad un modello di tassazione considerato fisiologico e non la ricerca di un "sussidio mascherato", si comprende l'irrelevanza della fruibilità generalizzata del beneficio. Nella prospettiva della Corte di giustizia, è

¹⁴¹ Sentenza del Tribunale del 7 novembre 2014, in causa T-219/10, *Autogrill España, SA c. Commissione*, ECLI:EU:T:2014:939, punti 44,45, 52 e 53; si vedano anche le Conclusioni del 16 aprile 2015 dell'Avvocato generale Kokott, in causa C-66/14, *Finanzamt Linz*, ECLI:EU:C:2015:242, cit., che hanno evidentemente influenzato il ragionamento seguito dal Tribunale nella sentenza.

¹⁴² Conclusioni del 28 luglio 2016 dell'Avvocato generale Wathelet, in cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free e a.*, ECLI:EU:C:2016:624.

¹⁴³ Sentenza della Corte di giustizia *World duty free*, cit., punto 67. Si vedano i punti 66-94 per l'intero iter logico seguito dalla Corte.

irrilevante che lo sgravio fiscale sia concesso ad operatori individuabili *ex ante*, sulla base dei loro connotati distintivi,¹⁴⁴ o solo *ex post*, in quanto hanno posto in essere l'operazione vantaggiosa. Rileva, invece, il contrasto tra la scelta normativa dello Stato spagnolo ed il modello tributario di riferimento, ossia quello delle 'normative a prevalente funzione fiscale' (*supra* sez. 2.2.1 del presente capitolo), che, come già evidenziato, impone di graduare la pressione fiscale sulla sola base della capacità contributiva delle imprese. L'incentivo fiscale alle imprese spagnole che si impegnano in processi di internazionalizzazione esula manifestamente da tale modello, il che ne determina la natura selettiva.

Accanto al profilo sistematico, la sentenza in commento assume rilevanza per le sue conseguenze applicative, che la Corte dimostra di non ignorare. A fronte del rischio che la semplice deroga da una "normativa fiscale di portata generale" possa essere equiparata ad un aiuto di Stato, la Corte sottolinea, a conclusione della propria analisi giuridica, che il relativo accertamento «deve essere effettuato in maniera rigorosa e sufficientemente motivata al fine di consentire un controllo giurisdizionale completo, segnatamente quanto al carattere analogo della situazione degli operatori avvantaggiati dalla misura e di quella degli operatori che ne sono esclusi e, eventualmente, quanto alla giustificazione di una disparità di trattamento lamentata dallo Stato membro interessato»¹⁴⁵.

Se, dunque, scompare la necessità che la Commissione dimostri con dati empirici o statistici che la misura è destinata a favorire solo un segmento del tessuto produttivo nazionale, l'analisi giuridica da questa svolta deve comunque essere idonea a dimostrare il carattere effettivamente discriminatorio della scelta effettuata dallo Stato.

¹⁴⁴ E.g., per le imprese di piccole dimensioni, Sentenza della Corte di giustizia *Spagna c. Commissione*, cit.; sentenza della Corte di giustizia *Cassa di Risparmio di Firenze*, cit.

¹⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia *Commissione europea c. World duty Free*, cit., punto 94.

2.3.3 La selettività fiscale dopo *World Duty Free*

Le pronunce successive a *World Duty Free* evidenziano la necessità di un assestamento nella complessiva interpretazione dell'istituto, al fine di non compromettere i risultati e la legittimazione faticosamente raggiunti. Ciò si manifesta tramite due opposte tendenze: da un lato, emerge la volontà della Corte di giustizia di consolidare l'interpretazione estensiva della 'selettività', come dimostrato dai costanti e numerosi riferimenti a *World Duty Free* nelle successive pronunce¹⁴⁶; dall'altro, va evidenziato l'irrigidimento del controllo sul percorso motivazionale seguito alla Commissione nelle proprie decisioni nonché nell'espansione del passaggio del test relativo alla giustificazione di una misura *prima facie* selettiva, categoria che pare finalmente acquisire consistenza dopo anni di scarsissima applicazione¹⁴⁷.

Le pronunce che evidenziano più chiaramente i profili cui si è fin qui fatto cenno sono *Dirk Andres c. Commissione (Fallimento Heitkamp)*¹⁴⁸, *ANGED*¹⁴⁹ ed *A-Brauerei*¹⁵⁰. Il primo caso concerne la *Sanierungsklausel*, la disposizione che, nell'ambito della normativa tedesca sul reddito delle società, in deroga al divieto di riportare agli anni successivi le perdite di esercizio delle imprese decotte, accordava tale facoltà alle sole imprese in difficoltà che fossero state acquisite e fatte oggetto di apporti di capitale per rilanciarne l'attività. Il caso *ANGED* riguarda un tributo spagnolo introdotto al fine di compensare il "danno ambientale causato dalle grandi superfici di vendita" degli esercizi commerciali. La struttura del tributo era, in effetti, peculiare: nonostante il presupposto impositivo generale fosse l'utilizzo di una superficie di vendita superiore a 500 m², determinati settori venivano esentati *a priori* e l'aliquota prevista fino 2000 m² era pari a 0, sicché il tributo gravava effettivamente

¹⁴⁶Si vedano, ad es., la sentenza della Corte di giustizia *ANGED*, cit., in cui figurano sei citazioni di *World Duty Free*; la sentenza della Corte di giustizia *Dirk Andres c. Commissione europea*, cit. in cui il precedente è citato dieci volte; la sentenza della Corte di giustizia *A-Brauerei*, cit., in cui vi sono dodici citazioni.

¹⁴⁷ Cfr. K. LENAERTS, *State aid and direct taxation*, cit.

¹⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia *Germania c. Commissione (Fallimento Heitkamp)*, cit.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia *ANGED*, cit.

¹⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia *A-Brauerei*, cit.

solo sugli stabilimenti più grandi di tale metratura. Il terzo caso riguarda invece l'esenzione dall'imposta tedesca sui trasferimenti immobiliari prevista per le transazioni effettuate infragrupo tra società legate da un rapporto di controllo superiore al 95%. Si tratta di casi eterogenei, sussumibili nelle categorie di analisi già proposte: i due casi riguardanti le normative tedesche sul reddito delle società rientrano nella categoria delle 'normative tributarie con prevalente funzione fiscale'; il caso *ANGED* è invece un 'tributo con funzione regolamentare' (*supra* sez. 2.2 del presente capitolo).

Il caso *A-brauerei* evidenzia quanto più sopra affermato in relazione al più severo standard motivazionale imposto alla Commissione come contropartita all'espansione della nozione di 'selettività'. Nel caso di specie, la cornice di riferimento era stata individuata dalla Commissione (e confermata dal Tribunale¹⁵¹) nella norma di divieto di trasferimento delle perdite all'anno successivo per le imprese in crisi, identificando il 'vantaggio selettivo' nella deroga prevista per i soli casi di ristrutturazione aziendale. Tale analisi, come evidenziato dalla Corte, aveva tuttavia pretermesso il più generale quadro regolamentare dell'imposta sulle società tedesca, che prevede come regola generale la trasferibilità delle perdite all'anno successivo, salvi i casi di imprese in crisi. In altre parole, la limitazione alla facoltà di riportare le perdite costituiva essa stessa una deroga, la cui finalità era quella di evitare trasferimenti aziendali il cui solo fine è lo sfruttamento delle perdite accumulate in chiave elusiva. Da ciò, l'annullamento della decisione della Commissione, motivato dal fatto che «la selettività di una misura fiscale non può essere giustamente valutata in base ad un quadro di riferimento costituito da alcune disposizioni "estrapolate artificialmente" da un quadro normativo più ampio»¹⁵².

Il secondo elemento distintivo della giurisprudenza successiva a *World Duty Free* è, come già accennato, la volontà di consolidare l'interpretazione estensiva del concetto di "deroga" o "discriminazione" contenuta in tale sentenza. Se, dunque, il

¹⁵¹ Sentenza del Tribunale del 4 febbraio 2016, in causa T-287/11, *Heitkamp BauHolding GmbH contro Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2016:60.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia *Dirk Andres c. Commissione europea*, punto 103.

quadro di riferimento è correttamente identificato, la struttura dell'analisi diviene molto più sintetica e formalista. Nel caso *A-Brauerei* l'esenzione dell'imposta introdotta per i trasferimenti infragruppo è stata, infatti, considerata *prima facie* selettiva senza valorizzare la disomogeneità di tali operazioni rispetto a quelle compiute tra imprese indipendenti, come suggerito dall'Avvocato generale¹⁵³. Mentre tra imprese indipendenti il trasferimento di immobili ha reale sostanza economica, la medesima operazione compiuta tra i soggetti legati da rapporto di controllo superiore al 95% evidentemente non realizza un reale trasferimento in senso economico. Piuttosto che valorizzare, come fatto in *Paint Graphos* (*supra* sez. 2.2.1 del presente capitolo), la differenza sostanziale tra le due operazioni, la Corte ha accertato l'esistenza di una deroga dal regime generalmente applicabile, tale da determinare la selettività *prima facie* della misura¹⁵⁴.

Il terzo ed ultimo profilo di novità è rappresentato dall'interpretazione estensiva del concetto di 'giustificazione', grazie al quale limitare l'espansione della categoria di selettività. In *A-Brauerei* la deroga a favore dei gruppi è stata infatti giustificata dal fine di evitare fenomeni di doppia imposizione¹⁵⁵, implicitamente contraddicendo la prima parte della propria analisi: se le operazioni infragruppo e quelle tra società indipendenti sono comparabili, evidentemente sul presupposto che l'ordinamento interno accolga un concetto giuridico e non economico di trasferimento ai fini dell'imposta, al momento di valutare la presenza di una 'giustificazione', questo viene considerato sotto il profilo economico¹⁵⁶. Ancora, nel caso *ANGED*, rilevata la comparabilità *prima facie* di tutti i settori economici aventi grandi superfici di vendita rispetto all'obiettivo di garantire uno sviluppo ambientale ed urbanistico equilibrato, è stata accolta la giustificazione dell'esenzione concessa ad alcuni settori economici, sul presupposto, in effetti ambiguo, per cui determinati esercizi necessiterebbero di superfici di vendita più ampie a causa della merce venduta ed «attrarrebbero un flusso

¹⁵³ Riferimento a Sausmagaard ed al suo metodo classico.

¹⁵⁴ Conclusioni al caso *A-brauerei*, cit., punti 89 ss.

¹⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia *A-brauerei*, cit., punti 48-52.

¹⁵⁶ *Ibid.*

di consumatori percentualmente più basso» rispetto agli altri esercizi dotati di grandi superfici di vendita¹⁵⁷.

Quanto esaminato evidenzia le criticità, tutt'ora presenti, nell'interpretazione della nozione di 'selettività', la cui evoluzione è influenzata dall'evidente volontà di includere nell'analisi ex 107(1) TFUE il maggior numero di normative statali, ma, al tempo stesso, dalla consapevolezza di dover limitare l'espansione della categoria per non pregiudicare lo sviluppo normativo fin qui raggiunto. Ciò risulta in evidenti incoerenze nella giurisprudenza, che, come evidenziato nell'ultimo paragrafo, rischiano di favorire, paradossalmente, tentativi di aggiramento basati sulla tecnica regolamentare da parte degli Stati membri.

2.3.4 Quali limiti alla 'selettività fiscale'?

L'analisi della 'selettività nelle normative fiscali di applicazione generale' si conclude con le sentenze relative a due tributi introdotti da Ungheria e Polonia, inizialmente qualificati come aiuti di Stato dalla Commissione e successivamente considerati non selettivi dalla Corte di giustizia¹⁵⁸.

La struttura di tali tributi presenta profili peculiari, difficilmente inquadrabili in maniera univoca nelle categorie fin qui tracciate. Il presupposto impositivo è, infatti, il fatturato dell'impresa, indice di capacità economica, come tipico dei 'tributi con prevalente funzione fiscale'; questo, tuttavia, è declinato in modo tale da colpire in

¹⁵⁷ Sentenza ANGED, cit., punti 49-51.

¹⁵⁸ sentenza del Tribunale del 16 maggio 2019, in cause riunite T-836/16 e T-624/17, *Polonia c. Commissione europea*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2019:338; sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa C-596/19 P, *Commissione c. Ungheria*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:202; sentenza del Tribunale del 16 marzo 2021, in causa C-569/19 P, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:201. Si veda, inoltre, il rinvio pregiudiziale sulle medesime questioni, Corte di giustizia 3 marzo 2020, in causa C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt.*, ECLI:EU:C:2019:567.

Si veda, per un commento a tali questioni, I. AGNOLUCCI, *Turnover-based Taxes in EU State Aid Control: The 'Hypothecation Test' and Its Relationship with Free Movement - Cases C-75/18 Vodafone Magyarország, C-323/18 Tesco-Global Áruházak and C-482/18 Google Ireland*, in *European State aid Law Quarterly*, 2020, pp. 193 ss.

misura prevalente le imprese multinazionali di determinati settori tramite i concreti meccanismi dell'imposta.

Le due normative introducono, cioè, imposte sul fatturato «a carico dei contribuenti la cui capacità contributiva agli oneri pubblici è superiore agli obblighi tributari generali». La prima peculiarità è il circoscritto ambito di applicazione settoriale: l'imposta ungherese riguardava il commercio al dettaglio, le telecomunicazioni e l'energia; l'imposta polacca unicamente il settore della vendita al dettaglio. In secondo luogo, entrambe le imposte consideravano il fatturato imponibile su tutto il gruppo e non unicamente rispetto alle imprese che si trovavano sul territorio nazionale, il che colpiva evidentemente in misura maggiore i gruppi multinazionali. Infine, le due normative avevano una struttura fortemente progressiva, sicché il primo scaglione – in cui ricadono le imprese con fatturato più modesto – aveva un'aliquota pari allo 0%, con conseguente esenzione dall'imposta, mentre negli scaglioni successivi l'aliquota cresceva bruscamente fino al 20%.

La Commissione ha ritenuto che l'effetto combinato di tali criteri evidenziasse finalità di politica industriale estranee alla tassazione e, in particolare, la volontà di tassare maggiormente le imprese multinazionali rispetto a quelle di piccole dimensioni in settori economici strategici¹⁵⁹.

Prima il Tribunale e poi la Corte di giustizia¹⁶⁰ hanno invece ritenuto che normative siffatte non si ponessero in contrasto con l'art. 107(1) TFUE, in quanto «allo

¹⁵⁹ Si veda la decisione della Commissione europea SA.44351 (2016/C), GU 2018, L 29, punti 38 ss. Occorre peraltro accennare, senza poter esaminare dettagliatamente tale profilo, come normative siffatte presentino elementi di criticità non solo rispetto all'art. 107 TFUE ma anche rispetto alla libera circolazione di capitali e libertà di stabilimento. Conclusioni al caso *Tesco-Global Áruházak Zrt.*, cit., punti 36 ss. e sentenza della Corte di giustizia del 3 marzo 2020, in causa C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2020:140, punti 30 ss.

¹⁶⁰ L'AG Kokott, in relazione ad un procedimento pregiudiziale avente ad oggetto la medesima normativa, ha aderito alla posizione del Tribunale, ritenendo compatibile con l'art. 107 TFUE la finalità di tassare più duramente le imprese di grandi dimensioni e quindi economicamente più forti, a maggior ragione considerando come la modulazione dell'aliquota rientri nelle competenze considerate esclusivamente nazionali. Conclusioni al caso *Kokott Tesco-Global Áruházak Zrt.*, cit., punti 158-172. Tale interpretazione è basata sulle statuizioni della Corte in *ANGED*, che ha ritenuto irrilevante il meccanismo di determinazione dell'aliquota. Sentenza della Corte di giustizia *ANGED*, cit. punto 43 «Quanto alla determinazione del livello della soglia e delle modalità di calcolo della base imponibile, essa rientra nel margine di discrezionalità del legislatore nazionale e si basa, inoltre, su valutazioni tecniche e complesse per le quali la Corte può applicare solo un controllo giurisdizionale limitato».

stato attuale dell'armonizzazione del diritto fiscale dell'Unione, gli Stati membri sono liberi di istituire il sistema impositivo che ritengono più idoneo (...)»¹⁶¹ e non può essergli addebitato di aver introdotto un tributo avente determinate caratteristiche, salva la prova del loro carattere «manifestamente discriminatorio»¹⁶². Non è, al contrario, sufficiente la semplice incongruenza della scelta di unire al parametro del fatturato un'aliquota progressiva, come fatto dalla Commissione¹⁶³. L'opposta interpretazione, infatti, si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con l'autonomia degli Stati membri in un settore non armonizzato, quale quello della fiscalità diretta.

La sorprendente difesa della competenza fiscale degli Stati membri va compresa alla luce del più ampio contesto politico UE, in cui la tassazione delle imprese multinazionali è divenuta, come si vedrà meglio nel prossimo capitolo e nel capitolo 6, una priorità. Inoltre, un onere economico più gravoso per i soggetti con maggior fatturato rientra tra le finalità che un sistema tributario può fisiologicamente perseguire. Il profilo critico, evidentemente, risiede nella concomitante funzione di politica industriale, coincidente con la volontà di riequilibrare la posizione delle piccole imprese nazionali rispetto ai colossi multinazionali.

Nonostante l'indubbia necessità di non inibire la capacità degli Stati di tassare le multinazionali, specialmente alla luce dell'impasse istituzionale delle Istituzioni UE, la sentenza rischia di depotenziare l'effettività dell'istituto. L'affermazione, in termini assoluti, che la concreta modulazione dell'aliquota ricada tra le competenze nazionali salvi i casi di "abuso manifesto", infatti, potrebbe indurre gli Stati ad abusare della propria competenza fiscale, discriminando, ma facendolo, appunto, in modo non manifesto. In altre parole, l'introduzione di una soglia di rilevanza ai sensi dell'art. 107(1) TFUE pare un parametro ambiguo, a tutto vantaggio degli Stati più "creativi".

¹⁶¹ *Commissione c. Ungheria*, cit, punto 43.

¹⁶² *Ibid.*, Il riferimento alla discriminazione manifesta si ritrova ai punti 48-50.

¹⁶³ *Ibid.*, punto 47.

Capitolo 3. Selettività fiscale e *tax ruling*: una questione di leale cooperazione

Sommario: 1. [Il mercato interno ai tempi della concorrenza fiscale al ribasso](#) – 1.1 Imprese multinazionali e tassazione nel mercato interno: la duplice dimensione dell’iniquità fiscale – 1.2 *L’arm’s length principle* nella fiscalità internazionale: parametro antielusivo o di politica industriale? – 1.3 Il ruolo della Commissione europea quale arbitro della concorrenza tra Stati e tra imprese;
2. [La ‘selettività fiscale’ tra equità tributaria e tutela della concorrenza](#) – 2.1 *L’arm’s length principle* e la nozione di ‘vantaggio selettivo’ – 2.2 *L’arm’s length principle* nella Costituzione economica europea – 2.3 I limiti sovranazionali alla discrezionalità amministrativa in materia di fiscalità internazionale;
3. [Per una interpretazione della selettività fiscale costituzionalmente orientata dal principio di leale cooperazione](#) - 3.1 La relazione tra il controllo sugli aiuti di Stato ed il principio di leale cooperazione – 3.2 La concorrenza fiscale a ribasso come violazione del principio di leale cooperazione – 3.3 I benefici dell’applicazione congiunta degli artt. 4(3) TUE e 107 TFUE.

Il presente capitolo conclude l’esame della nozione di ‘selettività fiscale’, considerando l’applicazione del controllo sugli aiuti di Stato ai rapporti tributari tra imprese multinazionali e Stati membri. L’analisi si concentra sugli interpelli fiscali – più noti come *tax ruling*¹ – su cui la Commissione europea ha avviato numerose

¹ Si veda, per la definizione contenuta nel diritto positivo dell’ordinamento comunitario, l’art. 3 par. 14 della Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, GU L 064 dell’11.3.2011, p. 1, come modificata dalla direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell’8 dicembre 2015, GU L 332, 18.12.2015, p. 1-10.

Si veda, in prospettiva comparata, E. VAN DE VELDE, ‘*Tax rulings*’ in the EU Member States, Study for the ECON Committee, 2015, accessibile su:

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563447/IPOL_IDA\(2015\)563447_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563447/IPOL_IDA(2015)563447_EN.pdf); OECD, *Harmful Tax Practices – 2018 Peer Review Reports on the Exchange of Information on Tax Rulings*, dicembre 2019, accessibile al link: <https://www.oecd.org/tax/beps/harmful-tax-practices-2018-peer-review-reports-on-the-exchange-of-information-on-tax-rulings-7cc5b1a2-en.htm>.

In dottrina, L. SABBI, *I ruling e le norme procedurali*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 333 ss.; D. CONTE, *Imposizione fiscale e nuovi accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2016, V, pp. 677 ss.; B. J. M. TERRA – P.J. WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer

procedure di indagine a partire dal 2013 a seguito dell'emersione di utilizzi abusivi degli stessi da parte di alcuni Stati membri². Lo strumento, coniato al fine di predeterminare l'ammontare di imposta dovuta dall'impresa per evitare future controversie, ha, nella prassi, assunto connotati patologici in quanto è stato utilizzato per "negoziare" (ovviamente a ribasso) l'onere fiscale gravante sulle multinazionali quale contropartita di investimenti ed occupazione sul territorio dello Stato interessato³.

L'utilizzo distorto dello strumento è reso possibile dall'assenza o comunque dalla lacunosità della regolazione positiva nei rapporti tributari internazionali⁴, profilo

international law, Aalphen Aan Den Rijn, , 2012, capitolo 11, pp. 363 ss.; C. ROMANO, *Advanced Tax Rulings and Principles of Law: towards a European tax ruling system*, IBFD, Amsterdam, 2002.

² Ad oggi, i paesi destinatari di decisioni di accertamento e di recupero sono Belgio, Irlanda Lussemburgo, Paesi Bassi e Regno Unito. Si veda la pagina della Commissione ad essi dedicata per una panoramica completa: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html; si veda, in dottrina, L.L. GORMSEN, *European State Aid and Tax Rulings*, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, in particolare pp. 19 - 41 per l'analisi delle singole procedure.

Per un inquadramento generale, si veda, A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, IV, pp. 925 ss.; S. BURIK – I. LAZAROV, *Between State aid and fundamental freedoms: the arm's length principle and EU law*, in *Common Market Law Review*, 2019, 56, pp. 905 ss. ; W. HASLEHNER, *Transfer Pricing rules and State aid law*, in C. H. J. I. PANAYIEA. (a cura di) *Research Handbook on European Union Taxation law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 430 ss.; R. LYAL, *State aid, tax integration and State sovereignty*, in *Research Handbook on European Union Taxation law*, cit., pp. 410 ss.; R. LUJA, *State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple?*, in *State aid Law and Business taxation*, cit., pp. 111 ss.; M. ORLANDI, *Principio di libera concorrenza, interpellati e disciplina degli aiuti di Stato: un rapporto complesso*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2017, III, pp. 529 ss.; E. TRAVERSA - A. FLAMINI, *Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, pp. 32 ss.; P.J. WATTEL, *The Cat and the pigeons: some general comments on (TP) Tax rulings and State aid after the Starbucks and Fiat decisions*, in I. RICHELLE, W. SCHÖN, E. TRAVERSA (a cura di), *State aid Law and Business taxation*, Springer, Berlino, 2016, pp. 185 ss.;

Su questioni specifiche, quali il rapporto tra controllo sugli aiuti di Stato, tax ruling e crediti di imposta, W. HASLEHNER, *Double taxation relief, Transfer Pricing adjustments and State aid Law*, *State aid Law and Business taxation*, cit, pp. 133 ss.

³ Si veda, sul punto, A. ARENA, *State Aids and Tax rulings: An assessment of the Commission's recent decisional practice*, in *Market and Competition Law Review*, 2017, pp. 51 ss. A titolo di esempio, la presenza delle multinazionali americane sul territorio irlandese incide per l'80% quanto all'imposta sul reddito pagato, impiega il 25% della forza lavoro e per il 57% del PIL nazionale.

⁴ La capacità delle imprese multinazionali di giovare del disallineamento tra ordinamenti tributari nazionali si iscrive nel più generale fenomeno di deregolazione legato alla globalizzazione, destabilizzante per lo Stato di diritto ed al contempo fattore di iniquità. Sul punto, A. ALSTAADSÆTER – A. JOHANNESSEN – G. ZUCMAN, *Tax evasion and inequality*, in *NBER Working Paper No. 23772*, 2017, [https://library.econ.upd.edu.ph/ir/bitstream/handle/123456789/7503/Alstadsaeter%20A%20\(2017\)%2](https://library.econ.upd.edu.ph/ir/bitstream/handle/123456789/7503/Alstadsaeter%20A%20(2017)%2) accessibile su:

che ha un notevole impatto sull'applicazione dell'istituto. A differenza di quanto visto in relazione alle normative tributarie di applicazione generale, infatti, l'art. 107 TFUE assume la funzione di colmare le lacune normative del sistema piuttosto che di mero "inquadramento" della competenza fiscale già esercitata dai parlamenti nazionali⁵. In tale prospettiva, si comprende perché la più diffusa critica rivolta all'operato della Commissione sia proprio quella di aver realizzato una forma di «armonizzazione indiretta in violazione del principio di attribuzione» tramite un'applicazione "creativa" della nozione di aiuto di Stato⁶.

[0-%20Tax%20evasion%20and%20inequality.pdf?sequence=1](#); G. ZUCZMAN, *The Hidden Wealth of nations: the scourge of tax havens*, 2015, Chicago University Press, Chicago.

Enfatizza le implicazioni dell'assenza di regolazione adeguata in materia tributaria, S. DORIGO, *Fiscalità, Mercato e Solidarietà: la crisi economica globale ed il ruolo del diritto dell'Unione europea*, in *Rivista di italiana di diritto pubblico comparato*, 2017, VI, pp. 1531 ss.

Sostiene la necessità di rispondere alle problematiche derivanti dall'assenza di adeguata regolazione con una modifica delle categorie attualmente in uso, S. MICOSSI, *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, in *Note e Studi ASSONIME*, 1/2017.

⁵ Se è comune al settore tributario nel suo complesso la necessità di rimediare all'incapacità del potere legislativo – considerando tanto il ruolo delle assemblee legislative nazionali che di Parlamento europeo e Consiglio - di far fronte alla crescente complessità dei fenomeni tributari, diversa è l'incidenza concretamente dimostrata dal controllo sugli aiuti di Stato sulla sovranità nazionale. Da un lato, infatti, l'art. 107 TFUE si limita a correggere le normative tributarie interne per renderle compatibili con i principi di concorrenza e neutralità fiscale; dall'altro, l'istituto introduce e rende vincolanti standard normativi altrimenti privi di efficacia cogente nell'ordinamento interno (*infra sez.* 2.1 del presente capitolo).

⁶ Si veda, in posizione prevalentemente critica, M. BOCCACCIO, *L'evoluzione della politica della Commissione su aiuti di Stato e ruling fiscali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, I, pp. 204 - 233; R. FADIGA, *Of Apples, Cars, and Coffee — Against the Commission's Remedy to Unlawful Tax Rulings*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 10, 2018, II, pp. 209 - 231; E. FORRESTER, *Is the State aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition?*, in *EC Tax Review*, vol. 27, I, 2018, pp.19-35; R. A. GALENDI JÚNIOR, *State Aid and Transfer Pricing: The Inherent Flaw Under a Supranational Reference System*, in *Intertax.*, vol. 46, 12, 2018, pp. 994 - 1010.; L. L. GORMSEN, *State Aid and Tax Rulings*, Cheltenham, Edward Elgar, 2019, capitolo 5, pp. 86-118;; D. A. KYRIAZIS, *From Soft Law to Soft Law Through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings*, in *European State aid Law Quarterly*, III, 2016, pp. 428-439; 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, pp. 703 - 747; R. LUJA, *Do State aid rules still allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?*, in *EC Tax Review*, 2016, V-VI, pp. 312 ss.; G. MARINO, *Note brevi sull'evoluzione del divieto di aiuti di Stato e sostenibilità dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2018, pp. 393- 406; M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2018, in particolare capitolo 9, pp. 307 ss.; P. ROSSI-MACCANICO, *Fiscal State aids, Tax Base Erosion and profit shifting*, in *EC Tax Review*, 2015, II, pp. 63 ss.; P. J. WATTEL, *The Cat and the pigeons: some general comments on (TP) Tax rulings and State aid after the Starbucks and Fiat decisions*, cit.

Tali critiche sono peraltro confluite negli atti di ricorso di Stati Membri e multinazionali oggetto delle procedure di recupero. Cfr., *ex multis*, Tribunale dell'Unione europea del 24 settembre 2019, nelle cause

Sul piano valoriale, va fin d'ora evidenziato uno scarto tra gli interessi coinvolti nella realtà sociale e l'inquadramento giuridico dato ai fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e concorrenza fiscale al ribasso da Commissione e Corte di giustizia⁷. Certamente i *tax ruling* consentono ai soggetti economicamente più forti nel mercato mondiale di minimizzare la pressione fiscale gravante sugli stessi, alterando il *level playing field* tra imprese. Al contempo, tuttavia, il fenomeno integra una violazione di elementari canoni di correttezza nei rapporti tra Stati Membri, alcuni dei quali facilitano pratiche elusive delle multinazionali a danno degli altri Stati membri "meno competitivi" e dell'intera Unione.

Quest'ultima dimensione non è stata, ad oggi, valorizzata né dalla Commissione né dalla Corte di giustizia. Come si sosterrà nel seguito, è opinione dell'autore che l'interpretazione dell'art. 107(1) TFUE nel settore della fiscalità internazionale sia inestricabilmente connessa all'art. 4(3) TUE, profilo che dovrebbe essere adeguatamente integrato nell'interpretazione dell'istituto da parte di Commissione e Corte di giustizia.

Nonostante tale lacuna, l'analisi della nozione di 'selettività fiscale' nel settore in esame presenta novità di rilevante portata sistematica. L'accezione di "tassazione non discriminatoria" che sembra guidare la Commissione non è infatti limitata – secondo l'impostazione classica, già esaminata nel precedente capitolo – alla parità tra operatori-contribuenti di fronte allo Stato impositore; l'art. 107 TFUE diviene, infatti, strumento indiretto per realizzare il ben più ambizioso obiettivo di garantire il rispetto di elementari canoni di giustizia tributaria nei rapporti "verticali" tra Stati membri ed

riunite cause T-755/15 e T-759/15, *Lussemburgo e FIAT Chrysler Finance Europe c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:670, punti 100-117.

⁷ Si veda per l'inquadramento generale e la distinzione tra i due fenomeni, A. P. DOURADO, *Aggressive tax planning and harmful tax competition*, in *Research Handbook on European Union Taxation Law*, cit., pp. 390-409.

Per un'analisi degli effetti del fenomeno sui diritti sociali dei cittadini, si veda A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, Cedam, Milano, 2019, pp. 1-141; ID. *Sovranità tributaria, territorialità dell'imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini giuridica, Ospedaletto, 2019, pp. 99-132; R. PALAN, *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*, in *International Organization*, 56, I, pp. 151 ss.

imprese, ribadendo la centralità del principio di capacità contributiva⁸ (*infra* 3.2 del presente capitolo). Ciò trova conferma nei numerosi appelli rivolti contro l’”iniquità fiscale” insita in tali pratiche da parte della Commissaria alla concorrenza Vestager⁹ e della Presidente della Commissione Von der Leyen¹⁰.

L’analisi proposta nelle pagine che seguono si incentra proprio sulla relazione tra concorrenza ed equità – quest’ultima, nella duplice accezione appena evidenziata di equità tra contribuenti e correttezza tra Stati – e fa di tale binomio la chiave di lettura dell’attività di *enforcement* della Commissione europea in materia di *tax rulings*.

In primo luogo, il capitolo illustra le cause dei fenomeni di concorrenza fiscale a ribasso e pianificazione fiscale aggressiva, soffermandosi sulle misure attuate a livello internazionale e sul ruolo giocato dalla Commissione tramite il controllo sugli aiuti di Stato.

A ciò segue l’analisi della prima declinazione di equità, «verticale», relativamente al rapporto tra multinazionali e Stati membri. L’indagine si concentra in particolare sull’introduzione di un paradigma tributario innovativo quale *l’arm’s length principle* nel settore della fiscalità internazionale.

⁸ Il parametro della capacità contributiva costituisce la declinazione in materia tributaria dei principi di eguaglianza e solidarietà tra i consociati. Esso è formalizzato all’art. 53 della Costituzione italiana ma costituisce un principio presente in tutti i sistemi tributari degli Stati membri. Esso impone limiti alla discrezionalità del legislatore, che nel delinearne le fattispecie impositive deve fondare il presupposto impositivo su un evento indice di capacità economica del soggetto passivo. Allo stesso modo, in virtù del già citato principio di non discriminazione sopra accennato, il legislatore è tenuto a garantire un trattamento equo tra i contribuenti, graduando l’imposizione sulla loro capacità impositiva.

In dottrina, si veda G. BRENNAN – J. M. BUCHANAN, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 2000; G. FALSITTA, *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra “ragioni del fisco” e diritti fondamentali della persona*, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, I, pp. 519 ss.; A. FEDELE, *Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella costituzione italiana e sui “limiti” costituzionali all’imposizione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, XI, pp. 1035 ss.

Di recente, E. LIVINI, *I big hi-tech escono più ricchi dalla pandemia e “risparmiano” 46 mld di tasse in 5 anni*, articolo apparso il giorno 14.10.2020 su La Repubblica, accessibile su:

⁹ Si veda, *ex multis*, M. VESTAGER, *State aid tax cases: Sine timore aut favore*, conferenza ICF, San Gallo, 20 maggio 2016.

¹⁰ Si veda, da ultimo, U. VON DER LEYEN, *Discorso sullo stato dell’Unione 2020*, in cui la Presidente ha espressamente ribadito l’obiettivo di divenire “campioni di equità” nel contesto mondiale tramite la lotta alla concorrenza fiscale al ribasso e le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva.

Infine, il capitolo si conclude con l'esame della seconda (ad oggi non valorizzata) declinazione di equità, relativamente ai reciproci rapporti tra Stati membri e tra questi e l'Unione.

3.1 Il mercato interno ai tempi della concorrenza fiscale al ribasso

La fiscalità internazionale è uno dei settori più profondamente incisi dalla globalizzazione. L'elevatissima mobilità assunta dai capitali, tale da rendere inadeguate le soluzioni normative dei singoli Stati, non ha, infatti, trovato adeguata regolazione né nell'ordinamento internazionale né in quello dell'Unione. La recentissima approvazione di una "tassa minima globale"¹¹ e la proposta sulla relativa attuazione nell'ordinamento UE¹² rappresentano, infatti, un traguardo epocale ma ancora limitato alle sole imprese con maggiore fatturato. La trasformazione delle numerose proposte in materia di fiscalità diretta che accompagnano il *Piano di ripresa UE* in diritto vincolante rappresenterebbe, invece, la necessaria svolta normativa in materia di fiscalità UE¹³ (*infra* capitolo 6).

Il controllo sugli aiuti di Stato rappresenta lo strumento più incisivo ad oggi esistente per limitare i già citati fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e concorrenza fiscale al ribasso. E ciò avviene tramite l'interpretazione "evolutiva"¹⁴ della nozione di 'aiuto', che ingloba i parametri antielusivi coniati in seno all'OECD. Proprio l'evidente legame tra la fisionomia della nozione di 'aiuto' in questo settore e

¹¹ OECD, comunicato del 8 ottobre 2021, 'International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age'.

¹² Proposta della Commissione del 22 dicembre 2021, per una direttiva del Consiglio 'volta ad assicurare un livello minimo di tassazione globale per i gruppi multinazionali nell'Unione', COM(2021) 823 final.

¹³ Si veda, sulla differenza tra l'approccio OECD e quello della Commissione europea in materia di fiscalità diretta, l'intervista del 30 marzo 2021 di Forbes a Benjamin Angel, Capo unità del directorato generale in materia di fiscalità diretta presso la Commissione europea. Dopo aver evidenziato le iniziative pendenti in materia di tassazione, Angel evidenzia come l'ambizioso disegno della Commissione europea sia quello di adeguare i sistemi di tassazione nazionali alle sfide poste dalla globalizzazione, riformando principi e categorie tributarie nazionali, incapaci di catturare l'essenza delle moderne manifestazioni di capacità contributiva.

¹⁴ Si veda sul punto, A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 670 ss.; M. MEROLA – F. CALIENTO, *Is the notion of aid broadening or shrinking over time? And if so, why, a subjective view on the rationale of the case law*, in P. L. PARCU – G. MONTI – M. BOTTA (a cura di), *Eu State Aid Law: emerging trends at eu and national level*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 18 ss.; J. PIERNAS LOPEZ, *The concept of State aid under EU Law: from Internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2015, capitolo 3.

le criticità che affliggono la fiscalità europea¹⁵ impone di inquadrare i fenomeni citati all'interno della relativa cornice giuridica ed economica.

3.1.1 Imprese multinazionali e tassazione nel mercato interno: la duplice dimensione di iniquità fiscale

Il noto acronimo *BEPS* (*'base erosion and profit shifting'*) indica il fenomeno per cui le imprese multinazionali sono in grado, ad oggi in maniera prevalentemente lecita, di minimizzare la pressione fiscale gravante sulle stesse, sfruttando il mancato coordinamento tra ordinamenti tributari nazionali¹⁶. La lacunosa cornice giuridica permette, infatti, l'artificiale spostamento dei profitti dovunque prodotti verso paesi a bassa o bassissima tassazione per mezzo di una fitta rete di operazioni tra parti correlate¹⁷. Gli ordinamenti tributari degli Stati si rivelano inadeguati poiché essi sono

¹⁵ La complessità di intervento in tale settore da parte delle istituzioni europee è peraltro accresciuta dal carattere ambiguo, se non apertamente contraddittorio, del rapporto tra fiscalità internazionale ed ordinamento comunitario. La finalità che ha per lungo tempo informato la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, infatti, è stata l'apertura dei mercati nazionali, tutelando la capacità delle imprese di sfruttare a pieno le opportunità economiche offerte dai differenti regimi tributari degli Stati membri. Solo recentemente si è affiancata la consapevolezza delle problematiche insite nella riduzione della base imponibile e spostamento dei profitti. La composizione tra gli obiettivi «tradizionali» in materia di mercato interno e tali nuove esigenze è stata individuata dall'Unione nella lotta ad elusione ed evasione fiscale, inizialmente considerate unicamente come possibili giustificazioni in caso di restrizione delle libertà fondamentali ed oggi principale obiettivo normativo e di *policy* nelle politiche di fiscalità e concorrenza.

¹⁶ Si veda, per un commento generale, Y. BRAUNER, *What the BEPS?*, in *Florida Tax Review*, 2014, II, pp. 55 ss.; M. GILLEARD, *The BEPS Special*, in *International Tax Review*, 2016, pp. 18-47.

Per un inquadramento della problematica secondo le categorie della filosofia del diritto, si veda L. VAN APELDOORN, *BEPS, Tax Sovereignty and Global Justice*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 2018, pp. 478 ss.

Sul rapporto tra BEPS e ordinamento comunitario, si veda P. BAKER – W. SCHÖN, *The BEPS Action Plan in the Light of EU Law*, in *British Tax Review*, 2015, III, pp. 277 ss.; E. TRAVERSA, *The Impact of BEPS on the Fight Against Harmful Tax Practices: Risks . . . and Opportunities for the EU*, in *ibid.*, 2015, 3, pp. 396-407.

¹⁷ Vi sono numerose modalità attraverso cui le pratiche in esame sono effettivamente poste in essere; elemento comune alle stesse è però lo sfruttamento dei disallineamenti esistenti tra sistemi tributari nazionali ed il massiccio utilizzo di operazioni tra parti correlate all'intero del gruppo. La possibilità di modulare la quantità del reddito imponibile tramite operazioni interne al gruppo è una delle cause per cui oggi circa l'80% delle transazioni realizzate globalmente avvengono tra soggetti parte del medesimo gruppo (Cfr. S. MICOSI, *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, cit.).

Si veda A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, 2019, CEDAM, Padova, pp. 29 ss., che distingue tra vecchie e nuove modalità attraverso cui viene concretamente realizzata l'erosione della base imponibile.

ancora in gran parte fondati su categorie coniate per la gestione di rapporti tributari di carattere nazionale¹⁸; la stessa conclusione di trattati internazionali bilaterali o multilaterali risulta a tal fine insufficiente, attesa la natura estremamente frammentaria ed incompleta degli stessi¹⁹.

Tali lacune normative sono talvolta il frutto di una scelta deliberata degli Stati, che intendono attirare le imprese sul proprio territorio con la promessa di una fiscalità fortemente agevolata e l'assenza di controlli antielusivi²⁰. La concorrenza fiscale al ribasso²¹, attuata dagli Stati stessi, funge, dunque, da corollario alla pianificazione fiscale aggressiva realizzata dalle imprese multinazionali. I due fenomeni sono

¹⁸ S. MICOSSI, *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, cit.

¹⁹ Sul punto, si veda Y. BRAUNER, *Treaties in the Aftermath of BEPS*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, accessibile su: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol41/iss3/3>.

Per quanto concerne il controllo sugli aiuti di Stato, la conclusione di trattati internazionali che recepiscono gli standard antielusivi coniatosi dall'OECD è stata utilizzata dalla Commissione europea – e confermata dal Tribunale – come prova dell'inerenza *dell'arm's length principle* all'ordinamento tributario degli Stati membri, a prescindere dal formale recepimento dello standard nella normativa tributaria interna. Si veda, sul punto, Tribunale dell'Unione del 15 luglio 2020, in causa T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e Apple c. Commissione*, ECLI:EU:T:2020:338.

²⁰ L'Irlanda costituisce un caso paradigmatico in questo senso. La sua legislazione tributaria è stata infatti tradizionalmente orientata ad attrarre la localizzazione delle imprese multinazionali americane sul proprio territorio tramite l'introduzione di criteri di determinazione della residenza fiscale che permettevano di trasferire i profitti prodotti in Europa a soggetti privi di residenza fiscale e rimanere dunque non tassati. In questo senso, l'indagine sul trattamento fiscale di favore riservato ad *Apple* (*infra* sez. 1.3 del presente capitolo) non rappresenta che uno dei molti casi di pianificazione fiscale legati al paese celtico. Cfr. *ex multis*, S. C. LOOMIS, *The Double Irish sandwich: reforming overseas tax havens*, in *St. Mary's Law Journal*, 2011, pp. 825 ss.

²¹ Si veda in generale, A. DOURADO, *Aggressive tax planning and harmful tax competition*, cit. e dottrina *ivi* cit. La concorrenza fiscale a ribasso costituisce la declinazione patologica del più generale fenomeno della concorrenza fra ordinamenti. Secondo la dottrina maggioritaria, il discrimine va individuato nel carattere preferenziale (“selettivo”) – e quindi *unfair* – del trattamento fiscale riservato a determinati soggetti. In altre parole, se è lecito per uno Stato attrarre la localizzazione di imprese straniere tramite un regime tributario le cui basse aliquote sono garantite a tutti gli operatori economici, la scelta diviene abusiva laddove sia evidente nella costruzione della normativa la volontà di favorire una certa categoria di operatori economici. In tal senso, esemplare è il ragionamento seguito in Corte di giustizia del 15 novembre 2011, in cause riunite C-106/09 P and C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Gibilterra*, in raccolta 2011 I-11113, ECLI:EU:C:2011:732, punto 97.

Attraverso un utilizzo per molti versi paradossale della propria competenza tributaria, gli Stati usano la leva fiscale quale strumento di competizione internazionale piuttosto che quale istituto volto a ripartire equamente il peso delle pubbliche spese tra consociati sulla base della capacità contributiva. Vari articoloni, tra cui M. LITTLEWOOD, *Tax competition: harmful to whom?* In *Michigan journal of international law*, vol. 26, I, pp. 412 ss.

congiuntamente responsabili dell'erosione della base imponibile per gli erari nazionali²².

Nonostante l'intuitiva natura distorsiva dei fenomeni qui descritti, numerose ed eterogenee sono le ragioni poste a fondamento delle azioni di contrasto intraprese contro gli stessi. Coerentemente con le premesse metodologiche sopra espresse, queste sono qui presentate considerando separatamente la relazione "verticale" tra Stato e contribuenti (multinazionali e non) e quella "orizzontale" tra Stati.

In relazione al primo di tali rapporti, il disvalore risiede nella capacità delle imprese multinazionali di eludere i propri obblighi contributivi, pur a fronte di una notevole capacità economica. In primo luogo, ciò inasprisce le disuguaglianze tra territori e cittadini tramite l'accentramento di ricchezza in mano privata²³, con evidenti ricadute sia in termini di legittimazione dello Stato impositore nei confronti dei contribuenti²⁴ sia in termini di eguaglianza sostanziale, dal momento che le spese

²² Occorre evidenziare come l'esistenza di tali fenomeni e le distorsive conseguenze da questi provocate siano risalenti e ben documentati in dottrina dalla fine dello scorso millennio. La crescente attenzione mediatica e l'utilizzo di strumenti sempre più efficaci per contrastarli dipendono dalla pressione politica originata dalle misure di *austerity* successive alla crisi economica del 2007 e dallo scandalo *Luxleaks* che hanno reso insostenibile la richiesta di sacrifici ai cittadini di fronte a fenomeni elusivi di immensa portata.

La consapevolezza da parte delle Istituzioni degli effetti distorsivi dei fenomeni in esame è evidente da OECD, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, 1998. Si vedano, quanto all'ordinamento comunitario, le conclusioni del Consiglio del 9 marzo 1998 *riguardanti l'istituzione del Gruppo "codice di condotta" (tassazione delle imprese)*, (98/C 99/01), cui è seguita la *Comunicazione della Commissione del 10.12.1998, relativa all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato alle normative tributarie di tassazione diretta delle imprese*, 98/C 384/03.

Si veda, sulla relazione tra crisi economica e elusione fiscale, S. DORIGO, *Fiscalità, Mercato e solidarietà: la crisi economia globale ed il diritto dell'Unione europea*, cit.; B. HUESECKEN – M. OVERSECH, *Tax Avoidance through Advance Tax Rulings - Evidence from the LuxLeaks Firms*, in *FinanzArchiv: Public Finance Analysis*, 2019, vol. 75, issue 4, pp. 380-412; T. JAEGER, *From Santander to LuxLeaks – and Back*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, III, pp. 345-357.

Infine, per una analisi quantitativa del fenomeno, si veda, A. ALSTADSÆTER - N. JOHANNESSEN – G. ZUCMAN, *Tax Evasion and Inequality*, cit.

. Molti di tali dati sono poi riportati in G. ZUCMAN, *The hidden wealth of nations*, cit. L'OCED stima la perdita netta di gettito fiscale globale nel 2018 in 240 miliardi di dollari all'anno.

²³ A. ALSTADSÆTER - N. JOHANNESSEN – G. ZUCMAN, *Tax Evasion and Inequality*, cit., pp. 2-3 «The many data sets used in this article all paint the same picture: the probability to hide assets offshore rises sharply with wealth, including within the very top groups of the wealth distribution».

²⁴ OECD, *Action Plan on base erosion and Profit Shifting*, 2013, p. 7.

pubbliche sono in questo caso sopportate dai soggetti fiscalmente “meno mobili”, sostituendo tale criterio a quello della capacità contributiva²⁵.

In secondo luogo, se il fenomeno è considerato in quanto perdita netta di gettito fiscale, questo determina ulteriori problemi di disuguaglianza, legati al peggioramento ed alla riduzione dei servizi pubblici che lo Stato è in grado di offrire, specialmente durante periodi di difficoltà economica²⁶. Infine, ed è questo uno dei profili sui cui si fonda la legittimazione dell’attività di *enforcement* della Commissione europea, i BEPS creano un’incoltabile asimmetria competitiva tra le imprese “nazionali”, generalmente PMI, e quelle multinazionali²⁷.

Passando alla seconda dimensione di iniquità, le pratiche in esame assumono rilevanza in quanto si tratta di comportamenti opportunistici di alcuni Stati dannosi per l’intera comunità internazionale. Come sostenuto in dottrina, la principale ragione per combattere tali fenomeni è che essi minano in profondità la ‘sovranità fiscale nazionale’²⁸. I parlamenti statali sono infatti incapaci di compiere coraggiose riforme fiscali, che siano in grado di colpire la ricchezza dei soggetti economicamente più forti:

²⁵ S. BOFFANO - R. CABAZZI, *Competizione fiscale europea versus giustizia distributiva: un dilemma sempre più attuale*, in *DPCE Online*, 2017/3, pp. 461-486 e dottrina *ivi*, accessibile a link: www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/421.

L’inasprimento della pressione fiscale gravante sui contribuenti “nazionali” è la conseguenza automatica della necessità di recuperare il gettito fiscale perso: è chiaramente visibile a partire dagli anni ’80 un *trend* comune a tutti gli Stati di spostamento della pressione fiscale sulle componenti di reddito più difficilmente trasferibili, quali il reddito da lavoro, rispetto al reddito da capitale, con evidenti frizioni rispetto ai principi costituzionali di non discriminazione, capacità contributiva e tutela del lavoro. Si veda, per una analisi quantitativa del fenomeno negli Stati Uniti, E. SAEZ – G. ZUCMAN, *Il Trionfo dell’ingiustizia. Come i ricchi evadono le tasse e come farglielo pagare*, Einaudi, Torino, 2020.

²⁶ A. PERRONE, *Tax Competition e giustizia sociale nell’Unione europea*, cit., capitolo 3.

La più evidente conseguenza di tali fenomeni è la riduzione netta delle entrate fiscali per gli Stati, che a sua volta si ripercuote sotto forma di instabilità finanziaria dei bilanci pubblici e riduzione della quantità e qualità dei servizi di welfare offerti ai propri cittadini. Articolo da me citato.

²⁷ Gli oneri fiscali, se analizzati in prospettiva economica, costituiscono un rilevante costo per l’impresa, il cui risparmio permette alle multinazionali di giovare di un indebito vantaggio competitivo. Spiegare. Discussion paper della Commissione.

²⁸ P. DIETSCH, *Catching capital: the ethics of tax competition*, Oxford University Press, Oxford, 2015. Sul punto, sia inoltre consentito il rinvio a R. FEDERICO, *Aiuti di Stato e concorrenza fiscale tra Stati: la crisi della sovranità fiscale nazionale durante l’emergenza COVID-19*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, in corso di pubblicazione. *Contra* A. PERRONE, *Sovranità tributaria, territorialità dell’imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, cit., che ritiene la concorrenza fiscale vada invece esaminata quale esercizio di sovranità fiscale in assenza di vincoli costituzionali o di diritto internazionale.

i primi sono, di fatto, ostaggio di questi ultimi, dalle cui scelte dipendono investimenti ed occupazione sul territorio statale²⁹. In secondo luogo, la perdita di gettito fiscale impatta sulla stessa stabilità economica della comunità internazionale, messa a rischio dalla debolezza finanziaria dei bilanci pubblici nazionali, la cui strutturale interconnessione si ripercuote negativamente sull'intero sistema³⁰.

Benché la portata delle problematiche fin qui tratteggiate evidentemente travalichi i confini europei³¹, tali fenomeni si dimostrano particolarmente distorsivi nel mercato interno, atteso l'elevato livello di integrazione economica presente tra i mercati nazionali e l'impossibilità di limitare tali pratiche tramite l'utilizzo diretto di misure protezionistiche³². Proprio la necessità di agire in maniera coordinata, senza alterare i fondamenti stessi del mercato interno, ha portato a valorizzare l'utilizzo del controllo sugli aiuti di Stato.

3.1.2 L'*arm's length principle* nella fiscalità internazionale: parametro antielusivo o di politica industriale?

La tassazione delle imprese multinazionali costituisce un ambito in cui l'OECD ha da tempo assunto il ruolo di guida sul piano internazionale, tanto nelle attività di ricerca che di *policy*³³. Ciò è avvenuto, innanzitutto, tramite la definizione della cornice

²⁹ L. SEELKOPF – H. LIERSE, *Taxation and inequality: how tax competition has changed the redistributive capacity of nation-states* in the OECD, in M. WULGRAMM – T. BIEBER – S. LEIBFRIED (a cura di), *Welfare state transformations and inequality in OECD Countries*, Palgrave, Londra, 2016, pp. 89-109.

³⁰ P. K. OZILI, *Tax Evasion and Financial Instability*, in *Journal of financial crime*, in corso di pubblicazione.

³¹ Sono infatti coinvolti tanto paesi in via di sviluppi che le economie più evolute, cfr. OECD, *Country-by-Country Reporting – Compilation of Peer Review Reports (Phase 1). Inclusive Framework on BEPS: Action 13*, 2018.

In dottrina, si veda, I. BURGERS – I. MOSQUERA, *Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries?*, in *Erasmus Law review*, 2017, pp. 29 ss.

³² Cfr. R. FEDERICO, *Aiuti di Stato e concorrenza fiscale tra Stati: la crisi della sovranità fiscale nazionale durante l'emergenza COVID-19*, cit.

³³ Accanto a tali attività, l'istituzione collabora con gli Stati membri alla redazione di «Modelli di convenzioni contro la doppia imposizione», al cui interno sono proposti modelli di regolamentazione atti a garantire la razionalità e l'efficienza dell'imposizione praticata dagli Stati sulle situazioni transfrontaliere. Si tratta di documenti di carattere non vincolante, la cui qualità ha tuttavia spinto molti Stati a recepirne i contenuti nella propria legislazione interna ed a concludere trattati internazionali fondati sulle clausole proposte.

teorica³⁴ oggi utilizzata, cui ha fatto seguito l'elaborazione di numerosi strumenti antielusivi, di cui viene incoraggiata l'implementazione a livello nazionale. La stessa Commissione europea ha riconosciuto l'autorevolezza dell'attività svolta tramite il recepimento degli standard da questa conosciuti nell'interpretazione della nozione di 'aiuto'³⁵ (*infra sez. 2.1 del presente capitolo*).

L'*arm's length principle*³⁶ - tradotto in italiano come "principio di concorrenza" - costituisce il prodotto certamente più noto dell'attività dell'OECD. Il parametro è utilizzato per rideterminare il valore delle transazioni realizzate infragruppo ai fini della corretta determinazione del tributo (cd. *transfer pricing*) ed evitare i rischi insiti nelle operazioni tra parti correlate³⁷. In tal modo, anziché fondare le determinazioni tributarie sui dati risultanti dal bilancio dell'impresa, come avviene normalmente, l'amministrazione fiscale considera le operazioni al 'valore di mercato',

Si veda, in generale sul punto, G. MAISTO, *Convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni*, 2015, Giuffrè, Milano; G. MELIS, *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, cit. pp. 29 ss.

³⁴ La stessa definizione 'Erosione della base imponibile e spostamento dei profitti' – BEPS e le relative azioni di contrasto sono state coniate in seno all'OECD. V. sul punto, Y. BRAUNER *What the BEPS?*, cit.; M. GILLEARD, *The BEPS Special*, cit.

³⁵ Si veda, in senso critico, sul ruolo prevalentemente recettivo e non proattivo dell'Unione europea nell'elaborazione di policy e standard antielusivi in materia di BEPS, E.C.C.M. KEMMEREN, *Where is Eu Law in the OECD BEPS Discussion?* In *EC Tax Review*, 2014, 4, pp. 190 ss.

³⁶ Il termine in realtà nasce nel diritto contrattuale e commerciale di common law per garantire l'assenza di conflitto di interessi nelle operazioni poste in essere tra soggetti non indipendenti, ossia assenza delle fisiologiche forze di mercato in grado di regolare in maniera imparziale il valore della transazione. Cfr. W. C. NEWMAN, *Legal Use of the "Arm's Length" Concept*, in *The University of Toronto Law Journal*, 1955, I, pp. 139 ss.

Oggi il parametro è però prevalentemente utilizzato in ambito fiscale. Si veda, sul punto, J. WITTENDORF, *Transfer pricing and the arm's length principle in international tax law*, Kluwer International Law, Alphen Aan Den Rijn, 2010. J.L. ANDRUS – R. COLLIER, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle after BEPS*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Si veda, in prospettiva critica, J. S. WALKIE, *Reflecting on the "Arm's Length Principle": What is the "Principle"? Where Next?*, in W. SCHÖN – K. A. KONRAD (a cura di), *Fundamentals of International Transfer pricing in Law and Economics*, 2012, Springer, Berlino, pp. 137 ss. ; M. DEVEREUX – C. KEUSCHNIGG, *The distorting arm's length principle*, in *CEPR Discussion paper n. DP7375*.

³⁷ Questo viene principalmente utilizzato in materia di tassazione diretta di impresa ma esigenze analoghe ci sono in altri ambiti della fiscalità internazionale, quale la determinazione del valore in dogana. Cfr. J. SALVA, *Customs valuation and Transfer Pricing: ICC proposals*, in *EC Tax Review*, 2016, 5-6, pp. 346 ss.

Si veda, in generale, M. LANG – G. COTTANI – R. PETRUZZI – A. STORCK, *Fundamentals of Transfer Pricing. a practical guide*, Wolter Kluwer International, Alphen Aan Den Rijn, 2018.

ossia come se fossero realizzate tra imprese indipendenti³⁸. Ulteriore finalità dello strumento è quella di facilitare una ripartizione razionale dell'imposizione tra Stati, evitando la doppia tassazione sulla medesima fonte di reddito³⁹.

Vanno peraltro evidenziate le numerose implicazioni derivanti dall'utilizzo dell'*arm's length principle*. Accanto alla tipica finalità antielusiva, il suo utilizzo produce conseguenze indirette in termini di regolazione pubblica dell'economia. La rideterminazione del valore delle transazioni compiute all'interno del gruppo ai fini fiscali non si limita, secondo la tradizionale prospettiva fiscale, a combattere l'erosione della base imponibile e garantire che le imprese contribuiscano con il pagamento dei tributi alla solidità del bilancio pubblico statale. Lo strumento ha l'ulteriore effetto di assicurare il *level playing field* tra imprese, neutralizzando i vantaggi – come si vedrà, indebiti e non - derivanti dalle dimensioni del contribuente.

Il vantaggio indebito di cui godono le multinazionali destinatarie di quantificazioni fiscali di favore rispetto agli altri contribuenti è evidente e difficilmente contestabile. Non vi sono ragioni per cui queste, a fronte di una forza economica incomparabilmente superiore a quella delle imprese contribuenti nazionali, possano minimizzare i propri obblighi contributivi tramite pratiche elusive, cui lo Stato stesso si fa promotore.

Più complessa è invece la valutazione dei vantaggi “leciti” di cui le imprese godono. Come evidenziato dalle opinioni più critiche, la parificazione ai fini fiscali delle operazioni tra parti correlate a quelle svolte da imprese indipendenti impone alle multinazionali un onere fiscale sproporzionato, in quanto esclude i benefici derivanti dall'integrazione di gruppo, in violazione del principio di capacità contributiva⁴⁰.

³⁸ Ciò avviene necessariamente tramite la comparazione del tipo di impresa e di attività in questione a parametri fittizi. Tale procedura, come riconosciuto dalla stessa Commissione (*Working paper in materia di tax ruling*, cit., considerando 23) presenta intrinseci margini di approssimazione, che rimangono comunque estranei al controllo sugli aiuti di Stato.

³⁹ Cfr. W. SCHÖN, *Transfer Pricing – Business Incentives*, *International Taxation and Corporate Law*, in *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, cit., pp. 47 ss., p. 48.

⁴⁰ Ex multis, R. AVI-YONA – K. CLAUSING - M. DURST, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, in *Florida Tax Review*, 2009, pp. 497 ss.; M. KANE, *Transfer Pricing, Integration and Synergy Intangibles: A Consensus Approach to the Arm's Length Standard*, in *World Tax Journal*, 2014, pp. 282 ss.; W. SCHÖN, *Op. ult. cit.*, p. 53.

E' opinione di chi scrive che tale profilo, effettivamente presente nell'applicazione dell'*arm's length principle*, non sia ostativo alla sua applicazione nell'ordinamento UE. Da un lato, la tutela della concorrenza rimane obiettivo prevalente ed i profili di politica industriale non sono tali da determinare una violazione del principio di attribuzione⁴¹. Sotto il profilo tributario, invece, l'imposizione di un onere fiscale più gravoso ai soggetti economicamente più forti, non perfettamente proporzionale all'aliquota media generalmente applicata, non si pone in contrasto con alcun principio generale in materia di fiscalità diretta, che anzi, in molti Stati si fonda proprio sul principio di progressività⁴².

3.1.3 Il ruolo della Commissione europea quale arbitro della concorrenza tra Stati e tra imprese

L'inerzia – talvolta divenuta vero e proprio ostruzionismo – degli Stati membri nel realizzare le necessarie opere di armonizzazione della fiscalità diretta⁴³ ha di fatto

Ciò è evidente nel ragionamento adottato dalla Commissione nella decisione del 11.01.2016, SA 37667 "Excess Profit Exemption in Belgium", considerando 130 ss., in cui la normativa tributaria belga è stata censurata proprio nella misura in cui dove aver applicato il parametro *arm's length* per rideterminare il reddito di imprese, consente di detrarre dall'imposta una cifra forfettaria equivalente alla mancata considerazione delle efficienze realizzate dal gruppo.

La decisione è stata annullata dalla Corte di giustizia con sentenza del 16 settembre 2021, in causa C-337/19 P, *Commissione c. Belgio/Magnetrol*, ECLI:EU:C:2021:741, per ragioni procedurali, legate all'erronea qualificazione della misura da parte della Commissione come regime di aiuti, senza considerare l'incidenza dell'interpello nella concreta definizione del regime tributario applicabile.

⁴¹ Cfr in generale, sul vizio di sviamento di potere, A. HINAREJOS, capitolo 27 - *Judicial Review*, in *Oxford Principles of European Union Law*, cit. p. 905.

Di recente, Corte di giustizia del 9 settembre 2015, in causa C-506/13P *Lito Maieftiko Gynaikologiko kai Cheirurgiko Kentro c. Commissione*, punto 94, «Infatti, occorre rilevare che, secondo giurisprudenza consolidata, sussiste sviamento di potere quando un'istituzione esercita i suoi poteri allo scopo esclusivo, o quantomeno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati o di eludere una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte alle circostanze del caso di specie».

⁴² Si veda, sul punto, la proposta di sostituire i regimi di tassazione proporzionale con regimi progressivi nei paesi del blocco orientale al fine di attenuare le disuguaglianze, S. BARRIOS – V. I. TAMOŠIŪNĖ – A. MAFTEI – E. NARAZANI – J. VARGA, *Progressive tax reforms in flat tax countries*, *JRC Working Papers on Taxation and Structural Reforms No 02/2018*.

⁴³ La Commissione europea ha per lungo tempo tentato di affrontare le numerose problematiche discendenti dalla mancata armonizzazione normativa, come testimoniato dalle numerose proposte normative arenatesi in Consiglio. La centralità del tema è testimoniata dal dibattito politico ed accademico presente fin dai primi anni '70. Questo si è tuttavia articolato attraverso prospettive e dinamiche mutevoli; e ciò per l'intrinseca ambiguità che si accompagna alla relazione tra fiscalità e mercato interno: le imprese economicamente attive su più Stati membri, di fatto attive su più mercati

imposto l'utilizzo di soluzioni alternative, che prescindessero dal consenso unanime dei governi degli Stati membri richiesto ai sensi dell'art. 115 TFUE. Né, va evidenziato, gli artt. 116 e 117 TFUE, che richiedono maggioranze ordinarie, sono stati utilmente utilizzati dalla Commissione per tentare di correggere le disposizioni più distorsive dei codici tributari nazionali⁴⁴.

In tale scenario, l'art. 107 TFUE si è affermato quale strumento più adatto, considerando l'efficace procedura applicativa e la possibilità di sfruttare la ventennale giurisprudenza in materia di 'aiuti fiscali' come base interpretativa (*supra* capitolo 2)⁴⁵. La frammentazione politica degli interessi nazionali ha, ancora una volta, spostato nelle mani di Commissione e Corte di giustizia la risoluzione di problematiche ad un tempo estremamente tecniche e politicamente sensibili, con inevitabili frizioni rispetto ai principi di legalità e ripartizione delle competenze tra Stati Membri ed Unione (*infra* capitolo 4).

L'attività d'indagine della Commissione, iniziata nel 2013 e culminata nelle prime decisioni già nel 2015, si è accompagnata alla pubblicazione di atti di *soft law* quali la *Comunicazione sulla nozione di aiuto*⁴⁶ ed un *working paper*⁴⁷ nei quali

nazionali, sono state certamente i principali attori nella creazione e sviluppo del Mercato interno ma, allo stesso tempo, sono state identificate come i responsabili dello sviluppo di fenomeni distorsivi legati alla globalizzazione. Tale approccio "bifronte" è evidenziato, da un lato, nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, che ha profondamente inciso i sistemi tributari nazionali, a tutela delle imprese stesse; e, dall'altro, nella crescente attenzione alla necessità di adottare presidi antielusivi contro la pianificazione fiscale aggressiva, sempre più chiaramente identificata come una seria problematica, in grado di minare la solidità del mercato interno. In altre parole, mentre l'assenza di armonizzazione veniva inizialmente condannata in quanto ostacolo alla capacità delle imprese di definire di agire in maniera integrata sui diversi mercati nazionali, oggi l'assenza di armonizzazione è al centro del dibattito per i vantaggi ingiusti che determina a favore dei "contribuenti" multinazionali.

⁴⁴ Si veda, sul punto, M. F. NOUWEN, *The Market Distortion Provisions of Articles 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?*, in *Intertax*, 2021, I, pp. 14 ss.

⁴⁵ Come si vedrà meglio nel seguito, il caso più rilevante nella costruzione giuridica della Commissione è la sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 2006, in cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, in *Raccolta*, 2006, I, 5479, ECLI:EU:C:2006:416.

Si veda, per una ricostruzione, W. HASLEHNER, *Transfer pricing rules and State aid law*, in *Research handbook on European Union Taxation Law*, cit., pp. 430 ss.

⁴⁶ *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, 2016/C 262/01, cfr., in particolare, i punti 169 ss.

⁴⁷ *DG Competition Working Paper on State aid and tax rulings*, accessibile su https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf. Vd. P. ROSSI – MACCANICO, *Fiscal State aids, Tax Base Erosion and profit shifting*, cit., che ha evidenziato l'analogia

l'istituzione ha tentato di chiarire la propria posizione in merito all'applicazione dell'art. 107 TFUE alle pratiche in esame. L'interpretazione dell'istituto si basa, come sopra anticipato, sull'utilizzo congiunto della precedente giurisprudenza in materia di aiuti fiscali – e segnatamente del test in tre fasi – e dei presidi antielusivi quali l'*arm's length principle*. Lo Stato concederebbe, dunque, un aiuto di Stato, laddove nella conclusione di interpelli preventivi, l'amministrazione fiscale non impieghi le necessarie precauzioni antielusive, convalidando in tal modo le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva.

Tra i numerosi procedimenti ad oggi pendenti in materia di *tax ruling*, interessa qui soffermarsi sui casi *FIAT* ed *Apple*⁴⁸. Entrambe le decisioni sono state oggetto di ricorso e sono attualmente pendenti gli appelli di fronte alla Corte di giustizia sulle sentenze pronunciate dal Tribunale. Nonostante la sostanziale convergenza favorevole alla ricostruzione giuridica proposta dalla Commissione⁴⁹, le due pronunce del Tribunale evidenziano la persistenza di un contrasto interpretativo in merito al rapporto tra art. 107(1) TFUE e normativa tributaria domestica, il che rende essenziale l'intervento nomofilattico della Corte di giustizia.

tra la pubblicazione di tali documenti e quanto avvenuto tra il 1998 ed il 2001 rispetto all'inquadramento delle normative fiscali generalmente applicabili.

⁴⁸ Si veda, per una panoramica delle indagini aperte, L. L. GORMSEN, *European State aid and tax ruling*, Elgar, Cheltenham, 2019, capitolo 2.

Le decisioni che hanno posto fine alla procedura di indagine sono rispettivamente del 21.10.2015 e del 30.08.2016, SA.38375 e SA.38373. Si veda per un commento, F. CACHIA, *Analysing the European Commission's Final Decisions on Apple, Starbucks, Amazon and Fiat Finance & Trade*, in *Ec Tax Review*, 2017; L.L. GORMSEN, *Has the Commission taken too big a bite of an Apple?*, in *European papers*, 2016, I, pp. 1137 ss.; T. ILIOPULOS, *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat*, in *State aid Law Quarterly*, 2017, 16, II, pp. 263 ss.; P. J. WATTEL, *The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions*, cit.

⁴⁹ In particolare, è stata riconosciuta la competenza della Commissione ad applicare il controllo sugli aiuti di Stato ai *tax ruling*, la possibilità di utilizzare l'*arm's length principle* nello scrutinio dei *tax rulings* ex art. 107 TFUE ed il legame tra controllo sugli aiuti di Stato e principio di non discriminazione. Si veda, per un commento generale sulle sentenze del Tribunale, D. KYRIAZIS, *Apple: One Case to Rule Them All*, in *Kluwer International Tax Blog*, post del 22 luglio 2020, accessibile su: <http://kluwertaxblog.com/2020/07/22/apple-one-case-to-rule-them-all/>; A. LAMADRID, *The Apple Judgment in Context (Cases T-778/16 and T-892/16)*, in *Chilling competition*, post del 15 luglio 2020, accessibile su: <https://chillingcompetition.com/2020/07/15/the-apple-judgment-in-context-cases-t-778-16-and-t-892-16/>; S. DALY – R. MASON, *State Aid: The General Court Decision in Apple*, in *Tax Notes International*, 2020, pp. 1317 ss.

Nella decisione *Apple* la Commissione ha vagliato la correttezza del trattamento fiscale riservato dall'Irlanda a due società controllate del gruppo di Cupertino, coinvolte nella vendita e distribuzione della maggior parte dei dispositivi mobili in Europa. Le risultanze probatorie hanno condotto la Commissione a ritenere integrati i presupposti di cui all'art. 107(1) TFUE da parte dell'amministrazione fiscale irlandese, che avrebbe concesso un vantaggio fiscale pari a 13 miliardi di euro, quantitativamente l'aiuto di Stato più alto mai ricevuto⁵⁰. In particolare, l'indebito vantaggio deriverebbe dall'aver convalidato la proposta del gruppo di attribuire l'assoluta maggioranza dei profitti prodotti in Europa a società prive di sede fiscale, peraltro senza condurre studi di settore o altre indagini necessarie a valutare la correttezza della ricostruzione fiscale proposta dalle imprese⁵¹.

La peculiarità del caso discende dal fatto che lo stesso diritto positivo irlandese applicabile al tempo degli interpelli esaminati era strutturato in modo tale da incentivare l'erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti da parte di gruppi multinazionali con sede negli Stati Uniti. Ciò ha portato la Commissione, nella rideterminazione del reddito imponibile, a proporre un criterio alternativo alla pedissequa applicazione del diritto interno⁵², fondato sull'oggettivo collegamento tra

⁵⁰ L'impatto mediatico del caso deriva non solo dall'enorme somma oggetto di recupero ma anche dalla posizione assunta direttamente dal governo degli Stati Uniti. A ben guardare, non deve tuttavia stupire l'ammontare dell'aiuto di Stato dal momento che la decisione della Commissione copre un arco temporale compreso tra il 1997 ed il 2014, durante i quali il gruppo di Cupertino avrebbe pagato un ammontare compreso tra lo 0,005 e l'1% sui profitti prodotti in Europa. Quanto al coinvolgimento del governo americano, si veda, U.S. DEPARTMENT OF TREASURY, *White paper – The European Commission's recent State aid investigation of transfer pricing rulings*, del 24 agosto 2016.

⁵¹ La normativa irlandese allora vigente (art. 23a TCA) consentiva ai gruppi multinazionali di operare in Irlanda tramite società qui registrate, qualificando le stesse come non residenti ai fini fiscali. Al contempo, molti Stati – inclusi gli Stati Uniti – adottano un criterio formale di determinazione della sede fiscale, che guarda al luogo in cui l'impresa è registrata. In tal modo si verificava un conglitto negativo di competenza fiscale, risultante nella creazione di Stateless income. Apple si è dunque giovata di tale disposizione per trasferire gran parte dei profitti prodotti in Europa a società i cui profitti andavano di fatto esenti da tassazione perché prive di residenza fiscale.

⁵² La Commissione, accertato il carattere negligente delle procedure seguite dall'amministrazione fiscale irlandese, ha proceduto alla rideterminazione dell'imposta dovuta applicando il cd. «*exclusion approach*». Secondo tale prospettazione, pur a fronte di una normativa interna che considerava non fiscalmente residenti le società Apple, l'amministrazione fiscale nazionale avrebbe dovuto attribuire a queste il reddito prodotto in Europa in quanto si trattava degli unici soggetti effettivamente coinvolti nella produzione dello stesso. Cfr. *Decisione Apple*, cit., considerando 276-307.

le sedi irlandesi e la produzione dei redditi in esame. Proprio tale profilo ha condotto il Tribunale ad annullare la decisione, ritenendo inutilizzabile il metodo di analisi proposto dalla Commissione, che avrebbe dovuto dimostrare, sulla base del diritto irlandese, il carattere irrazionale (e quindi discriminatorio) del trattamento riservato dall'amministrazione fiscale ad Apple⁵³.

Il caso *FIAT* riguarda invece il rapporto tributario tra il Lussemburgo e FFT, una controllata del gruppo FIAT - Chrysler attiva in servizi finanziari e di tesoreria a favore delle stesse società del gruppo. A differenza del caso *Apple*, in cui il carattere abusivo del *tax ruling* è stato individuato nel comportamento negligente dell'amministrazione finanziaria accompagnato all'applicazione di una normativa tributaria volutamente lacunosa, la decisione in esame si fonda sull'errata applicazione dei metodi di comparazione effettivamente presenti nella normativa interna per rideterminare i profitti derivanti dalle operazioni finanziarie infragrupo⁵⁴. La pronuncia del Tribunale ha in tal caso confermato integralmente la prospettazione della Commissione, ritenendo provato l'errore nella determinazione del reddito⁵⁵.

Il profilo più rilevante e tuttora controverso dei casi citati è la relazione esistente tra la nozione di aiuto e la normativa tributaria nazionale. Tramite il controllo della Commissione sui *tax ruling*, infatti, si impone allo Stato un vincolo stringente nella gestione dei rapporti tributari internazionali, il cui mancato rispetto determina l'insanabile conflitto con la cornice dei Trattati. Tuttavia, la valutazione sulla selettività non può – allo stato attuale di sviluppo della fiscalità europea – prescindere dalla normativa interna e da una accurata analisi della stessa da parte della

⁵³ Tribunale dell'Unione, *Irlanda e a. c. Commissione*, cit., punti 174-187.

⁵⁴ Il vantaggio selettivo è stato individuato dalla Commissione nella ridotta attribuzione alla società FFT dei profitti derivanti dall'attività di finanziamento. In questo caso, l'attività della società controllata è paragonabile a quella svolta da una banca sicché la remunerazione delle sue attività va individuata sulla base del capitale investito. Nel caso di specie, da un lato, il *tax ruling* ha quantificato in maniera imprecisa il capitale oggetto di prestito e dall'altro, non ha incluso nella remunerazione dovuta le attività ancillari al mero prestito, che invece vanno conteggiate nell'effettiva determinazione dell'imposta.

⁵⁵ Tribunale dell'Unione del 24 settembre 2019, in causa T-755/15, *Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*, ECLI:EU:T:2019:670. Il procedimento non è ancora concluso vista l'impugnazione della sentenza da parte di FIAT e del Lussemburgo (Cfr. causa C-885/19 P e C-889/19 P).

Commissione. Le recenti conclusioni dell'AG Pikamäe al caso *FIAT*, nel proporre alla Corte di annullare la decisione della Commissione in riforma della sentenza di primo grado, sembrano proprio confermare un orientamento fin troppo rigido⁵⁶ sul punto.

L'ambiguità interpretativa in oggetto offre un ulteriore argomento a sostegno dell'armonizzazione della fiscalità diretta degli Stati membri o, in via ancora più incisiva, la creazione di "tributi europei". Tale consapevolezza sembra condivisa dalla stessa Commissione europea, che fin dalla presentazione del piano *Next Generation EU*⁵⁷ ha enfatizzato l'importanza di una organica riforma della fiscalità europea, eventualmente realizzata tramite l'utilizzo dell'art. 116 TFUE⁵⁸.

⁵⁶ Si veda, per un primo commento critico, J.J. P. LÓPEZ, *The arm's length principle, the principle of non-discrimination and the definition of the reference framework constituting "normal taxation"*, in *Eu Law live*, *Op-Ed.* del 13 gennaio 2022.

Le conclusioni dell'AG sono in effetti criticabili per l'eccessiva deferenza verso l'autonomia fiscale degli Stati membri, cui viene sostanzialmente riconosciuta la capacità di introdurre normative tributarie lacunose in chiaro contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. *Commissione c. Governo di Gibilterra*, cit., punto 97). Si veda, sul punto, R. FEDERICO, *Il ritorno delle "competenze esclusive degli Stati membri" nel controllo sugli aiuti di Stato*, in corso di pubblicazione su *BlogDue*.

⁵⁷ *Comunicazione della Commissione europea del 20 maggio 2020 'Il bilancio dell'UE come motore del piano per la ripresa europea'*, COM(2020) 432 final, punto 3; *Comunicazione della Commissione del 27 maggio 2020 'Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione'*, COM(2020) 456 final, punto 3.

⁵⁸ *EuLawLive*, *New EU Tax Package proposed by the Commission: rules on simplification and fairer tax rules, and inclusion of digital platforms suggested*, blog post del 15 luglio 2020.

3.2 La ‘selettività fiscale’ tra equità tributaria e tutela della concorrenza

Così ricostruito il contesto economico e normativo entro cui si iscrive l’attività di *enforcement* della Commissione europea, occorre ora concentrarsi sulle implicazioni derivanti dall’innovativa interpretazione dell’art. 107 TFUE. Questa ultima, infatti, influisce in profondità sui rapporti tributari in essere tra Stati Membri ed imprese multinazionali, tanto sul piano degli interessi oggetto di bilanciamento che su quello istituzionale.

Da un lato, la sovrapposizione della tutela della concorrenza e dell’equità tra contribuenti sembra introdurre una nuova e più matura prospettiva con cui l’ordinamento UE guarda al tema della fiscalità; dall’altro, la competenza fiscale nazionale viene limitata in ambiti finora sostanzialmente privi di vincoli di diritto positivo, con evidenti frizioni rispetto ai principi che regolano i rapporti verticali tra Stati ed Unione.

3.2.1 L’*arm’s length principle* e la nozione di ‘vantaggio selettivo’

L’inclusione dell’*arm’s length principle* all’interno della nozione di aiuto di Stato costituisce uno dei profili più controversi dell’attività della Commissione europea⁵⁹. Se è, infatti, chiaro l’obiettivo di rendere vincolante negli ordinamenti tributari interni l’applicazione di tale standard antielusivo, a prescindere dal margine di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni fiscali nazionali dal diritto domestico⁶⁰, decisamente complessa si rivela, sotto il profilo logico-argomentativo, l’interpretazione dell’art.

⁵⁹ Si veda, in senso critico, C. BOBBY, *A Method inside Madness: Understanding the European Union State aid and taxation rulings*, in *Chicago Journal of International Law*, 2018, 18, I, pp. 186 ss.; P.J. WATTEL, *The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions*, cit.; V. D. KYRIAZIS, *From Soft Law to Soft Law Through Hard Law: The Commission’s Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2016, pp. 433 ss.; L.L. GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law and Practice*, 2016, pp. 381 ss.

⁶⁰ E. VAN DE VELDE, *‘Tax rulings’ in the EU Member States, Study for the ECON Committee*, cit. pp. 22-25; di recente, A. GUIDARA, *Discrezionalità e vincolatezza nell’azione dell’amministrazione finanziaria in Dir. Prat. Trib.* 2020, pp. 5 ss.

107(1) TFUE proposta a tal fine dalla Commissione⁶¹. Ciò discende dal peculiare sincretismo che caratterizza le decisioni in materia di *tax ruling*, in cui confluiscono la risalente giurisprudenza in materia di discrezionalità amministrativa (*supra* sez. 3.2 del capitolo 1), quella più recente sulla selettività fiscale (*supra* capitolo 2), le statuizioni della Corte di giustizia nel caso *Forum 187 c. Commissione*⁶² ed ambigui riferimenti ad un «operatore indipendente prudente»⁶³, cui viene paragonata l'amministrazione fiscale nazionale.

L'ambiguità della motivazione discende, a sua volta, dalla necessità di superare i plurimi elementi di difficoltà insiti nella sussunzione delle pratiche in esame all'interno dell'art. 107(1) TFUE. L'aiuto di Stato, infatti, è materialmente concesso tramite *tax ruling* ma quest'ultimo, a sua volta, spesso si limita a convalidare il trattamento favorevole reso possibile dalle lacunose normative tributarie interne⁶⁴. L'evidente difficoltà applicativa è allora quella di contemperare il rispetto della

⁶¹ Anche gli autori sostanzialmente concordi con la posizione della Commissione riconoscono l'oggettiva difficoltà ermeneutica del ragionamento giuridico seguito dalla Commissione. Cfr. A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, cit., p. 956 « Sebbene alcune delle critiche mosse in dottrina alle decisioni negative in materia di tax rulings appaiano poco persuasive, è innegabile che l'iter argomentativo della Commissione presenti alcuni profili di indeterminatezza e si caratterizzi per una forte innovatività rispetto alla prassi decisionale precedente»; A. BIONDI, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di aiuti fiscali, Liber amicorum Antonio Tizzano: e la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, Giappichelli, Torino, pp. 126 ss.

Accanto all'oscurità di alcuni snodi logici nel ragionamento della Commissione, occorre evidenziare la presenza di numerose *rationes decidendi* all'interno delle decisioni, a testimonianza dell'incertezza concettuale che circonda l'applicazione della nozione di aiuto di Stato ai tax ruling. (cfr. *ex multis*, la decisione Apple, in cui sono proposte ben tre diversi percorsi logici per giungere alla qualificazione di aiuto di Stato del trattamento fiscale concesso dall'Irlanda.

Infine, va considerato come la costante evoluzione del test in materia di selettività nelle normative generali si rifletta inevitabilmente sull'attività applicativa della Commissione in materia di tax ruling visto l'utilizzo di concetti e test conati in tale settore.

⁶² Corte di giustizia, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cit.

⁶³ Decisione di chiusura del procedimento 'Apple', punto 104; decisione di apertura del procedimento 'FIAT', punti 62-64.

Il parametro, evidentemente costituito sulla falsariga del Market Economy Operator Principle (MEOP), ricollega l'esistenza di aiuti di Stato al comportamento negligente dell'amministrazione fiscale nazionale, sicché l'attività investigativa si concentra sulle attività poste in essere nel momento anteriore alla concessione del tax ruling. E ciò al fine di garantire che lo Stato adotti tutte le cautele necessarie prima di accettare la «proposta» delle multinazionali.

⁶⁴ Come sopra evidenziato, l'ordinamento tributario irlandese rappresenta un esempio paradigmatico di tale problematica.

competenza fiscale degli Stati membri in un settore non armonizzato con l'efficace applicazione del controllo sugli aiuti di Stato⁶⁵. A tal fine, la Commissione europea ha scelto di utilizzare congiuntamente i test già consolidati nelle pronunce della Corte anziché sviluppare un'argomentazione giuridica interamente nuova⁶⁶.

L'architettura su cui si fonda l'intero ragionamento giuridico è il già citato caso *Forum 187 c. Commissione*, dove la Corte di giustizia, analizzando il regime fiscale agevolato previsto per i centri di coordinamento delle società multinazionali in Belgio, ha espressamente affermato che «(...) una misura fiscale che consenta al contribuente di definire prezzi di trasferimento nelle operazioni infragruppo non prossimi a quelli che sarebbero praticati in un regime di libera concorrenza tra imprese indipendenti che negoziano in circostanze analoghe conferisce un vantaggio selettivo (...)»⁶⁷. Secondo la Commissione, ciò legittimerebbe l'interpretazione per cui l'*arm's length principle* sia intrinseco alla nozione di 'vantaggio selettivo' ex art. 107(1) TFUE⁶⁸ e, come tale, costituisca un principio già vincolante nell'ordinamento comunitario, a prescindere dalla presenza di espresse disposizioni che lo richiamino nelle normative tributarie interne.⁶⁹ Tale interpretazione è evidentemente funzionale a superare il primo ostacolo

⁶⁵ In dottrina, A. BIONDI, *Op. ult. cit.* «Difficile negare che un mercato basato su una equa distribuzione di vantaggi (ed obblighi) è difficilmente realizzabile se determinate società possono evitare l'imposizione fiscale, in confronto a quelle che invece pagano la propria quota di tasse. D'altra parte, è necessario preservare la capacità degli Stati membri di perseguire fini sociali ed economici attraverso lo strumento fiscale».

La Commissione è ben consapevole che questo profilo confligga con la propria attività investigativa, tanto da evidenziare al par. 2 del *tax ruling working paper*, cit. che «While the Member States enjoy fiscal autonomy in the design of their direct taxation systems, any fiscal measure a Member State adopts must comply with the EU State aid rules, which bind the Member States and enjoy primacy over their domestic legislation».

⁶⁶ L'utilizzo dei vari test, peraltro, è stato modulato diversamente man mano che la Commissione ha acquisito esperienza nell'analisi dei tax ruling. Come nota, A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale*, cit., p. 940, è gradualmente scomparso nelle decisioni più recenti il riferimento al parametro di *prudent independent operator*, utilizzato in Apple.

⁶⁷ Corte di giustizia, *Regno del Belgio e Forum 187 ASBL c. Commissione*, cit., punto 96, riportata anche nella *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit., considerando 171.

⁶⁸ *Ibid.* e *Tax ruling working paper*, cit., considerando 4.

⁶⁹ *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit., punto 172 «il principio di libera concorrenza rientra necessariamente nella valutazione che la Commissione compie delle misure fiscali concesse alle società appartenenti a un gruppo ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato, indipendentemente dal fatto che e dalla forma in cui lo Stato membro abbia recepito tale principio nel suo ordinamento nazionale».

da questa incontrato, rappresentato dal mancato recepimento di adeguati presidi antielusivi da parte di alcuni Stati, come avvenuto nel caso dell'Irlanda⁷⁰.

Chiarito il fondamento teorico del principio, l'analisi materialmente svolta dalla Commissione fa applicazione del noto "test in tre fasi"⁷¹, espressamente ricondotto al principio di non discriminazione⁷². Il primo passaggio, relativo alla determinazione della 'cornice di riferimento', viene svolto considerando la normativa generalmente applicabile in materia di imposta sui redditi delle società⁷³. Il secondo passaggio, volto ad accertare il 'trattamento fiscale discriminatorio', viene sviluppato comparando i destinatari dei *tax ruling* con le imprese soggette alle ordinarie norme tributarie. L'indebito vantaggio deriverebbe, dunque, dalla concessione di interPELLI

Di opposta opinione l'AG Pikamäe, che nelle recenti conclusioni in causa C-898/19 P *Irlanda / Commissione*, ECLI:EU:C:2021:1029, punto 94 «Risulta così che il principio di libera concorrenza, come menzionato nella decisione controversa, discende dal diritto nazionale, e non dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE stesso».

⁷⁰ Si veda, sull'applicabilità dell'*arm's length principle* come elemento intrinseco alla nozione di aiuto di Stato, W. HASLEHNER, *Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustments and State aid Law*, in *State aid Law and business taxation*, cit., pp. 133 ss.

⁷¹ Si veda, per un inquadramento dell'applicazione del test ai *tax ruling*, A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, cit., pp. 930 ss.; R. LYAL, *State aid, tax integration and state Sovereignty*, in *Research Handbook of European Union Taxation law*, cit., pp. 410 ss.

⁷² Il profilo più criticato del ragionamento giuridico proposto dalla Commissione è proprio la comparazione tra imprese multinazionali ed imprese di più modeste dimensioni. Viene a tal proposito richiamata la stessa pratica decisionale della Commissione in materia di aiuti di Stato e la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia sulle libertà fondamentali, ferme nell'escludere la comparabilità sotto il profilo fiscale di imprese integrate ed autonome. Cfr. *Ex mlutis*, P. J. WATTEL, *Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle*, in *Intertax*, 2016, 44, XI, pp. 791 ss.

Tali critiche non appaiono tuttavia pienamente convincenti. Innanzitutto, i precedenti citati a sostegno della posizione critica non riguardano l'istituto dei *tax ruling*, la cui peculiarità impedisce di applicare analogicamente quanto statuito in relazione ad altri settori della fiscalità. Inoltre, ed è questo il profilo fondamentale, le critiche non colgono nel segno la funzione del principio di non discriminare in materia fiscale. Come più sopra illustrato (*supra* sez. 1.2 e 1.3 del capitolo 2), questo va sempre letto in relazione ad un paradigma fiscale che la Commissione intese imporre e non in astratto. Nel caso di specie il modello è evidentemente incentrato sul principio di capacità contributiva, come evidente dal richiamato obiettivo sotteso alla cornice di riferimento, identificato nella necessità di tassare ogni reddito prodotto dalla società, residente o con una stabile organizzazione nel paese (*infra* sez. 2.2 del presente capitolo). In questa prospettiva, non c'è ragione legittima per trattare diversamente il reddito prodotto dalle multinazionali rispetto a quello delle PMI o dei lavoratori autonomi.

⁷³ Il profilo è strettamente connesso a quanto appena evidenziato in merito alla discriminazione e si tratta di uno dei punti su cui hanno insistito maggiormente i ricorrenti nel proporre appello contro le decisioni della Commissione. La diversa ricostruzione, sempre rigettata dal Tribunale, è che la cornice di riferimento vada determinata esclusivamente con riguardo alla normativa speciale dettata in relazione al reddito delle multinazionali, in modo tale da escludere la comparabilità tra imprese autonome e multinazionali. Cfr. *Ex multis*, Tribunale dell'Unione, *Irlanda e a. c. Commissione*, punti 144 - 163.

non incorporanti le necessarie cautele antielusive (ivi compreso l'*arm's length principle*) poiché, a differenza dei contribuenti nazionali, la cui imposta viene determinata tassando effettivamente tutti i redditi prodotti, le imprese multinazionali si gioverebbero di un trattamento ingiustificatamente negligente⁷⁴. Il terzo passaggio, relativo alle giustificazioni addotte dagli Stati al trattamento *prima facie* selettivo, viene risolto in senso negativo, non essendo sufficiente quanto allegato da Lussemburgo ed Irlanda⁷⁵.

L'argomentazione proposta dalla Commissione è stata confermata nelle sue linee generali dal Tribunale, seppure adottando una motivazione parzialmente diversa nella sentenza *FIAT* rispetto ad *Apple*. In particolare, mentre la preliminare questione di competenza è stata confermata in entrambe le pronunce facendo applicazione della consolidata giurisprudenza della Corte *Italia c. Commissione*⁷⁶, il profilo tutt'ora controverso è l'incidenza del diritto interno sull'accertamento del 'vantaggio selettivo'. Infatti, mentre la sentenza *FIAT* ha confermato l'interpretazione della

⁷⁴ Cfr. decisione *Apple*, cit., considerando 258 «if it can be shown that the profit allocation methods endorsed by Irish Revenue in the contested tax rulings result in a taxable profit for ASI and AOE in Ireland that departs from a reliable approximation of a market-based outcome in line with the arm's length principle, those rulings should be considered to confer a selective advantage on those companies for the purposes of Article 107(1) of the Treaty, in so far as they lead to a lowering of their corporation tax liability under the ordinary rules of taxation of corporate profit in Ireland as compared to non-integrated companies whose taxable base is determined by the profits they generate under market conditions».

Si vedano anche i riferimenti al *prudent independent operator* quale parametro di valutazione dell'amministrazione fiscale. Cfr. J. J. P. LÓPEZ, *Tax Rulings and State Aid: Now or Never*, in *Guest State aid blog*, 27.11.2014, accessibile su: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/tax-rulings-and-state-aid-now-or-never>.

⁷⁵ Il terzo passaggio, legato alla giustificazione, permette di escludere dall'applicazione dell'art. 107 TFUE quelle disposizioni fiscali solo apparentemente discriminatorie qualora lo Stato possa dimostrare l'esistenza di un obiettivo legittimo, intrinseco al sistema tributario, il cui perseguimento giustifica un trattamento differenziato tra operatori. Nel caso di specie, tuttavia, le finalità che guidano gli Stati nella conclusione di *tax ruling* sono legate alla propria politica industriale, palesemente estranee alla necessità di garantire il corretto funzionamento dell'ordinamento tributario interno. Ad esempio, la normativa belga esaminata dalla Commissione nella decisione *Belgian excess profit scheme* (SA 37667, cit., aveva quale esplicita finalità l'attrazione di imprese ed investimenti sul territorio nazionale.

⁷⁶ Corte di giustizia del 2 luglio 1974, in causa c. 173/73, *Italia c. Commissione*, in Raccolta, 1974, I, p. 709 ECLI:EU:C:1974:71, punto 28. Così, Tribunale dell'Unione, *Lussemburgo e FIAT c. Commissione*, cit. punto 104, «A tal riguardo va ricordato che, secondo costante giurisprudenza, anche se la materia delle imposte dirette rientra, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono però esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione».

Commissione per cui *l'arm's length principle* sarebbe un parametro intrinseco alla nozione di aiuto di Stato⁷⁷, nella sentenza *Apple*, il principio viene considerato applicabile (solo) in quanto parte dell'ordinamento tributario nazionale⁷⁸. In tale prospettiva, il controllo sugli aiuti di Stato è limitato ad assicurare la corretta applicazione della normativa interna, senza valutare l'oggettivo trattamento discriminatorio degli operatori economici coinvolti⁷⁹.

Tale contrasto interpretativo, apparentemente relativo ad una questione tecnica quale lo standard probatorio della categoria di 'vantaggio selettivo', cela in realtà una frattura "ideologica" sull'autonomia fiscale degli Stati membri. Il formalismo dimostrato dalla più recente giurisprudenza del Tribunale, palesemente in contrasto con gli indirizzi dettati dalla giurisprudenza nel caso *Commissione c. Gibilterra*⁸⁰, va

⁷⁷ *Ibid.*, punto 153.

Come evidenziato *supra*, nt. 70, l'AG Pikamäe interpreta diversamente le statuizioni del Tribunale, nel senso della necessaria integrazione del principio all'interno dell'ordinamento nazionale perché questo possa essere utilizzato dalla Commissione come parametro di giudizio.

⁷⁸ Tribunale dell'Unione, *Irlanda e a. c. Commissione*, cit., punti 201 ss.

⁷⁹ Sul punto, in senso critico, sia consentito il rinvio a R. FEDERICO, *EU Commission to appeal the Apple State aid judgement: the best is yet to come*, cit.

⁸⁰ Corte di giustizia del 15 novembre 2011, in Cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e Spagna c. Gibilterra e Regno Unito*, cit., punti 87 ss.

Nel caso in esame, Gibilterra realizzò una riforma fiscale in merito alla tassazione sul reddito delle società, modificando integralmente gli elementi identificativi del tributo. La Commissione accertò in tale riforma un aiuto di Stato alle società *off-shore* in quanto la pratica applicazione dei criteri individuati quali presupposto impositivo determinava la sostanziale esclusione da tassazione di gran parte del reddito prodotto da tali soggetti.

Il Tribunale annullò la decisione in parola ritenendo che la misura non fosse selettiva a causa del criterio apparentemente generale di applicazione della misura (cfr. Tribunale dell'Unione del 18 dicembre 2008, aise riunite T-211/04 e T-215/04, *Gibilterra c. Commissione*, ECLI:EU:T:2008:595, punti 146, 170-185).

La pronuncia della Corte fu preceduta dall'opinione fortemente critica in merito alla posizione della Commissione da parte dell'Avvocato generale N. Jääskinen (conclusioni del 7 aprile 2011, ECLI:EU:C:2011:215, Cfr. punto 202 «A mio avviso, ammettere un siffatto approccio significherebbe realizzare una rivoluzione metodologica nell'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato, ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Seguendo tale approccio, l'esistenza di un vantaggio non sarebbe più valutata in base ad un raffronto tra la misura e il regime fiscale generalmente applicabile, ma in virtù di un raffronto tra il regime fiscale come si presenta ed un altro sistema, ipotetico ed inesistente. Orbene, siffatto approccio esigerebbe la costruzione di un *tertium comparationis* fiscale per l'Unione al fine di poter valutare l'effetto asseritamente discriminatorio che deriva dalle scelte operate quanto alla base imponibile (o con riguardo all'aliquota d'imposizione) in materia di tassazione delle imprese. Orbene un siffatto criterio comune non esiste e l'applicazione dell'ambito giuridico relativo agli aiuti di Stato non giustifica l'adozione de facto di una siffatta misura di armonizzazione fiscale».

La Corte di giustizia, ribaltando l'impostazione del Tribunale e l'opinione dell'Avvocato generale, affermò invece che «l'approccio seguito dal Tribunale, fondato sulla mera considerazione della tecnica

cioè considerato quale tentativo di preservare la discrezionalità politica degli Stati membri in materia fiscale, tramite una interpretazione restrittiva della nozione di ‘aiuto’. La posizione opposta, difesa dalla Commissione, valorizza invece la necessità di superare il “velo” della normativa interna, per ribadire la contrarietà ai trattati di trattamenti fiscali discriminatori, a prescindere dalla forma con cui questi sono realizzati.

Chi scrive ritiene preferibile quest’ultima interpretazione, più rispettosa della giurisprudenza della Corte di giustizia e l’unica in grado di assicurare l’efficacia dell’art. 107 TFUE. Inoltre, come nel seguito meglio argomentato, l’eccessiva indulgenza verso i comportamenti elusivi di Stati membri ed imprese mal si concilia con la gravità del fenomeno *BEPS*, reso possibile proprio dal comportamento opportunistico degli Stati stessi (*infra* sez. 3.2 del presente capitolo). La risoluzione della delicata questione è ora affidata alla Corte di giustizia, la quale, formalmente chiamata a pronunciarsi sull’art. 107 TFUE e relativo onere della prova, ha in realtà l’occasione di chiarire il rapporto esistente tra ordinamento UE e fenomeni di concorrenza fiscale a ribasso.

3.2.2 L’*arms length principle* nella Costituzione economica europea

L’obbligo imposto agli Stati membri di adottare strumenti antielusivi nella definizione dei rapporti tributari con le imprese multinazionali determina rilevanti conseguenze sul piano costituzionale, e segnatamente nei rapporti tra fiscalità e mercato interno. Accanto al profilo di novità più evidente, legato all’introduzione di un paradigma tributario innovativo in un ambito finora sostanzialmente privo di regolazione positiva,

normativa utilizzata dalla proposta di riforma tributaria, non consente di esaminare gli effetti della misura fiscale in questione ed esclude a priori qualsiasi possibilità di qualificare come «vantaggio selettivo» l’assenza di qualsivoglia imposizione per le società «offshore». Di conseguenza tale approccio è contrario alla giurisprudenza ricordata al punto 87 della presente sentenza (...). Infatti, un tale modo di comprendere il criterio di selettività presupporrebbe (...) che un regime fiscale, per poter essere qualificato come selettivo, sia concepito secondo una determinata tecnica regolamentare, con la conseguenza che talune norme tributarie nazionali sfuggirebbero immediatamente al controllo in materia di aiuti di Stato per il solo fatto di rientrare in un’altra tecnica regolamentare, benché producano, in diritto e/o di fatto, i medesimi effetti» (punti 88 e 92).

il controllo sugli aiuti di Stato realizza l'inedita sintesi tra equità fiscale e tutela della concorrenza.

Come già anticipato, l'interpretazione dell'art. 107(1) TFUE nel settore in esame condivide con la precedente giurisprudenza in materia di 'selettività fiscale' lo strutturale collegamento con il principio di non discriminazione. La concreta declinazione dello stesso, tuttavia, determina conseguenze profondamente diverse. L'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato alle normative generalmente applicabili impone, infatti, ai parlamenti nazionali di integrare il principio di neutralità fiscale nella propria legislazione tributaria, riducendone in tal modo gli effetti distorsivi. Nel settore in esame, invece, l'istituto persegue il ben più ambizioso obiettivo di ricostruire il patto sociale tra Stati e contribuenti⁸¹, irrimediabilmente compromesso dalla capacità delle imprese multinazionali di sottrarsi ai propri obblighi contributivi. Il principio di non discriminazione in materia tributaria assume, dunque, uno spessore paragonabile a quanto presente nelle costituzioni nazionali⁸², sviluppo imprescindibile per un'evoluzione "federale" dell'ordinamento comunitario, come da tempo sostenuto in dottrina⁸³.

⁸¹ E' diffusa in dottrina la ricostruzione del fenomeno in termini di «contratto sociale» Cfr. A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, cit., p. 8; E. SAEZ – G. ZUCMAN, *Introduzione. Reinventare la democrazia fiscale*, in *Il trionfo dell'ingiustizia*, cit. Nonostante l'indubbia componente retorica della metafora, pare a chi scrive corretto evidenziare tale profilo perché permette di ridimensionare le critiche fondate sulla presunta violazione del principio di legalità e legittimo affidamento in materia fiscale, derivante dall'utilizzo dell'art. 107 TFUE in chiave antielusiva. Tale posizione si fonda su una lettura formalista e parziale del principio di legalità, unicamente legata al principio di riserva di legge in materia fiscale. E' invece opportuno ribadire la profonda incidenza sociale delle pratiche censurate, la cui consapevolezza dovrebbe al contrario, portare a privilegiare una posizione non formalista. La presunta compressione del principio di legalità deve, in quest'ottica, ritenersi pienamente giustificata dalla necessità di reprimere fenomeni elusivi profondamente distorsivi, tali da incrinare lo stesso funzionamento della macchina statale nazionale.

⁸² Si veda, sulla centralità del principio di non discriminazione in materia di tassazione, H. GRIBNAU, *General Introduction*, in G. THEODORA – K. MEUSSEN (a cura di), *The Principle of Equality in European Taxation*, 1999, Eucotax, Kluwer International law, Alphen Aan Den Rijn, pp. 3 ss.

Negli ordinamenti degli Stati membri, anche laddove questi non abbiano espressamente codificato il principio di capacità contributiva, il principio di non discriminazione costituisce la principale clausola tramite la quale viene arginata la discrezionalità del legislatore tributario.

Cfr. G. THEODORA – K. MEUSSEN, *The Principle of Equality in European Taxation*, cit.

⁸³ A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, in A. DI PIETRO (a cura di) *Per una costituzione fiscale europea*, pp. 439 ss.; Cfr. di recente, F. GALLO, *Il diritto tributario italiano in Europa: coerenza o resilienza?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, VI, pp. 973 ss., p. 974 «nell'ottica comunitaria la fiscalità è ancora vista quale un eventuale fattore distorsivo della concorrenza, da limitare, armonizzare,

La citata evoluzione appare evidente se viene comparata la nozione di ‘selettività fiscale’ nei due ambiti, prendendo come parametro l’approccio comunitario classico, formalizzato agli artt. 112 ss. TFUE e nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali. L’applicazione dell’art. 107 TFUE alle normative tributarie generalmente applicabili si colloca, a ben vedere, perfettamente in linea con i principi consolidati, in quanto vengono considerate incompatibili con il Trattato le misure potenzialmente idonee ad alterare il corretto funzionamento del mercato e la concorrenza fra operatori; il fenomeno tributario, tuttavia, non viene esaminato sotto il profilo della “giustizia fiscale”⁸⁴. Lo scrutinio dei *tax ruling*, al contrario, unisce a tale dimensione tradizionale, comunque presente nella misura in cui l’intervento della Commissione è giustificato dalla necessità di eliminare l’indebito vantaggio competitivo, la volontà di imporre alle multinazionali, i soggetti economicamente più forti sul mercato, la contribuzione alle pubbliche spese.

Occorre sottolineare come l’equità fiscale non divenga obiettivo a sé stante – sarebbe evidente in tal caso la violazione dei principi che regolano la ripartizione di competenze – ma venga perseguita in quanto funzionale alle stesse esigenze del mercato interno⁸⁵. Ad essersi evoluta è, in altre parole, la prospettiva con cui l’ordinamento comunitario considera la tassazione: un mercato ben funzionante non può essere fondato solo su legislazioni tributarie “efficienti” ma anche eque⁸⁶.

coordinare e controllare e non quale strumento di raccolta delle risorse finanziarie essenziali per lo sviluppo e la sussistenza di una collettività (l’Unione europea), secondo giusti principi distributivi; come invece, con diverse gradazioni, è intesa dai sistemi “chiusi” degli ordinamenti nazionali e come dovrebbe essere intesa in un modello di Unione di tipo federale».

⁸⁴ F. GALLO, *Op. ult. cit. e funditus*, ID., *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell’Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

⁸⁵ Alla luce di quanto fin qui evidenziato, occorre allora rilevare un ultimo profilo, relativo al rapporto tra imprese multinazionali e Mercato interno. Queste non sono infatti più acriticamente tutelate in quanto operatori che con la propria attività economica facilitano la spontanea integrazione dei mercati nazionali. Accanto a tale profilo si riconosce come l’assenza di armonizzazione in materia di tassazione diretta abbia determinato la nascita di indebite posizioni di privilegio, non accessibili alle imprese di dimensioni inferiori. La risposta eurounitaria è stata allora l’introduzione di un paradigma tributario che non solo combatte la pianificazione fiscale aggressiva ma addirittura sterilizza ai fini tributari i vantaggi dell’integrazione economica. Questo è infatti il risultato dell’utilizzo del principio di concorrenza nella valutazione del valore economico delle operazioni realizzate infragruppo (*supra* sez. 1.2 del capitolo 3).

⁸⁶ Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio del 15 luglio 2020, *An action plan for fair and simple taxation supportin the recovery strategy*, COM(2020) 312 final,

In conclusione, tentando di riassumere i numerosi profili fin qui evocati, l'interpretazione della nozione di 'aiuto' proposta dalla Commissione determinerebbe - se fosse confermata dalla Corte di giustizia - rilevanti conseguenze sul piano costituzionale per l'ordinamento UE. Il rapporto tra mercato interno e fiscalità, tradizionalmente fondato su una concezione mercantilistica tipica dei trattati di libero scambio, potrebbe finalmente orientarsi verso una prospettiva federale. Ciò non si realizzerebbe tramite uno stravolgimento dell'art. 107 TFUE, come affermano i commentatori più critici⁸⁷, ma grazie a una nuova e più matura interpretazione delle necessità del mercato interno, finalmente in linea con l'obiettivo di garantire un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva».⁸⁸

3.2.3 I limiti sovranazionali alla discrezionalità amministrativa in materia di fiscalità internazionale

La sintesi dei profili fin qui esaminati è l'elaborazione di un paradigma tributario innovativo, risultante dalla necessaria inclusione ed effettiva applicazione di presidi anti-elusivi da parte degli Stati membri quando questi negoziano il trattamento fiscale riservato alle imprese multinazionali. La fisionomia della categoria risulta, tuttavia, ancora incerta: come detto, sono ad oggi pendenti numerose impugnazioni delle decisioni della Commissione e delle sentenze del Tribunale sicché solo la Corte di giustizia potrà tratteggiare con chiarezza i caratteri del citato paradigma. Inoltre, la materia sarà certamente influenzata dalle varie proposte di armonizzazione in materia di imposte dirette o dall'introduzione di "tributi europei", come accennato, tornati al

⁸⁷ Cfr. L. L. GORMSEN, *European State aid and tax ruling*, cit., p. 118 «This unduly upsets the essential functions of Member States in maintaining a system of direct taxation tailored to their particular needs. Therefore, while endorsing the need for tax cooperation beyond the national level, the harmonisation of tax matters, albeit desirable, cannot be achieved by 'night marches'».

⁸⁸ Si veda, per un inquadramento sul tema, F. DE WITTE, *The architecture of the EU's social market economy*, in *Research handbook on the law of the EU's Internal market*, cit. of pp. 117 ss.; M. LIBETINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale di impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 3, pp. 1 ss.; A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, in DPCE online, 2015, 4, pp. 1 ss.

centro del dibattito politico durante la gestione dell'emergenza COVID-19⁸⁹. E' comunque già possibile individuare i seguenti elementi di novità.

In primo luogo, l'oggetto dello scrutinio della Commissione è l'esercizio del potere amministrativo, comunque coinvolto nel fenomeno tributario accanto a quello legislativo. Non si tratta, dunque, di ridefinire la struttura del tributo tramite un "inquadramento" della competenza fiscale di cui sono titolari i parlamenti quanto di imporre alle amministrazioni fiscali nazionali l'effettiva applicazione di standard antielusivi riconosciuti a livello internazionale.⁹⁰

In secondo luogo, quanto al profilo valoriale, viene ribadita la centralità del principio di non discriminazione, cui devono conformarsi i rapporti tributari tra Stati membri ed imprese. Questo, tuttavia, acquisisce finalmente sostanza costituzionale, imponendo il necessario rispetto di elementari canoni di "giustizia tributaria" nel mercato interno.

In terzo luogo, sul piano istituzionale, emerge un innovativo ruolo della Commissione europea quale controllore di secondo grado sull'esercizio della discrezionalità tecnica rimessa alle amministrazioni nazionali. Come più sopra anticipato, il settore in esame è un ambito estremamente lacunoso dal punto di vista normativo, spesso sottratto all'effettivo rispetto del principio di legalità negli ordinamenti nazionali, in cui è centrale il ruolo svolto direttamente dalle amministrazioni fiscali⁹¹. In tale contesto, il necessario controllo pubblico su tali

⁸⁹ Cfr. AA.VV., Editoriale "European Solidarity Requires EU Taxes", cit., la Comunicazione della Commissione, *An action plan for fair and simple taxation supporting the recovery strategy*, cit.

⁹⁰ Come evidenziato fin dall'incipit del capitolo, tale profilo rappresenta il principale elemento distintivo rispetto all'applicazione dell'art. 107 TFUE alle normative tributarie generali. A tal proposito, non può stupire il richiamo fatto dalla Commissione alla classica giurisprudenza in materia di discrezionalità amministrativa fatto nella decisione *Apple*, cit. (cfr. punti 379 ss.). Nella citata decisione la Commissione introduce, seppure in via subordinata rispetto alle due *rationes* principali, proprio l'esercizio privo di poteri discrezionali in assenza di parametri oggettivi da parte dell'amministrazione fiscale irlandese. Il Tribunale, tuttavia, non ha sposato tale argomentazione, ritenendo insufficiente a provare la presenza di un vantaggio selettivo tale elemento in assenza di discriminazioni, come detto, identificate sulla base del diritto tributario interno (decisione *Apple*, cit. punti 439-441).

⁹¹ Il principio di legalità viene compreso tanto nella sua declinazione di legalità-indirizzo che legalità-garanzia. Rispetto al primo profilo, il trasferimento di tanta discrezionalità all'amministrazione finanziaria è spesso svincolato da chiare direttrici da parte dei parlamenti nazionali. Se la conclusione di transazioni fiscali ha lo scopo di determinare il reddito dell'impresa multinazionale in misura equivalente al trattamento fiscale riservato alle imprese nazionali, tale attività può essere ricondotta al

“negoziazioni”, assente a livello nazionale, viene operato direttamente dalla Commissione europea, al più alto livello sovranazionale, tramite l’utilizzo di parametri antielusivi riconosciuti nella comunità internazionale.

mandato esattivo rimesso alle amministrazioni fiscali. Diversamente, qualora il tax ruling sia strumento per contrattare a ribasso investimenti ed occupazione, l’opera dell’amministrazione non può essere ricondotta ai compiti da questa svolti normalmente e dovrebbe trovare un’espressa previsione in legge. Quanto al secondo profilo, legato al principio di legalità-garanzia, gli interpelli fiscali sono spesso negoziati tramite procedure negoziate, di cui sono all’oscuro i cittadini, come emerso grazie allo scandalo *Luxleaks*. Inoltre, sotto il profilo processuale, è dubbio che sussista la legittimazione ad impugnare la transazione da parte di altri contribuenti per carenza di interesse. Sotto questo profilo, il controllo sugli aiuti di Stato introduce dunque un’importante evoluzione anche sul piano della tutela giurisdizionale dei contribuenti discriminati.

3.3 Per un'interpretazione della 'selettività fiscale' costituzionalmente orientata dal principio di leale cooperazione

Il controllo sugli aiuti di Stato in relazione ai *tax ruling* interviene a contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva realizzate dalle multinazionali, dannose per la concorrenza tra imprese ed inique sul piano della giustizia fiscale. Il fenomeno si caratterizza, tuttavia, per una dimensione ulteriore, finora inesplorata da Commissione e Corte di giustizia⁹², legata alla necessità di combattere comportamenti sleali ed opportunistici degli Stati membri, dannosi per gli altri Stati fiscalmente “meno competitivi” e per l'intera Unione.

La mancata valorizzazione di tale dimensione è sorprendente, considerato il palese concorso di alcuni Stati Membri nella facilitazione della pianificazione fiscale aggressiva delle imprese. E' a tal fine sufficiente richiamare i tratti caratterizzanti del fenomeno: alcuni Stati rinunciano deliberatamente ad applicare gli strumenti antielusivi ormai condivisi in maniera unanime nella comunità internazionale, agevolando, di fatto, le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle multinazionali; la contropartita di tali “transazioni” è ovviamente l'attrazione di investimenti ed occupazione sul proprio territorio a danno di tutti gli altri Stati Membri.

Riconosciuto tale profilo, occorre allora esaminarne la proposta ricostruttiva qui di seguito formalizzata, di interpretare la nozione di ‘aiuto’ alla luce del principio di leale cooperazione, codificato all'art. 4(3) TUE⁹³.

⁹² Al contrario, il principio viene paradossalmente invocato nell'atto di ricorso di FIAT e del Lussemburgo in relazione all'attività di indagine della Commissione europea. Richiamando la natura bidirezionale del principio, il più volte richiamato vizio di incompetenza da parte della Commissione confliggerebbe nella ricostruzione proposta dai ricorrenti anche con il principio attribuzione e di leale cooperazione. Cfr. sentenza del Tribunale *FIAT c. Commissione*, punti 100 ss.

⁹³ In generale sul principio di leale cooperazione, si rinvia a M. BLANQUET, *L'Article 5 du Traité C.E.E.: Recherche sur les Obligations de Fidélité des États Membres de la Communauté*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Parigi, 1994; V. CONSTANTINESCO, *L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in F. CAPOTORTI e a. (a cura di), *Du Droit Internationale au Droit de l'Intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, BadenBaden, 1987, pp. 97 ss.. B. GUASTAFERRO, capitolo 11 “*Loyalty and Constitutional Identity*”, in R. SCHÜTZE - T. TRIDIMAS (a cura di) *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 350 ss.; K. LENAERTS – J. A. GUTIERREZ-FONS capitolo 4 “*The European Union: A Constitutional Perspective*”,

3.3.1 La relazione tra il controllo sugli aiuti di Stato e il principio di leale cooperazione

Il principio di leale cooperazione ha gradualmente assunto importanza centrale nel quadro costituzionale dell'Unione europea, come da tempo auspicato dalla dottrina⁹⁴. Tra le varie declinazioni dello stesso interessa qui soffermarsi sul rapporto orizzontale tra Stati Membri, tenuti al «rispetto ed all'assistenza reciproca nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati» e su quello verticale, risultante nell'obbligo di astensione «da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione», di cui ai periodi primo e terzo dell'art. 4(3) TUE⁹⁵. In tali ambiti, infatti, il principio costituisce un'autonoma fonte di obbligazioni nonché un parametro interpretativo delle disposizioni di diritto positivo in quanto principio generale dell'ordinamento comunitario⁹⁶.

in *Oxford Principles of European Union Law*, cit. M. KLAMERT, *The principle of Loyalty in Eu Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, in particolare pp. 9-84 e 233 ss. Per quanto concerne la qualificazione dal dovere di leale cooperazione quale principio generale del diritto; J. TEMPLE LANG, *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1990, pp. 645 ss.; ID, *General Report: The Duties of Cooperation of National Authorities and Courts and the Community Institutions under Article 10 EC Treaty*, in XIX Congresso F.I.D.E., 2000 - XXI, Helsinki, pp. 373 ss.

Si veda, F. CASOLARI, *EU Loyalty and the Protection of Member States' National Interests-A Mapping of the Law*, in M. VARJU (a cura di) *Between Compliance and Particularism-Member State Interests and European Union Law*, Springer, Berlino, 2019, pp. 49 – 78 per le implicazioni del principio sulle relazioni esterne dell'Unione e degli Stati membri.

⁹⁴ J. TEMPLE LANG, *Article 5 of the EEC Treaty: The Emergence of Constitutional Principles in the Case Law of the Court of Justice in Fordham International Law Journal*, 10, 1986, III, pp. 503 ss. L'autore è stato tra i primi ad intuire le rilevanti potenziali applicative del principio.

⁹⁵ Sono generalmente quattro gli ambiti in cui il principio di leale cooperazione viene normalmente declinato: a) obblighi gravanti sull'Unione verso gli Stati membri; b) obblighi reciproci tra Stati; c) obblighi tra Istituzioni e d) obblighi imposti agli Stati verso gli Stati stessi. Si veda sul punto, M. C. BARUFFI, art. 4 in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2014, pp. 17 ss.; B. GUASTAFERRO, capitolo 11 “*Loyalty and Constitutional Identity*”, cit.

Si veda, per una analisi delle singole declinazioni del principio di leale cooperazione, J. TEMPLE LANG, *The core of the constitutional law of the Community—Article 5 EC*, in L. GORMLEY (a cura di), *Current and Future Perspectives on EC Competition Law*, Kluwer International Law, Aalphen Aan den Rijn, 1997, pp. 41–72.

⁹⁶ Si veda, M. KLEMAERT, *The Principle of Loyal cooperation in EU Law*, cit., pp. 131 ss. e 233 ss. L'autore analizza criticamente la qualificazione del dovere di leale cooperazione quale principio generale del diritto dell'Unione, giungendo alla conclusione che questo sia un principio generale ma con caratteri peculiari. A differenza dei diritti fondamentali, infatti, l'art. 4(3) TUE non è applicabile isolatamente ma richiede un'altra base legale e comunque non può essere invocato isolatamente quale parametro di scrutinio di validità degli atti delle istituzioni. Al contrario, il principio è idoneo a generare ulteriori obbligazioni in capo agli Stati membri (Cfr. Corte di giustizia, del 19 giugno 1990, in causa C-

Dato che la concorrenza fiscale a ribasso praticata tra Stati membri va, a parere di chi scrive, considerata una violazione del principio di leale cooperazione (*infra* sez. 3.2 del presente capitolo), interessa qui evidenziare la relazione tra il controllo sugli aiuti di Stato e l'art. 4(3) TUE, al fine di ribadire la piena compatibilità con i Trattati di una applicazione congiunta del citato art. 4(3) TUE e dell'art. 107(1) TFUE.

La rilevanza del principio è stata, fino ad oggi, negata per quanto concerne l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato⁹⁷. Nel noto caso *PreussenElektra*, la Corte ha espressamente respinto la proposta della Commissione di interpretare l'art. 107 TFUE alla luce del principio di leale cooperazione, affermando che «l'art. 92 [107 TFUE] basta a se stesso per vietare i comportamenti statali che esso contempla, e l'art. 5 [4(3) TUE], che (...) prevede che gli Stati membri si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, non può servire ad estendere il campo di applicazione di detto articolo 92 [107 TFUE] a comportamenti statali che non vi sono compresi»⁹⁸.

L'unico ambito in cui il principio assume ad oggi esplicita rilevanza è quello procedurale, avuto riguardo al rapporto tra Commissione, giudici ed amministrazioni nazionali⁹⁹. Il principio impone, infatti, un onere di coordinamento laddove la

213/89, *The Queen c. Secretary of State for Transport* ('Factortame'), in Raccolta, 1990, I, p. 2433, punti 19 - 23) ed è la disposizione che meglio giustifica il principio di effettività ed effetto utile del diritto comunitario.

Sul punto, v. anche B. GUASTAFERRO, *Op. ult. cit.*, p. 357 «The third paragraph of art. 4(3) TEU requires Member States to facilitate the achievement of Union tasks. In this respect, the principle of sincere cooperation does not act as a principle driving the correct and effective execution of Union law, but as a more general constitutional principle driving the achievement of the Union's objective».

⁹⁷ Non fa eccezione la nozione di "impresa", nella quale l'esistenza di un sistema nazionale «fondato sul principio di solidarietà» esclude l'economicità dell'attività. In tal caso, tuttavia, il riferimento alla solidarietà riguarda i rapporti tra consociati all'interno del medesimo ordinamento e non quelli tra Stati o tra Stati ed Unione, come nel caso qui esaminato.

Si veda, sul punto, la *Comunicazione sulla nozione di aiuto*, cit., considerando 7 ss.; con particolare riferimento al rapporto tra "solidarietà" e nozione di impresa, si veda, M. ROSS, *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1080 ss.

⁹⁸ Corte di giustizia del 13 marzo 2001, in causa C-379/98, *PreussenElektra*, in Raccolta, 2001, I, p. 2099, punto 65. Si veda, per un commento, A. BIONDI, *Some Reflections on the notion of State resources in European Community State aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, V, pp. 1426 ss.

⁹⁹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, GU C 85, 2009, p. 1 ss., considerando 77 «le istituzioni della Comunità e gli Stati membri hanno un dovere reciproco di leale collaborazione al fine di

Commissione abbia già espresso un giudizio preliminare sulla natura di aiuto di Stato¹⁰⁰. Inoltre, può ricondursi allo stesso principio l'obbligo di disapplicazione del giudicato nazionale di fronte alla decisione definitiva della Commissione europea, anche successiva, il cui dispositivo sia incompatibile con l'accertamento del giudice nazionale¹⁰¹. Infine, avuto riguardo al recupero dell'aiuto, il principio di leale cooperazione informa l'interpretazione dell'obbligo gravante sullo Stato, qualificato come obbligazione di risultato e non di mezzi¹⁰².

Occorre, tuttavia, rimeditare l'interpretazione restrittiva della sentenza *Preussenelektra* più sopra esposta. Una piena valorizzazione dell'importanza assunta dal controllo sugli aiuti di Stato nella regolazione del mercato interno impone di ancorare lo sviluppo interpretativo della nozione di 'aiuto' ai principi fondanti l'ordinamento UE piuttosto che alla semplice esegesi e rimeditazione dei propri precedenti da parte della Corte. Nel caso di specie, ciò equivarrebbe a sancire chiaramente che il comportamento dello Stato membro che facilita pratiche di pianificazione fiscale aggressiva è non solo distorsivo degli equilibri di mercato ma anche sleale nei confronti di tutti gli altri Stati membri e dell'intera Unione.

La piena compatibilità con i Trattati di una interpretazione fondata sull'art. 4(3) TUE è, a ben vedere, la conseguenza della funzione concretamente svolta dal controllo sugli aiuti di Stato nell'ordinamento comunitario. Al di là della sistematica adottata

conseguire gli obiettivi del trattato CE. Pertanto, ai sensi dell'articolo 10 del trattato CE la Commissione è tenuta ad assistere le giurisdizioni nazionali allorché applicano il diritto comunitario. Inversamente, le giurisdizioni nazionali possono essere tenute ad assistere la Commissione nell'adempimento dei suoi compiti».

ID., *Comunicazione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, C/2019/5396, GU C 247, 23.7.2019, p. 1 ss., considerando 20 ss. Si veda, per una recente applicazione, Corte di giustizia del 28 ottobre 2020, in causa C-608/19, *INAIL*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2020:865, punto 40.

⁹⁹ Si veda, in dottrina, M. KLEMAERT, *The principle of loyalty in EU law*, cit., pp. 331 ss.

¹⁰⁰ ID., *Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit., considerando 66.

¹⁰¹ ID., *Comunicazione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, cit., considerando 43-46. Il più noto caso in cui il principio è stato affermato è Corte di giustizia, 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05, in Raccolta 2007 I, p. 6199 ECLI:EU:C:2007:434, punti da 61 a 63. Si veda, sul punto, A. BIONDI, *Minimum, adequate or excessive protection? The impact of EC law on national procedural law*, in N. TROCKER – V. VARANO (a cura di), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 233 ss.

¹⁰² ID., *Comunicazione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, cit., considerando 47 ss.

dal Trattato, è stato infatti evidenziato che l'art. 107 TFUE è strumento di regolazione della concorrenza tra Stati oltre che tra imprese¹⁰³ (*supra* sez. 1.2 del capitolo 1 e *infra* sez. 2.1 del capitolo 4). L'istituto è cioè impiegato per "inquadrare" l'esercizio della competenza statale in forma sostitutiva all'armonizzazione diretta, nella misura in cui ciò sia necessario alla tutela del mercato interno. Ciò che è in effetti avvenuto tramite il graduale ampliamento della nozione di aiuto di Stato e la peculiare declinazione dei suoi elementi costitutivi nei vari settori di intervento della Commissione¹⁰⁴.

Ad ulteriore conferma, va richiamato il caso *Francia c. Commissione*, giurisprudenza fondativa in materia di selettività, esaminata nel primo capitolo, in cui la Corte ha ricondotto al principio di "solidarietà reciproca" l'applicabilità del controllo sugli aiuti di Stato ad un settore formalmente riservato alle competenze nazionali¹⁰⁵.

¹⁰³ A. BIONDI - P. EECKHOUT, *State aid and obstacles to trade*, In A. BIONDI, P. EECKHOUT - J. FLYNN (a cura di), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, pp. 103 ss. La stessa ostilità verso i campioni nazionali, tradizionalmente associata all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato, può a ben vedere essere ricondotta al principio di leale cooperazione. La natura indebita della preferenza statale accordata alle proprie industrie rispetto a quelle di altri Stati membri non discende, infatti, unicamente dall'alterazione della concorrenza microeconomica tra operatori. L'incompatibilità con il Trattato sussiste infatti anche in assenza di un rapporto diretto di concorrenza tra imprese ed è diretta conseguenza dell'insanabile conflitto con il Trattato che il comportamento protezionista dello Stato determina. Pur in assenza di espressa menzione all'interno dei Trattati, il protezionismo è universalmente considerato incompatibile con il dovere di solidarietà tra Stati intrinseco alla cornice costituzionale dell'Unione europea.

Da ultimo, aderisce espressamente a tale ricostruzione l'AG Pikamäe nelle conclusioni del 16 dicembre 2021, in causa C-885/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*, punti 154 – 155 «La ratio di tale divieto deve essere assimilata a quella delle norme dell'Unione relative alla libera circolazione. Al pari di queste ultime, esso si spiega con l'abolizione progressiva delle misure regolamentari idonee ad impedire la libera circolazione degli operatori economici. Più precisamente, l'obiettivo delle norme in materia di aiuti di Stato consiste, come è noto, nell'evitare una «guerra di sovvenzioni» («subsidies war») fra gli Stati membri dell'Unione, la quale comporterebbe la creazione di ostacoli alla libera circolazione delle società, nonché delle merci, dei servizi, dei lavoratori e dei capitali».

¹⁰⁴ A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, cit.; M. MEROLA – F. CALIENTO, *Is the notion of aid broadening or shrinking over time? And if so, why, a subjective view on the rationale of the case law*, cit.

In tale prospettiva, l'obbligo di comportarsi come un diligente «operatore in un'economia di mercato» di organizzare in maniera efficiente ed imparziale i servizi pubblici e di applicare gli standard antielusivi in materia di fiscalità internazionale intendono assicurare ad un tempo il coordinamento tra Stati e la tutela della concorrenza tra imprese.

¹⁰⁵ Corte di giustizia del 10 dicembre 1969, *Commissione c. Francia*, in cause riunite c. 6/69 e 11/69, in Raccolta, 1969, 523, ECLI:EU:C:1969:68, punti 16-17 «La solidarietà, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all'impegno di cui all'articolo 5 del trattato, trova un corollario, a vantaggio degli Stati, nella procedura di mutua assistenza

In conclusione, riconosciuto il legame tra art. 107 TFUE e concorrenza tra Stati, appare evidente la potenziale sovrapposizione con l'art. 4(3) TUE. Entrambe le disposizioni mirano infatti a limitare gli interessi egoistici degli Stati nella misura in cui ciò sia necessario al perseguimento degli obiettivi federali perseguiti dall'ordinamento comunitario¹⁰⁶; e ciò tramite l'imposizione di obblighi ulteriori in rispetto a quanto espressamente tipizzato nel diritto positivo. Ciò giustifica la proposta ricostruttiva qui formulata di utilizzare il principio di leale cooperazione congiuntamente all'art. 107 TFUE quale *trait d'union* tra integrazione positiva ed integrazione negativa, come correttamente affermato dalla risalente giurisprudenza sopra citata.

3.3.2 La concorrenza fiscale al ribasso come violazione del principio di leale cooperazione

Sgombrato il campo da preclusioni di principio all'applicazione congiunta degli artt. 4(3) TUE e 107 TFUE, occorre ora concentrarsi sulla rilevanza giuridica della concorrenza fiscale a ribasso nell'ordinamento dell'Unione.

Non può, a tal proposito, essere ignorata la tradizionale ambiguità con cui la Corte di giustizia ha esaminato il fenomeno di concorrenza fiscale tra ordinamenti¹⁰⁷.

di cui all'articolo 108, prevista per il caso di grave minaccia di squilibri nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro. L'esercizio dei poteri che gli Stati si sono riservati non può quindi giustificare l'adozione unilaterale di misure vietate dal trattato».

Paradossalmente, il principio è stato utilizzato successivamente con funzione inversa al fine di censurare l'intervento dell'Unione in un settore di esclusiva competenza statale. Cfr. M. C. BARUFFI, art. 4 in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit. p. 17 e dottrina ivi cit.

¹⁰⁶ Si veda, per un'analisi comparata del principio di fedeltà in Germania, Unione europea e Stati Uniti, D. HALBERSTAM, *Of Power and Responsibility: the political morality of federal systems*, in *Virginia Law Review*, 731, 736, citato da K. LENAERTS and J.A. GUTIERREZ-FONS, capitolo 4. *The European Union: A Constitutional Perspective*, in *Oxford Principles of EU Law*, cit.

¹⁰⁷ Si veda, di recente, D. DE CHARETTE, *The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law*, in *EC Tax Review*, 2019, IV, pp. 176 ss.

L'autrice sostiene che la Corte di giustizia dovrebbe affermare l'esistenza di un principio generale anti-abuso in materia fiscale nel diritto comunitario, tale da determinare l'obbligo per gli Stati membri di lottare contro le frodi in materia di tassazione diretta. Pur riconoscendo la tradizionale cautela con cui la Corte di giustizia ha tradizionalmente esaminato il tema, l'a. individua nella direttiva ATAD (Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di

Nel caso *3M Italia* questa ha, infatti, espressamente affermato che «nel diritto dell'Unione non esiste alcun principio generale dal quale discenda un obbligo per gli Stati membri di lottare contro le pratiche abusive nel settore della fiscalità diretta»¹⁰⁸.

Tale affermazione, apparentemente di portata generale, va tuttavia contestualizzata in relazione ai fatti di causa e ridimensionata alla luce del successivo sviluppo normativo e giurisprudenziale UE. La pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale relativo alla compatibilità con i Trattati (tra le varie disposizioni, anche con l'art. 4(3) TUE) della legislazione condonistica italiana in materia di contenziosi fiscali pendenti da più di dieci anni. L'approccio restrittivo della Corte può dunque essere considerato un tentativo di preservare sufficienti margini di manovra all'amministrazione fiscale degli Stati nella gestione del contenzioso tributario interno. Inoltre, è sufficiente richiamare la ben diversa attitudine più recentemente assunta dalla Corte di giustizia nel noto caso *Taricco*¹⁰⁹, l'obbligo imposto agli Stati membri di introdurre strumenti di contrasto all'elusione fiscale nei propri ordinamenti tributari¹¹⁰ ed il vigore con cui vengono osteggiati i paradisi fiscali extra-UE¹¹¹.

elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, GU L 193, 2016, p. 1 ss.) una solida fonte normativa su cui fondare l'esistenza dell'obbligo in esame.

Si veda sul punto anche A.P. DOURADO, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, in *Intertax*, 2016, 5-6, pp. 440 ss.

¹⁰⁸ Corte di giustizia del 29 marzo 2012, in causa C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate* ('3M Italia'), in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2012:184, punto 32.

Si veda, per un commento critico, R. SZUDOCZKY, *3M Italia: Tax Amnesty Aimed at Concluding Tax Litigation Prolonged for an Unreasonable Time Does Not Constitute State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2013, pp.159 ss.; A. BIONDI, *State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid*, 2013, pp. 1719 ss., 1738.

¹⁰⁹ Corte di giustizia, 8 settembre 2015, in causa C-105/14, *Ivo Taricco e a.*, Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:555. Per tutti, G. DI FEDERICO, *La 'saga Taricco': il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi*, 2018, 11, accessibile online; ID., *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della "regola Taricco" nell'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 2019, 4, accessibile online.

¹¹⁰ Cfr. D. DE CHARETTE, *Op. ult. cit.*, p. 180.

¹¹¹ Si vedano, *ex multis*, le Conclusioni del Consiglio del 25 maggio 2016, 9452/16 e la Raccomandazione della Commissione del 14 luglio 2020, relativa alla subordinazione del sostegno finanziario statale destinato alle imprese dell'Unione all'assenza di legami con giurisdizioni non cooperative

Ridimensionato il ruolo del precedente citato, occorre riconoscere la presenza di rilevanti indici di segno contrario, tali cioè da giustificare l'analisi dei fenomeni in parola ai sensi dell'art. 4(3) TUE.

In primo luogo, la nozione inglese del fenomeno della concorrenza fiscale a ribasso è quella di *unfair tax competition*. Come noto, una delle principali interpretazioni del principio di leale cooperazione è che esso costituisca la declinazione comunitaria del fondamentale canone di buona fede e correttezza proprio del diritto internazionale¹¹². La qualificazione dei comportamenti degli Stati come *unfair* – cioè, iniqui – evidenzia allora, già sul piano letterale la rilevanza dell'art. 4(3) TUE in quanto disposizione volta a censurare i comportamenti contro buona fede posti in essere da parte degli Stati membri.

In secondo luogo, in prospettiva sistematica, il fenomeno considerato si differenzia dalla fisiologica concorrenza fra ordinamenti. La distorsione del mercato interno non deriva, infatti, unicamente dall'oggettiva esistenza di sistemi tributari diversi bensì dall'utilizzo strumentale – e, a ben guardare paradossale¹¹³ – della propria competenza fiscale per agevolare le operazioni elusive poste in essere dalle imprese multinazionali. A ciò si aggiunge, a conferma del carattere “sleale” del comportamento in esame, che il mantenimento di normative e prassi che facilitano l'elusione danneggia direttamente i bilanci di tutti gli Stati membri oltre che il mercato interno.

In conclusione, ritornando alla citata affermazione della sentenza *3M Italia*, questa va decisamente ridimensionata, considerando la sostanziale differenza tra i condoni fiscali dettati dalla necessità di rispettare l'equa durata del processo con i *tax ruling*. Se può essere sostenuto che la lotta agli abusi fiscali privi di dimensione transnazionale da parte degli Stati membri esuli dagli obblighi imposti dalla normativa UE, a diverse conclusioni deve certamente giungersi laddove il fenomeno abbia portata internazionale e coinvolga direttamente la competenza fiscale di tutti gli Stati membri. A differenza della “situazione meramente interna”, infatti, la scelta di non

¹¹² M. KLEMAERT, *The Principle of Loyal cooperation in EU Law*, cit., p. 41.

¹¹³ Per tutti, R. PALAN, *Tax Havens and Commercialization of State Sovereignty*, in *International Organization*, 56, 2002, pp. 151-176.

reprimere in maniera adeguata i comportamenti elusivi delle imprese multinazionali determina un grave danno per tutti gli altri Stati ed ostacola gli obiettivi dell'Unione, in palese contrasto con gli obblighi derivanti dal principio di leale cooperazione.

Alla luce di quanto fin qui esposto, pare opportuno formalizzare la proposta ricostruttiva di interpretare in maniera congiunta l'art. 107 TFUE e l'art. 4(3) TUE, valorizzando in tal modo l'incompatibilità delle pratiche in oggetto non solo rispetto al mercato interno ma anche agli obblighi di "solidarietà federale" gravanti sugli Stati. Come si vedrà nel capitolo 6, tali conclusioni sono oggi rafforzate dal collegamento tra armonizzazione della fiscalità diretta e riforma delle risorse proprie, funzionale a ripagare l'ingente debito contratto per il finanziamento del *Next Generation EU*.

3.3.3 I benefici dell'applicazione congiunta degli artt. 4(3) TUE e 107 TFUE

La proposta ricostruttiva sopra formulata discende dalla necessità di assicurare un fondamento più solido all'interpretazione della nozione di aiuto di Stato nel settore della fiscalità internazionale, ad oggi fortemente contestata da operatori economici e dottrina¹¹⁴.

L'accusa più frequentemente rivolta alla Commissione è quella di aver realizzato una forma di armonizzazione indiretta della materia fiscale, in violazione degli artt. 4, 5 e 114 TFUE¹¹⁵. Facendo applicazione della giurisprudenza consolidata, il Tribunale ha di recente respinto tale motivo di doglianza, affermando che «certamente, a fronte dell'assenza di regolamentazione dell'Unione in materia, rientra nella competenza degli Stati membri determinare i criteri d'imposizione e la ripartizione della pressione fiscale sui diversi fattori di produzione e settori economici (...) Tuttavia, ciò non implica che qualunque misura tributaria che incida, in

¹¹⁴ Da ultimo, il fondamento giuridico della ricostruzione giuridica proposta dalla Commissione è stata messa in discussione dalla stessa Corte di giustizia, tramite l'AG Pikamäe nelle conclusioni al caso FIAT, cit., punti 99-115.

¹¹⁵ Cfr. la sentenza del Tribunale FIAT, cit., punto 90.

particolare, sulla base imponibile assunta dall'amministrazione finanziaria non sia soggetta all'applicazione dell'articolo 107 TFUE»¹¹⁶.

Ferma restando la necessità di distinguere tra titolarità ed esercizio della competenza fiscale (*infra* sez. 1 del capitolo 4), l'art. 4(3) TUE potrebbe essere invocato per ribadire l'assenza di "competenze esclusive degli Stati membri"¹¹⁷, specialmente quando utilizzate in contrasto con gli obblighi derivanti dai Trattati. Richiamando le statuizioni di *Francia c. Commissione* sopra citata, l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in un settore di competenza nazionale quale la fiscalità internazionale andrebbe cioè giustificata per la natura palesemente scorretta e dannosa per l'intera Unione dei comportamenti posti in essere dagli Stati.

In secondo luogo, riguardo all'inclusione dell'*arm's length principle* all'interno dell'art. 107(1) TFUE, è stata da più voci criticata l'interpretazione della Commissione che individua nel precedente *Forum 187 c. Commissione* una base legale sufficiente all'applicazione di tale parametro nella valutazione del vantaggio selettivo¹¹⁸. Benchè il caso appaia, a parere di chi scrive, in termini rispetto ai *tax ruling*, va enfatizzata, anche in questo caso, la scarsa trasparenza del ragionamento giuridico della Commissione. Questa si limita, infatti, ad invocare un precedente in cui la Corte ha valutato il rapporto tributario tra Stato e multinazionale sulla base del 'principio di concorrenza', a sua volta piuttosto assertivamente¹¹⁹. Non è invece mai stato formalizzato il collegamento tra lo standard in esame ed i fondamenti costituzionali dell'ordinamento unionale, profilo essenziale affinché l'*arm's length*

¹¹⁶ Tribunale dell'Unione, Lussemburgo e a. c. Commissione, punto 106.

¹¹⁷ Sul punto, B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des États membres existent-elles?*, in AA. VV. (a cura di) *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union. Le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 301 ss.

¹¹⁸ *supra* sez. 2.1 del presente capitolo.

¹¹⁹ Nel caso *Belgium 187 c. Commissione*, cit. la Corte di giustizia dedica un solo paragrafo al principio di concorrenza, senza soffermarsi sulla sua origine o sulla sua eventuale qualificazione quale principio generale del diritto dell'Unione. In particolare, rimane dubbio il punto oggi più controverso, e cioè se esso possa essere applicato dalla Commissione a prescindere dal suo formale recepimento nella normativa interna o debba necessariamente essere qui contenuto perché possa far parte della cornice di riferimento (*supra* sez 2.3 del capitolo 3).

possa essere applicato direttamente negli ordinamenti interni a prescindere dal suo formale recepimento

Ebbene, anche in questo caso, il principio di leale cooperazione potrebbe essere utilmente utilizzato quale parametro interpretativo della nozione di aiuto di Stato. Accanto al principio di discriminazione, il cui collegamento con l'art. 107 TFUE si presta a molteplici interpretazioni, la necessità di introdurre ed applicare in maniera diligente standard antielusivi nei rapporti tributari internazionali sembra trovare solido fondamento nell'art. 4(3) TFUE. Sarebbe, in altre parole, lo stesso obbligo di non incentivare comportamenti in contrasto con gli obiettivi dell'Unione (ed in particolare dannosi per il corretto funzionamento del mercato interno) ad imporre l'utilizzo di strumenti antielusivi piuttosto che un isolato precedente della Corte di giustizia¹²⁰.

Infine, il terzo ed ultimo ambito in cui la valorizzazione del principio di leale cooperazione determinerebbe rilevanti benefici interpretativi è il tema della ripartizione dell'onere probatorio. Come più sopra accennato, il Tribunale ha recentemente annullato alcune decisioni della Commissione, ritenendo non provata l'esistenza del vantaggio selettivo. In particolare, nel caso *Apple*, ciò è stato affermato nonostante il Tribunale abbia espressamente stigmatizzato la natura incompleta e contraddittoria dei procedimenti seguiti dalle autorità irlandesi¹²¹. L'interpretazione del Tribunale, sotto più profili criticabile¹²², sembra appunto non considerare il carattere sostanzialmente opportunistico del comportamento posto in essere dallo Stato ricorrente, che ha volontariamente introdotto nella propria normativa tributaria una serie di disposizioni volte a facilitare l'erosione della base imponibile rispetto alle multinazionali americane ed ha poi convalidato tale trattamento di favore tramite i *tax ruling* "negligenti".

¹²⁰ Così ricostruita, la nozione di vantaggio selettivo potrebbe essere ricondotta alla consolidata giurisprudenza in materia di selettività fiscale, che sanziona la mancata ed irragionevole disapplicazione di normative sanzionatorie interne. Lo stesso C. QUIGLEY, *European State aid law and policy*, Hart publishing, Londra, 2009, p. 70 «circumstances may arise where a distortion of competition is caused by a public authority failing properly to apply fiscal measures, such as where a tax authority misapplies national tax provisions resulting in an underassessment of liability of a particular undertaking».

¹²¹ Tribunale dell'Unione, Irlanda e a. c. Commissione, cit. punto 479.

¹²² Sia consentito il rinvio a R. FEDERICO, *EU Commission to appeal the Apple State aid judgement: the best is yet to come*, cit.

Ebbene, la ripartizione dell'onere della prova non può trascurare le concrete circostanze in cui le pratiche oggetto di indagine sono compiute, come chiaramente riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte in materia antitrust¹²³. Se fosse esplicitamente riconosciuto il carattere scorretto del comportamento statale oggetto di indagine, la ripartizione dell'onere della prova sarebbe realizzata in maniera più equa, garantendo ovviamente che la Commissione adempia i propri doveri di indagine in maniera diligente ma senza indebiti favoritismi per gli Stati attivi in pratiche siffatte.

¹²³ *Ex multis*, Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland A/S e a. c. Commissione*, nei procedimenti riuniti C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, in Raccolta, 2004 I, p. 123 ECLI:EU:C:2004:6, punti 78-79.

PARTE B

Capitolo 4. Quello che il principio di attribuzione non dice

Sommario: 1. [Le \(buone\) ragioni per distinguere titolarità ed esercizio della competenza fiscale](#); 1.1 Le dinamiche dell'integrazione UE in materia fiscale; 1.2 ... e il loro impatto sulla 'sovranità fiscale' degli Stati membri; 1.3 Gli incerti confini della competenza fiscale nazionale; 2. [Le politiche fiscali degli Stati membri attraverso il prisma della 'selettività'](#); 2.1 La nozione di aiuto di Stato come «concetto oggettivo»; 2.2 Il principio di neutralità fiscale nell'art. 107(1) TFUE; 2.3 La fiscalità di vantaggio nel prisma della 'selettività'; 3. [La fine della sovranità fiscale nazionale?](#); 3.1 «*no taxation without representation*» revisited; 3.2 La concorrenza fiscale al ribasso quale principale limite all'autonomia regolamentare degli Stati membri; 3.3 La costruzione di una fiscalità condivisa tra Stati membri ed Unione.

La relazione tra il controllo sugli aiuti di Stato e le competenze fiscali nazionali è il profilo tradizionalmente più controverso dell'applicazione dell'art. 107 TFUE¹, tornato di recente al centro del dibattito accademico e politico in seguito alle indagini in materia di *tax ruling* da parte della Commissione europea². Il tema coinvolge i

¹ La graduale ma costante espansione dell'applicazione dell'art. 107 TFUE alla materia fiscale ha ben presto portato la dottrina ad indagare la compatibilità dell'interpretazione offerta da Commissione e Corte di giustizia con i parametri presenti nei Trattati. Si vedano, *ex multis*, L.L. GORMSEN, *European State Aid and Tax Rulings*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, capitolo 5; R. LYAL, *State aid, tax integration and state sovereignty*, in C. HJI PANAYI – W. HASLEHNER - E. TRAVERSA (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, capitolo 19; H.L. LOPEZ, *General thoughts of Selectivity and Consequences of a Broad Concept of State Aid in Tax Matters*, in *European state aid law quarterly*, 2010, pp. 812 ss.; R. H. LUJA, *Do State Aid Rules Still Allow European Union Member States to Claim Fiscal Sovereignty?*, in *EC Tax Review*, 2016, V/VI, pp. 312 ss.; ID., *Just a notion of aid: how (not) to create a fiscal State aid doctrine*, in *Intertax*, 2016, pp. 788 e ss; MINISTERO DELLE FINANZE DELLA REPUBBLICA FEDERALE TEDESCA, *Tax benefits and Eu State aid control. The problem of and approaches to resolving the conflict of jurisdiction with fiscal autonomy*, 2017, accessibile su: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/EN/Standardartikel/Ministry/Advisory Board/2018-02-07-tax-benefits-and-eu-state-aid-control-download.pdf? blob=publicationFile&v=2>, pp. 23 ss.; C. PEETERS, *The legitimacy of EU fiscal State Aid Control: What is your legitimization narrative?* in C. DE PIETRO (a cura di), *New Perspectives on Fiscal State Aid: Legitimacy and Effectiveness of Fiscal*, Wolters Kluwer International, Alphen Aan Den Rijn, 2019, capitolo 2; P.J. WATTEL, *Forum: Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters*, 2013, in *World Tax Journal*, pp. 128 ss.

² Si rinvia al capitolo 3, nt. 2, per i riferimenti bibliografici più rilevanti. Quanto alla rilevanza politica del fenomeno, è qui sufficiente richiamare la pubblicazione da parte del TESORO AMERICANO, *The European Commission's recent State aid investigations of transfer pricing rulings, white paper* del 24

fondamenti costituzionali dell'ordinamento UE, quanto alla legittimazione ed all'incisività delle azioni intraprese dalla Commissione³ in un ambito in cui gli Stati membri vorrebbero vedere riconosciuta la propria "competenza esclusiva"⁴.

La posizione assunta della Corte di giustizia sul punto non è priva di ambiguità. Da un lato, l'istituzione ha da tempo affermato la necessità di esaminare caso per caso le singole misure piuttosto che definire una netta ripartizione di competenze, evitando così la creazione di aprioristiche zone franche dall'applicazione dei Trattati⁵; dall'altro, ciò ha spostato le concrete valutazioni relative al riparto di competenze tra Stati membri ed Unione all'interno della nozione di 'aiuto', a discapito del rigore interpretativo delle categorie "classiche" dell'istituto⁶.

agosto 2016, accessibile su: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/documents/white-paper-state-aid.pdf>.

³ Si veda, in generale, sulle frizioni tra normativa del Mercato interno e competenza fiscale nazionale, R. BARENTS, *The Single Market and National Tax Sovereignty*, in S. J.J. M. JANSEN (a cura di), *Fiscal Sovereignty of the Member States in an Internal Market: past and future*, Wolters Kluwer International, Alphen Aan Den Rijn 2010, capitolo 3; M. ISENBAERT, *EC Law and the Sovereignty of the Member States in Direct Taxation*, IBFD, Amsterdam, 2010; M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2018, capitolo 1.

In generale, sulle problematiche derivanti dall'espansione della nozione di aiuto di Stato, si veda, M. ROSS, *State Aids: Maturing into a Constitutional Problem*, in *Yearbook of European Law*, 1995, I, pp. 79 ss.

⁴ Si vedano, *ex multis*, sulla tensione tra strumenti di integrazione negative e competenze nazionali, L. AZOULAI, *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU law as total law?*, in *European Journal of Legal Studies*, 2011, 4, 2, 192-219; L. BUCON, *EU Law and Retained powers of Member States*, in L. AZOULAI (a cura di), *The question of competence in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2014, capitolo 8; B. DE WITTE, *Les compétences exclusives des états membres existent-elles?*, in AA. VV. (a cura di) *Liber amicorum per Antonio Tizzano : de la Cour CECA à la Cour de l'union : le long parcours de la justice Européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 301 ss.

⁵ Questa è la conseguenza della distinzione di matrice giurisprudenziale tra titolarità ed esercizio della competenza fiscale (*infra* sez 1 del presente capitolo), rilevante tanto per il controllo sugli aiuti di Stato che per le libertà di circolazione.

⁶ Sono diffuse in dottrina le riflessioni sul carattere dinamico dell'interpretazione della nozione di aiuto di Stato in conseguenza della funzione «costituzionale» da questa svolta. Si veda, per una panoramica dei diversi elementi costitutivi della nozione, A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford handbook of European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2015 capitolo 26; F. DE CECCO, *State aid and the European economic constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 31 ss.; M. MEROLA – F. CALIENTO, *Is the notion of aid broadening or shrinking over time, and if so, why? A subjective view on the rationale of the case law*, in M. BOTTA – M. MONTI – P. PARCU (a cura di), *EU State aid law: emerging trends at the national and EU law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 18 ss.

Con particolare riferimento alla materia fiscale, l'evoluzione interpretativa dell'istituto ha riguardato i requisiti di vantaggio e selettività, oggi considerati unitariamente nella categoria del «vantaggio selettivo». Inoltre, lo stesso test concretamente utilizzato ha subito molteplici variazioni secondo un

In tale scenario, non può stupire la polarizzazione delle opinioni espresse dalla dottrina: da chi considera illegittima l'applicazione estensiva dell'art. 107 TFUE, risultante in un ingiustificato indebolimento della 'sovranità fiscale nazionale' a danno di contribuenti e parlamenti nazionali⁷ fino alle posizioni opposte, che ritengono prioritaria la necessità di limitare le distorsioni nel mercato in ottica "federale"⁸.

Chi scrive aderisce a quest'ultima posizione, che si intende difendere partendo da una provocazione: «e se la categoria principale utilizzata dagli interpreti, ossia la 'sovranità fiscale nazionale'⁹, fosse inadatta a descrivere il fenomeno in esame?».

La prospettiva di analisi qui proposta intende enfatizzare le peculiarità del settore fiscale e del controllo sugli aiuti di Stato in tale ambito. L'operazione si rivela quanto mai necessaria per sgombrare il campo da pregiudizi e posizioni a ben vedere ideologiche su questioni che richiedono invece un approccio pragmatico. Solo in questa prospettiva è possibile comprendere il complesso bilanciamento svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, il cui carattere assertivo rischia, in effetti, di

processo di graduale affinamento. Tale processo, peraltro, non è ancora completato, come visto in relazione ai tax ruling (*supra* sez. 2 del capitolo 3).

Si veda, in chiave critica, J.L. BUENDIA SIERRA, *Finding Selectivity or the art of comparison*, in *European State aid law Quarterly*, 2018, I, pp. 85 ss.; R. H. LUJA, *Just a notion of aid: how (not) to create a fiscal State aid doctrine*, cit.

⁷ L'opinione critica è predominante in dottrina ed enfatizza l'illegittimità dell'utilizzo strumentale del controllo sugli aiuti di Stato quale strumento di armonizzazione impropria. Tale posizione è stata formalizzata anche quale motivo di ricorso giurisdizionale quale violazione dell'art. 4(3) in materia di tax ruling. Cfr. sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 24 settembre 2019, in causa T-755/15 e T-759/15, *Lussemburgo e a. c. Commissione*, punto 90.

⁸ Cfr. M. INGROSSO, *La comunitarizzazione del diritto tributario e gli aiuti di Stato*, in M. INGROSSO – G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali ed aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 3 ss.

⁹ La sovranità costituisce uno degli istituti tipici del diritto internazionale, tuttora molto diffusa anche nell'analisi dei rapporti «verticali» tra Stati membri ed Unione europea. Si veda, *ex mutlis*, G. BERTI, *Sovranità*, in *Jus Vita e pensiero*, 2007, II-III, pp. 1 ss.; N. BRACK – R. COMAN – A. CRESPIY, *Sovereignty conflicts in the European Union*, in *Les cahiers du Cevipol*, 2019, IV, pp. 3 ss.; D. GRIMM, *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal concept*, Columbia University Press, New York, 2015, pp. 13 ss.

Sull'utilizzo del concetto nell'ordinamento UE, si veda, di recente, R. BIFULCO – A. NATO, *The concept of Sovereignty in EU – past, present and the future*, Reconnect, 2020, accessibile al link: <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/05/D4.3.pdf>.

Per la materia fiscale si rinvia al recente contributo di F. PEPE, *Lo "stallo" evolutivo della fiscalità internazionale: osservazioni metodologiche sui limiti dell'attuale processo di riforma*, in V. MASTROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini giuridica, Pisa, 2019, pp. 235 ss.

mettere in ombra il più ampio disegno costituzionale da questa perseguito in relazione alla fiscalità europea.

Anticipando quanto verrà esposto nelle pagine che seguono, va allora subito riconosciuto: che la fiscalità rappresenta un settore ben più complesso ed ambiguo di quanto generalmente ammesso, sicché non sono praticabili aprioristiche esclusioni dall'applicazione dei Trattati; che il controllo sugli aiuti di Stato costituisce un importante strumento di regolazione della concorrenza tra ordinamenti, essenziale a rendere compatibile l'esercizio della competenza fiscale nazionale con il quadro costituzionale dell'Unione; e, infine, che la categoria della 'sovranità fiscale nazionale' è inadatta a descrivere il fenomeno in esame.

Il capitolo è strutturato in tre sezioni.

Innanzitutto, interessa chiarire la *ratio* della sibillina formula della Corte di giustizia relativa alla distinzione tra «titolarità ed esercizio» della competenza da parte degli Stati membri.

In secondo luogo, l'analisi si concentra sulla funzione del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Il "test in tre fasi", infatti, agisce quale "prisma", tramite cui scomporre le diverse componenti della competenza fiscale nazionale e distinguere gli utilizzi fisiologici da quelli abusivi.

Infine, richiamando le categorie di analisi proposte nei precedenti capitoli 2 e 3, si intende evidenziare come le funzioni allocativa e redistributiva, costituenti il nocciolo duro della competenza fiscale nazionale, non siano, nei fatti, compromesse dall'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato.

4.1 Le (buone) ragioni per distinguere tra «titolarità ed esercizio» della competenza fiscale degli Stati membri

L'analisi del rapporto tra controllo sugli aiuti di Stato e competenza fiscale nazionale non può che prendere avvio dalle statuizioni della Corte di giustizia, granitica nell'affermare che «anche se la materia delle imposte dirette rientra, allo stato attuale dello sviluppo del diritto dell'Unione, nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto dell'Unione (...). Pertanto, gli interventi degli Stati membri in materia di imposte dirette, quand'anche riguardino questioni che non siano state oggetto di armonizzazione nell'Unione, non sono esclusi dall'ambito di applicazione della normativa sul controllo degli aiuti di Stato»¹⁰.

La formula, ambigua e per certi versi apodittica, pare, ad una prima lettura, aggirare il tema del riparto di competenze. Si tratta, in effetti, di una delle questioni più controverse in dottrina: a fronte di una chiara indicazione da parte degli Stati membri nel senso dell'irrinunciabilità alla propria competenza se non tramite armonizzazione unanime ex art. 114(2) e 115 TFUE, si è nel tempo stratificato un complesso formante giurisprudenziale in materia di libertà fondamentali ed aiuti di Stato, sempre più invasivo rispetto all'effettiva capacità degli Stati di disegnare liberamente le proprie normative tributarie¹¹. Da qui il problema relativo all'effettivo rispetto del principio di attribuzione e della 'sovranità fiscale' degli Stati membri¹², minacciata dall'aggiramento dei limiti costituzionali presenti nel Trattato.

Ad uno sguardo più attento, tuttavia, la violazione non sembra sussistere. La Corte, nonostante la scarsa trasparenza argomentativa, pare adempiere correttamente

¹⁰ Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 15 luglio 2020, in cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione ('tax ruling Apple')*, punto 105.

¹¹ Si veda, sul punto K. LENAERTS – L. BERNARDEU, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, I, pp. 19 ss.; E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTT, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, in S. DE LA ROSE – F. MARTUCCI – E. DUBOUT (a cura di), *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, Bruxelles 2015, pp. 343-380;

¹² si veda, sul punto la dottrina cit. nt. 1 *supra*.

il proprio ruolo di interprete dei Trattati. Ciò avviene tramite la valorizzazione dell'intrinseca complessità della materia fiscale, che non può essere aprioristicamente esclusa dallo scrutinio sovranazionale in virtù di concetti vaghi e fuorvianti quali la 'sovranità fiscale nazionale' o le "competenze riservate degli Stati membri". Al contrario, la strenua difesa degli stessi si risolve sovente in un esercizio logico sterile, inevitabilmente influenzato da valutazioni ideologiche più che strettamente giuridiche¹³.

Senza voler negare la rilevanza del principio di attribuzione, indubbiamente tra i fondamenti costituzionali dell'ordinamento comunitario, si intende però evidenziare l'insostenibilità di una sua interpretazione astratta. Occorre cioè prendere coscienza del fatto che lo strumento fiscale sia in concreto utilizzato per scopi diversi e spesso lontani dall'equa ripartizione delle pubbliche spese tra consociati per divenire veicolo di scelte di politica economica ed industriale. In tale prospettiva, la distinzione tra «titolarità ed effettivo esercizio» della competenza si rivela necessaria a garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato.

4.1.1 Le dinamiche dell'integrazione UE in materia fiscale

La locuzione «integrazione fiscale europea» identifica due ambiti, a ben vedere, eterogenei benché tra loro complementari: quello delle normative tributarie nazionali e quello delle politiche economiche pubbliche¹⁴. L'ordinamento dell'Unione europea influenza entrambi i settori ma lo fa in vista di obiettivi e con strumenti profondamente diversi. L'integrazione comunitaria in materia tributaria persegue la finalità di rendere la tassazione nazionale¹⁵ compatibile con il corretto funzionamento del mercato

¹³ Si veda, sul punto, R. BIN, *La Sovranità nazionale e la sua erosione*, in (a cura di A. PUGIOTTO) *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 369 – 381.

¹⁴ Per un esame congiunto di entrambi gli ambiti, si veda, P. BORJA, *Diritto tributario europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 31 ss.; G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e Sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri ed Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2018, I, pp. 121 ss.; E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTTE, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit.

¹⁵ E' appena il caso di ricordare l'attuale inesistenza di «tributi europei», sostituiti da trasferimenti obbligatori degli Stati al bilancio dell'Unione. Sul punto, si veda, G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità*:

interno, il che avviene tramite gli strumenti tipici dell'armonizzazione e dell'integrazione negativa¹⁶; il coordinamento delle politiche economiche, al contrario, intende assicurare la stabilità finanziaria dei bilanci pubblici degli Stati membri ed è governato da una ben più complessa struttura regolamentare, per molti versi estranea ai paradigmi tipici presenti in altri settori dell'ordinamento UE¹⁷.

Il controllo sugli aiuti di Stato assume rilevanza principalmente rispetto alla prima declinazione di 'fiscaltà'¹⁸, sulla quale occorre soffermarsi. I padri costituenti avevano correttamente intuito la necessità di garantire forme di coordinamento tra le normative tributarie nazionali, e di ciò è prova la quantità di disposizioni a tal fine inserite all'interno dei Trattati¹⁹. L'astratta previsione di tale composita cornice

riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2018, I, pp. 121, 145 ss.

La necessità di reperire risorse per il finanziamento del piano di ripartenza e resilienza sembra aver riaperto il dibattito sull'introduzione di tributi la cui riscossione è gestita direttamente dalle Istituzioni europee. Cfr. AA. VV., *European solidarity requires EU taxes*, in *Eu law live* del 21 aprile 2020, accessibile su: <https://eulawlive.com/op-ed-european-solidarity-requires-eu-taxes/#>.

¹⁶ E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTT, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit.

¹⁷ Si veda, J. ZILLER, *L'inquadramento giuridico della governance e degli strumenti d'azione dell'Unione economica e monetaria*, in O. PORCHIA (a cura di), *Governance economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

In prospettiva critica dell'attuale modello istituzionale di coordinamento delle politiche economiche, M. DAWSON – F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, 2016, II, pp. 204 e ss.

¹⁸ Va dato atto che tra le molte finalità perseguite tramite l'art. 107 TFUE c'è anche la stabilità finanziaria dello Stato, potenzialmente compromessa dalla dazione di ingenti sussidi pubblici alle imprese in difficoltà. Si veda, sul punto, EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Control of State aid to banks*, marzo 2019.

¹⁹ Possono qui essere brevemente richiamati gli attuali artt. 28, 30 e 31 TFUE, in materia di libera circolazione, gli artt. 110-112 TFUE, per quanto concerne i tributi indiretti a carattere discriminatorio e gli artt. 113-115 quali basi giuridiche per introdurre misure di armonizzazione di diritto derivato. Si veda, sul punto, P. J. WATTEL - O. MARRES - H. VERMEULEN, *European Tax Law*, 7a ed., vol. I, Wolters Kluwer International, Alphen Aan Den Rijn, 2018, capitoli 2 e 3.

La volontà degli Stati firmatari emerge in maniera ancor più evidente dal noto 'Spaak report', in cui la divergenza tra normative tributarie è considerata in quanto potenziale fonte di distorsioni al corretto funzionamento del Mercato interno.

Va inoltre considerato l'art. 116 TFUE, per molti anni rimasto lettera morta all'interno dei Trattati e recentemente tornato al centro del dibattito politico dopo l'annuncio della Presidente Von der Leyen di volerlo utilizzare per superare l'impasse istituzionale determinato dall'unanimità in seno al consiglio imposta dai citati artt. 114(2) e 115 TFUE. La dottrina ha tuttavia evidenziato la probabile persistenza di posizioni contrarie da parte degli Stati membri nonostante l'introduzione del voto a maggioranza qualificata. Si veda, di recente, M. NOUWEN, *The Market Distortion Provisions of Articles 116-117*

normativa non è stata tuttavia sufficiente ad assicurare il completo e fisiologico sviluppo di una normativa tributaria europea, fondato sull'utilizzo congiunto di strumenti di integrazione negativa e sul graduale ravvicinamento dei codici tributari nazionali²⁰. Ciò, infatti, è avvenuto solo in relazione ai tributi indiretti, quali l'IVA, le accise ed i dazi doganali²¹; le imposte dirette, al contrario, sono tuttora in gran parte regolate dalle 27 normative eterogenee²².

La graduale liberalizzazione dei vari settori merceologici e la conseguente integrazione dei mercati nazionali non si è nemmeno accompagnata ad un'armonizzazione minima dei principi tributari domestici in materia di fiscalità diretta, con crescenti attriti al corretto funzionamento del mercato interno. In tale contesto, acclarata la non percorribilità di soluzioni concordate tra Stati membri, lo strumento dell'integrazione negativa ha guadagnato importanza, con conseguente prevalenza del ruolo svolto da Commissione e Corte di giustizia su Consiglio e parlamenti (quello europeo e quelli nazionali)²³. Ciò che è peraltro avvenuto valorizzando disposizioni originariamente estranee all'ambito fiscale, quali le libertà

TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?, di prossima pubblicazione su *Intertax*, 2021, pp. 14 ss.

²⁰ Ciò è dovuto al requisito dell'unanimità ancora previsto per la materia tributaria ai sensi dell'art. 115(2) TFUE, che di fatto attribuisce a ciascuno Stato membro il diritto veto in materia. Non a caso è stato sottolineata da più parti la necessità di sostituire tale requisito con quello della maggioranza qualificata. Cfr. J. ENGLISH, *Article 116 TFEU — The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?*, in *Ec Tax Review*, Vol. 29, 2020, pp. 58 ss.

²¹ Si veda, in generale, P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giappichelli, Torino, 2017, capitolo 9.

²² Cfr. i contributi M. GAMMIE, *Corporate tax harmonisation – Stage I: struggle for progress* e L. CERIONI, *Corporate tax harmonisation – Stage II: coordination to fight tax avoidance and harmful tax competition*, in C. HJI PANAYI – W. HASLEHNER - E. TRAVERSA (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, cit.

²³ L'utilizzo estensivo di strumenti di integrazione negativa non si pone solamente in contrasto con il principio di attribuzione e di equilibrio istituzionale ma con la stessa struttura costituzionale degli Stati membri, che affidano generalmente al parlamento la funzione disciplinare la materia fiscale. La stessa origine del costituzionalismo è legata alla regolazione dei rapporti tra contribuenti e Stati rispetto alla materia tributario, come evidenziato dalla celebre formula «no taxation without representation».

Sul ruolo della fiscalità nella cornice costituzionale domestica si veda, P. RUSSO, *L'obbligazione tributaria*, in A. AMATUCCI (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, II, CEDAM, Padova, 1994, pp. 4 e ss.; A. VIOTTO, voce "*Tributo*", in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione commerciale*, vol. XVI, UTET, Torino, 1999, pp. 221-256; G. FALSITTA, *Obbligazione tributaria*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, IV, pp. 3837 ss. P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., capitolo 1.

fondamentali ed il controllo sugli aiuti di Stato rispetto agli strumenti tipici, specificamente disposti per l'integrazione delle normative tributarie nazionali.

Ciò non è stato privo di conseguenze. Tale forma di integrazione indiretta ha, infatti, condizionato prevalentemente “in negativo” lo sviluppo della materia, senza che al graduale “inquadramento” della competenza fiscale nazionale si sia accompagnata la parallela creazione di una autentica fiscalità sovranazionale²⁴. Le criticità in parola sono state enfatizzate dalla crisi causata dalla pandemia da COVID-19²⁵, che ha riportato al centro del dibattito politico la necessità di introdurre forme di integrazione positiva ben più incisive (*infra* capitolo 6).

4.1.2 ... e il loro impatto sulla ‘sovranità fiscale’ degli Stati membri

L'estensiva interpretazione di ‘vantaggio fiscale elettivo’ operata dalla Corte di giustizia si è accompagnata ad una crescente insofferenza da parte degli Stati membri. E ciò ben si comprende, considerando l'importanza da questi tradizionalmente attribuita al pieno governo della materia fiscale, specialmente in materia di imposte dirette. Nella prospettiva nazionale, infatti, l'imposizione e la riscossione dei tributi è una delle tradizionali espressioni del potere pubblico ed il presupposto stesso perché la complessa macchina amministrativa statale possa funzionare²⁶.

Le critiche più diffuse per quanto concerne il controllo sugli aiuti di Stato²⁷ riguardano l'invasività dell'istituto, il cui ambito di applicazione è in effetti molto più

²⁴ In proposito E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTT, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit. parla criticamente di mera “standardizzazione”. Si veda anche, A. DI PIETRO, *Per una costituzione fiscale europea*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una costituzione fiscale europea*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 439 ss.

²⁵ Sia consentito il rinvio alle riflessioni già svolte sul punto, in R. FEDERICO, *aiuti di Stato e concorrenza fiscale tra Stati: la crisi della sovranità nazionale durante l'emergenza COVID-19*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, I, pp. 45 ss.

²⁶ Si veda P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., capitolo 1.

Il tributo permette agli Stati di reperire le risorse necessarie al finanziamento delle pubbliche spese. Si parla a proposito della cd. funzione allocativa o finanziaria del tributo per distinguerla da quella redistributiva e regolamentare (*infra* sez. 1.3 del capitolo 4).

²⁷ Non si tratta peraltro dei soli profili oggetto di riflessioni da parte della dottrina. Va, innanzitutto, richiamata la critica cd. «mercantilista», che sottolinea l'inadeguatezza della cornice valoriale affermatasi in maniera tributaria, limitata alla tutela della concorrenza e del mercato, a fronte di un fenomeno estremamente complesso. Si veda sul punto, anche in relazione al ruolo delle libertà

ampio delle libertà di circolazione, non essendo limitato alle situazioni transfrontaliere²⁸. Tali critiche sono peraltro acuite dall'ambiguità dell'analisi giuridica svolta dalla Corte, che, come affermato dall'AG Saugmansgaard Øe, pare tradursi in un «test di discriminazione generale» su tutte le normative tributarie nazionali²⁹.

Esempio paradigmatico in tal senso è il già citato caso *World duty free*³⁰ del 2016, in cui uno sgravio fiscale potenzialmente accessibile ad ogni operatore, subordinato solo al compimento di operazioni di investimento in imprese estere, è stato giudicato un aiuto di Stato (*supra* sez. 3.3 del capitolo 2). L'opinione critica vede in tale pronuncia un'inaccettabile estensione dell'art. 107(1) TFUE, risultante nel generalizzato divieto di introdurre misure fiscali di vantaggio, a prescindere dalla prova degli effetti anti-competitivi. Scelte di tale portata sistematica, così continua la critica, dovrebbero essere validate tramite il coinvolgimento diretto di Consiglio, Parlamento europeo e soprattutto dei parlamenti nazionali.

Si tratta di una posizione suggestiva ed in parte corretta, nella misura in cui viene riconosciuta un'espansione dell'ambito di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato. Inoltre, come detto, il processo in esame non è stato facilitato dalla Corte di

fondamentali, E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTT, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit. Sul punto vanno richiamate le riflessioni svolte nel capitolo precedente, relative alla sovrapposizione tra tutela della concorrenza ed equità in materia di *tax ruling*, fenomeno che può rappresentare un'interessante apertura verso una concezione più matura della fiscalità unionale (*supra* sez. 2.2 del capitolo 3).

Sotto altro profilo, è stato evidenziato il mancato coordinamento tra il controllo sugli aiuti di Stato e la tutela delle libertà fondamentali in materia fiscale. Nonostante il graduale ravvicinamento tra i rispettivi test – entrambi incentrati sul principio di non discriminazione – profonde differenze permangono quanto alla funzione materialmente svolta, la portata e le relative procedure applicative. La costante espansione del novero di misure fiscali considerate «selettive» imporrebbe, dunque, un'interpretazione di tipo sistematico, che identificasse con chiarezza a quali distorsioni del mercato interno intende porre rimedio il singolo istituto. Anche sotto tale profilo, la giurisprudenza della Corte appare, in effetti, grandemente carente. Si veda, sul punto, S. BURIK - I. LAZAROV. *Between State aid and fundamental freedoms: the arm's length principle and EU law*, in *Common market law review*, 2019, pp. 905 ss.; P.J.J. WATTEL, *Forum: Interaction of State Aid, Free Movement, Policy Competition and Abuse Control in Direct Tax Matters*, cit..

²⁸ Si vedano, in prospettiva particolarmente critica, le Conclusioni dell'AG Saugmansgaard Øe del 19 settembre 2018, in causa C-374/17, *A-brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741, punti 53-57.

²⁹ *Ibid.*, punto 73.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-20/15P, *Commissione c. World Duty Free Group ea.*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:981.

giustizia, che non si è mai impegnata in un aperto dialogo con gli Stati membri o gli operatori economici in merito alle fondamenta teoriche che guidano la sua interpretazione della selettività fiscale³¹. Tuttavia, tali profili non paiono sufficienti a suffragare a pieno la posizione critica, favorevole ad un utilizzo più limitato dell'art. 107 TFUE.

In primo luogo, un'interpretazione restrittiva dell'istituto, limitata ai vantaggi fiscali diretti a soggetti o settori economici identificabili *ex ante*, permetterebbe di eludere facilmente l'effettiva applicazione del controllo sugli aiuti di Stato³². Nonostante la virtuale possibilità per ogni impresa di accedere ad un determinato vantaggio fiscale, è evidente che le imprese che si adeguano al comportamento incentivato godono di benefici fiscali preclusi a chi voglia determinare diversamente la propria strategia imprenditoriale. Poco importa che sia una libera scelta quella di non porre in essere l'operazione fiscale vantaggiosa, il flusso di beni e servizi nel mercato interno è comunque alterato.

In secondo luogo, l'interpretazione restrittiva della nozione di 'aiuto' giunge a censurare la stessa applicazione dell'art. 107 TFUE in materia di *tax ruling*. Pur a fronte di comportamenti sleali e profondamente distorsivi per Stati membri ed imprese, i detrattori dell'operato della Commissione fanno prevalere, in maniera formale, la tutela della 'sovranità nazionale', formalisticamente intesa, sulle basilari esigenze di solidarietà derivanti dall'appartenenza all'Unione. In tale settore, l'interpretazione restrittiva della nozione di aiuto di Stato appare ancora più difficilmente sostenibile in quanto pare omettere interamente di considerare la rilevanza dell'art. 4(3) TUE (*supra* sez. 3 del capitolo 3).

³¹ Al contrario, è prevalsa un'attitudine assertiva e poco trasparente, basata sull'apodittico richiamo dei propri precedenti quale unico fondamento interpretativo di un concetto estremamente vago (*supra* sez. 1.1 del capitolo 1). Se ciò trova ragione nella necessità di conservare la massima libertà interpretativa sullo strumento oggi più incisivo in materia di fiscalità diretta, il fenomeno non è privo di inconvenienti per quanto concerne la relativa legittimazione e la certezza del diritto. Si tratta di un profilo oggi sempre meno trascurabile alla luce della posizione recentemente assunta dalla Corte costituzionale tedesca a proposito della scarsa trasparenza argomentativa della Corte di Lussemburgo. Cfr. Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15.

³² Sulla categorizzazione dei diversi test relativi alla selettività della misura si rinvia alla sez. 1 del capitolo 2 ed alla dottrina *ivi cit.*

Infine, ed è questa l'obiezione che pare dirimente, la fiscalità di vantaggio rappresenta una declinazione molto peculiare della competenza fiscale degli Stati, estranea al «struttura fondamentale, politica e costituzionale» degli stessi³³. Si tratta, a ben vedere, di un utilizzo para-regolamentare dello strumento impositivo, che viene cioè funzionalizzato per condizionare il comportamento delle imprese verso obiettivi extrafiscali ritenuti meritevoli da parte del legislatore nazionale. Riconosciuto tale profilo, non pare sussistere valida ragione per cui la tutela della concorrenza tra imprese debba divenire totalmente recessiva piuttosto che essere oggetto di bilanciamento rispetto all'autonomia regolamentare degli Stati membri.

4.1.3 Gli incerti confini della competenza fiscale nazionale

Il profilo da ultimo menzionato va esaminato più nel dettaglio in quanto permette di comprendere la posizione della Corte di giustizia, formalizzata nell'ambigua formula riportata all'incipit della presente sezione. Dietro la distinzione tra titolarità ed esercizio della competenza fiscale, si cela, infatti, la consapevolezza della Corte in merito alla natura complessa della materia in esame, aggravata dal sapiente utilizzo dei tributi da parte degli Stati membri per perseguire le finalità più disparate³⁴. Da qui la necessità di procedere a valutazioni di merito sulla singola misura per accertarne la compatibilità con i Trattati.

Il contributo offerto dall'analisi economia si rivela utile a comprendere tale profilo. E' generalmente riconosciuta la presenza di tre funzioni dietro l'utilizzo della leva fiscale: allocativa, solidaristica e promozionale³⁵. Il prelievo fiscale può cioè

³³ Si fa ovviamente riferimento alla formulazione contenuta all'art. 4.2 TUE ed al tema dell'identità nazionale degli Stati membri. A differenza del federalismo fiscale, correttamente considerato dalla Corte un profilo destinato a prevalere rispetto alla neutralità concorrenziale dell'imposizione (*supra* sez. 2.1 del capitolo 2), la fiscalità di vantaggio rappresenta una mera tecnica regolamentare alternativa alla dazione di sussidi e, in quanto tale, non vi sono ragioni per concedere un'esenzione dall'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato.

³⁴ Tale profilo viene sottolineato anche da M. MEROLA, *The rebus of selectivity in fiscal aid: a nonconformist view on and beyond case law*, in *World Competition*, 2016, IV, pp. 533 ss.

³⁵ Si veda, sul punto, B. SALANIÉ, *The economics of taxes*, MIT Press, Boston, 2011, parte II, capitoli 2 e 3.

essere utilizzato per reperire le risorse necessarie al finanziamento delle pubbliche spese, per operare politiche redistributive tra le diverse classi di contribuenti e, infine, per orientare i comportamenti di privati ed imprese verso obiettivi considerati meritevoli da parte dello Stato³⁶. La concreta modulazione dell'imposta tra contribuenti può, evidentemente, rispondere a ciascuna di tali funzioni sicché sono necessarie valutazioni ulteriori per comprendere l'effettivo obiettivo perseguito dallo Stato membro.

La scelta della Corte di giustizia di negare che la materia fiscale, anche se non armonizzata, costituisca una zona franca dall'applicazione dei Trattati trova dunque fondamento in una lettura pragmatica ed "economicamente orientata" del fenomeno³⁷. Si è già detto dell'opposizione degli Stati, che invece considerano la fiscalità in prospettiva diversa, quale essenziale attributo del proprio potere sovrano.

Ebbene, va evidenziata la correttezza e persino la necessità di rifiutare le posizioni formalistiche opposte da questi ultimi. L'effettiva realizzazione del progetto europeo ha da sempre portato la Corte a mettere in discussione categorie e prospettive nazionali laddove queste confliggevano con le necessità del mercato interno³⁸. Per

³⁶ Il carattere «regolamentare» del tributo discende dalla sua attitudine ad orientare il comportamento degli operatori. Si tratta di una accezione ampia del concetto di regolamentazione, come suggerito da G. MAJONE, *The transformations of the regulatory State*, in *AIR*, 2010.

Si tratta di una dimensione tradizionalmente presente nelle normative tributarie nazionali, la cui compatibilità con le cornici costituzionali nazionali è testimoniata dall'ingente quantità di disposizioni di tal genere. In prospettiva comunitaria, tuttavia, la fiscalità incentivante si pone in contrasto con l'obiettivo di tutela della concorrenza tra imprese, per le quali il differente onere tributario rappresenta un'importante variabile economica. Tale prospettiva – condivisa dall'OECD – oppone allora il valore della cd. neutralità fiscale, principio in virtù del quale la struttura dei tributi dovrebbe essere fondata su parametri oggettivi, legati unicamente alla forza economica del soggetto passivo; sono, al contrario, tendenzialmente incompatibili con il principio in parola tributi volti a condizionare il comportamento del privato verso finalità extrafiscali (*infra* sez. 2.2 del capitolo 4).

³⁷ Cfr. A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, cit. «The interpretation of the key factors in the notion of aid should, in our view, reflect this variable approach, which mostly depends on a continuous assessment of the economic and legal context in which the national measure was created, its object and, at the same time, the structure of the market concerned and the actual conditions in which it functions».

³⁸ E' sufficiente qui richiamare il tema delle «nozioni autonome», essenziali sia in materia fiscale che di tutela della concorrenza a garantire l'effetto utile delle disposizioni di diritto primario e derivato. In tal senso, si pensi alla nozione di «impresa», gradualmente definita dalla Corte di giustizia al fine di garantire l'effettiva applicazione del diritto della concorrenza e contemperando, allo stesso tempo, le necessità degli Stati membri di intervenire efficacemente in settori economici affetti da fallimenti di

quanto concerne la fiscalità, una volta riconosciuto che i tributi sono frequentemente utilizzati per perseguire finalità di politica industriale ed economica estranee all'ambito fiscale, si impone l'esame della sostanza economica dell'operazione posta in essere. L'opposta prospettiva, che enfatizza il carattere nazionale della competenza fiscale, astrattamente intesa, finisce per incoraggiare l'utilizzo strumentale della fiscalità da parte degli Stati membri per aggirare i limiti previsti dal Trattato.

Negare l'esistenza di una 'competenza nazionale esclusiva' non significa, come si vedrà, intervenire in maniera cieca a tutela della concorrenza, ignorando la funzione costituzionale dello strumento fiscale. Al contrario, l'opera della Corte va compresa come un complesso processo di bilanciamento volto a limitare le distorsioni del mercato interno ed al contempo preservare l'esercizio fisiologico della competenza fiscale da parte dei parlamenti nazionali (*infra* sez. 3.3 del presente capitolo). La discrezionalità politica nazionale rimane, come vedremo, piena fintanto che giustificata da ragioni di carattere fiscale "interne" al sistema di riferimento di cui fa parte un determinato tributo. Qualora, invece, il tributo divenga strumento di politica industriale, l'art. 107 TFUE trova applicazione come in ogni altro ambito dell'azione pubblica degli Stati membri.

mercato. Si veda, la Comunicazione della Commissione europea sulla nozione di aiuto ai sensi dell'art. 107 paragrafo 1 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, C/2016/2946.

4.2 Le politiche fiscali degli Stati membri attraverso il prisma della ‘selettività’

L’analisi deve ora soffermarsi sul ruolo concretamente svolto dal controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Si tratta di un’operazione tanto necessaria quanto complessa, attesa l’assenza di indici univoci sulla *ratio* dell’art. 107 TFUE all’interno dei Trattati³⁹ (*supra* sez. 1.2 del capitolo 1).

Il dibattito per quanto concerne la materia fiscale è stato tuttavia dominato dalla prospettiva dei parlamenti nazionali, rispetto ai quali lo scrutinio della Commissione determina un’evidente limitazione nella propria discrezionalità politica⁴⁰. Al contrario, sono stati spesso ignorati i fondamenti concettuali dell’art. 107 TFUE, come dimostra l’accusa di perseguire un’«armonizzazione fiscale impropria» tramite uno strumento fisiologicamente preposto a tutela della concorrenza.

Occorre allora ribadire che la funzione svolta dallo stesso è, in ogni settore, quella di regolare la concorrenza tra Stati ed ordinamenti più che di tutela della concorrenza tra imprese⁴¹. L’applicazione dell’istituto a normative fiscali generali ed ai *tax ruling* non presenta, dunque, profili eccentrici rispetto agli altri ambiti di intervento. Al contrario, il bilanciamento tra autonomia regolamentare degli Stati membri e tutela del mercato interno è la cifra distintiva dell’istituto, a prescindere dal grado di armonizzazione di uno specifico settore.

³⁹ F. DE CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, cit, pp. 31 ss.

Ci si limita qui a richiamare i due orientamenti prevalenti. Da un lato, nel senso che il controllo sugli aiuti di Stato dovrebbe acquisire il rigore metodologico dell’antitrust, P. CROCIANI, *Can State Aid Policy Become more Economic Friendly?* In *World Competition*, 2006, I, pp. 89 ss.;

dall’altro, evidenzia lo stretto legame con la concorrenza tra ordinamenti e la politica del mercato interno, A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: A Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010, pp. 35 ss. J. PIERNAS LOPEZ, *from internal market to competition and beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2014; e, di recente, A. BIONDI, *State aid and free movement*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 87 ss.

⁴⁰ Tale prospettiva, non errata in termini assoluti, appare semplicistica in quanto trascura la strutturale complessità della materia tributaria e l’impatto di questa sui delicati equilibri del mercato interno. A ben vedere, la rivendicazione di uno spazio di deliberazione politica incontrastato a livello nazionale confligge irrimediabilmente con la realtà, ossia con l’appartenenza degli Stati membri ad uno spazio economico e giuridico fortemente interconnesso. Più utile è valutare, nel merito, in cosa si traduca effettivamente l’applicazione dell’istituto.

⁴¹ Per tutti, A BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: A Return to Orthodoxy*, cit.

Tale funzione di “inquadramento”, indubbiamente complessa in ogni settore di intervento, presenta peculiari difficoltà di carattere tecnico e concettuale in materia fiscale⁴². Ciò discende dalla difficoltà di distinguere l’esercizio legittimo della competenza fiscale nazionale da abusi della stessa, risultanti nella ripartizione asimmetrica di oneri fiscali per finalità estranee alla politica fiscale. Il controllo sugli aiuti di Stato assume, dunque, una funzione analoga ad un “prisma”: uno strumento attraverso cui la singola misura viene scomposta nelle sue diverse componenti per comprenderne la *ratio* e compiere così la necessaria operazione di bilanciamento tra autonomia regolamentare nazionale e tutela della concorrenza.

4.2.1 La nozione di ‘aiuto’ come “concetto oggettivo”

E’ opportuno richiamare ed approfondire quanto detto nel primo capitolo a proposito della funzione del controllo sugli aiuti di Stato. Pur a fronte di una procedura applicativa relativamente lineare⁴³, gli obiettivi ed i limiti applicativi che devono guidare l’azione della Commissione rimangono ambigui⁴⁴. Ciò è dovuto alla vaghezza delle formule utilizzate dalla Corte di giustizia, più attenta a preservare i propri margini

⁴² La stessa scienza economica è disorde in merito ai criteri che permettono di qualificare una diversa modulazione del tributo tra contribuenti quale vantaggio fiscale. Ciò evidentemente si ripercuote sulla stabilità delle categorie giuridiche elaborate e costantemente modificate da parte della Corte di giustizia. Si veda, sul punto OECD, *Tax expenditures in Oecd countries*, 2010, accessibile al link: <https://www.oecd.org/gov/budgeting/taxexpendituresinoecdcountries-oecdpublication.htm>, pp. 12 ss.

⁴³ L’intervento statale nell’economia viene regolato tramite un obbligo di notifica ed un preventivo vaglio di compatibilità della misura posto in essere dalla Commissione. La competenza statale è dunque assoggettata ad oneri procedurali volti a garantire che l’utilizzo di denaro pubblico non si ponga in contrasto con gli obiettivi del Trattato. Si rinvia, per un esame dettagliato della relativa normativa, N. PESARESI – K. VAN DE CASTEELE – L. FLYNN – C. SIATERLI, *Eu competition law – State aid*, Vol. 2, Claves & Casteels, Bruxelles, 2016, cap. 38.

⁴⁴ L’ambito di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato, solo genericamente accennato al par. 1 dell’art. 107 TFUE, è stato oggetto di una costante attività interpretativa da parte delle corti europee. La definizione dei diversi elementi costitutivi della «nozione di aiuto», infatti, ha portato ad una graduale espansione dell’applicazione dell’istituto a settori inizialmente esclusi dall’ambito di applicazione delle norme a tutela della concorrenza. Si pensi, come esempio paradigmatico, al settore dei Servizi di interesse economico generale. Cfr. *funditus*, J. PIERNAS LOPEZ, *The Concept of State Aid under EU Law. From internal market to competition and beyond*, cit., capitolo 9.

di discrezionalità interpretativa che a chiarire i fondamenti concettuali della propria interpretazione⁴⁵.

Da qui il diffuso sospetto che la Commissione europea utilizzi il controllo sugli aiuti di Stato per invadere le competenze nazionali più gelosamente custodite. Lontano dal rigore metodologico gradualmente assunto dallo scrutinio antitrust, l'art. 107(1) TFUE rappresenta per molti un oscuro settore tecnocratico, in cui il principio di legalità dell'azione amministrativa lascia il posto all'effetto utile nella costruzione del mercato interno tramite una "armonizzazione impropria"⁴⁶.

Ebbene, nonostante l'indubbia libertà applicativa ed interpretativa di Commissione e Corte di giustizia, è opinione di chi scrive che l'istituto svolga una funzione precisa nelle dinamiche di integrazione comunitaria. Questo, da un lato, opera come strumento tecnico di regolazione del mercato tramite l'introduzione di standard e parametri innovativi rispetto agli ordinamenti nazionali; dall'altro, in prospettiva marcatamente costituzionale, interviene nei rapporti di concorrenza tra Stati a limitare le distorsioni causate dall'insufficienza di armonizzazione settoriale⁴⁷.

⁴⁵ Ciò è evidenziato dall'ambiguità di due delle formule più frequentemente utilizzate dalla Corte: «la nozione di aiuto è un concetto oggettivo definito direttamente dal Trattato» e «non sono considerati rilevanti né la causa né lo scopo dell'intervento dello Stato, ma solo gli effetti della misura sull'impresa». Dietro il riferimento al carattere «oggettivo» della nozione si cela la riaffermazione del monopolio interpretativo della Corte rispetto alla Commissione ed agli Stati membri sull'art. 107(1) TFUE. La Commissione, infatti, non gode degli ampi margini di discrezionalità a questa invece riconosciuti nella valutazione della compatibilità della misura; gli Stati membri, d'altro canto, non possono validamente eccepire la struttura costituzionale e normativa interna per limitare l'applicazione del controllo sovranazionale. Al contrario, «oggettivo» non significa monolitico o rigido: la creatività interpretativa della Corte ha raggiunto proprio nella nozione di aiuto alcuni dei propri vertici.

In secondo luogo, quanto all'enfasi sull'importanza degli «effetti», la Corte di giustizia ha inteso affermare la prevalenza della sostanza economica rispetto alla forma giuridica impiegata, analogamente a quanto avvenuto in gran parte dei settori interessati dall'integrazione comunitaria. A differenza dell'antitrust, tuttavia, l'applicazione dell'art. 107 TFUE non è subordinata ad una precisa valutazione degli effetti prodotti dalla misura di aiuto sul mercato e sugli operatori economici.

Si veda, *ex multis*, sui profili qui citati, Corte di giustizia del 2 luglio 1974, in causa c. 173/73, *Italia c. Commissione*, ECLI:EU:C:1974:71, punto 27; Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C-487/06P, *British Aggregates Association c. Commissione*, ECLI:EU:C:2008:757, punto 85.

⁴⁶ Cfr. dottrina citata a nt. 1 e, in particolare, R. LYAL, *State aid, tax integration and state sovereignty*, cit., pp. 427 ss.

⁴⁷ Cfr. BIONDI – RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, cit. Di recente, in merito alla funzione supplente dell'istituto nella gestione della crisi economica conseguente alla pandemia COVID-19 in assenza di un'adeguata cornice regolamentare di diritto positivo, A. BIONDI, *Governing the Interregnum: State Aid Rules and the COVID -19 Crisis*, in *Market and competition law review*, 2020, II, 6 ss.

Come già evidenziato, la critica diffusa nel settore della fiscalità sulla presunta “creatività” di Commissione e Corte di giustizia tradisce, dunque, la mancata comprensione dei più basilari principi che governano, in ogni settore, l’applicazione dell’istituto.

Tali profili sono evidenziati dalla nozione di ‘operatore privato in economia di mercato’, parametro utilizzato per valutare la compatibilità con i Trattati delle transazioni commerciali realizzate dallo Stato⁴⁸. Da un lato, sotto il profilo tecnico, il comportamento statale viene sottoposto ad un rigoroso controllo volto a garantire l’utilizzo oculato delle risorse pubbliche e la tutela della concorrenza anche al di fuori del settore armonizzato dalle direttive appalti⁴⁹; dall’altro, in prospettiva costituzionale, l’istituto impedisce che la neutralità dell’ordinamento UE rispetto ai regimi di proprietà pubblica nazionali⁵⁰ possa pregiudicare le altre politiche previste dai Trattati. Analoghe considerazioni potrebbero essere svolte rispetto al ‘test Altmark’ nel settore dei ‘Servizi di interesse economico generale’⁵¹.

L’applicazione del controllo sugli aiuti di Stato al settore fiscale risponde alle medesime logiche. La competenza di parlamenti ed amministrazioni, pur rimanendo nazionale, è fatta oggetto di «inquadramento»⁵² per introdurre negli ordinamenti

⁴⁸ Si veda, di recente, N. ROBINS – L. PUGLISI, *The market economy operator principle: an economic role model for assessing economic advantage*, in *Research Handbook on State aid law*, cit. cap. 2.

⁴⁹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, GU L 94, 28.3.2014, pp. 1 e ss; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, GU L 94, 28.3.2014, p. 65 ss. Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, GU L 94, 28.3.2014, pp. 243 ss.

Si veda di recente, sul rapporto tra aiuti di Stato e disciplina appalti, A. SANCHEZ-GRAELLS, *State aid and EU public procurement: more interactions, fuzzier boundaries*, in *Research Handbook on State aid law*, cit. pp. 329 ss.

⁵⁰ Cfr. art. 325 TFUE.

⁵¹ In tal caso la componente tecnica della regolazione è rappresentata dall’introduzione di stringenti parametri di efficienza nell’assegnazione dell’incarico e determinazione della compensazione dovuta ai prestatori di servizi di interesse economico generale. La componente di bilanciamento costituzionale, invece, risiede nell’introduzione di uno standard minimo comune agli Stati membri pur in assenza di armonizzazione, standard che consente di bilanciare la tutela della concorrenza con la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni, come imposto dall’art. 106(2) TFUE.

⁵² Per tutti, K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International law journal*, 2011, V, pp. 1338 ss.

interni il fisiologico principio di neutralità fiscale e limitare il fenomeno di concorrenza fiscale a ribasso; allo stesso tempo, in prospettiva “costituzionale”, l’art. 107 TFUE garantisce che l’esercizio della competenza fiscale da parte degli Stati membri non si ripercuota negativamente sulla struttura del mercato interno.

4.2.2 Il principio di neutralità fiscale nell’art. 107(1) TFUE

Il parametro tecnico individuato da Commissione e Corte di giustizia per bilanciare autonomia regolamentare nazionale e corretto funzionamento del mercato interno è il principio di neutralità fiscale⁵³. Lo stesso prescrive che il singolo tributo ed il sistema fiscale nel suo complesso siano strutturati in modo tale da non condizionare indebitamente le scelte degli operatori economici nel mercato⁵⁴. La tassazione d’impresa dovrebbe, in questa prospettiva, perseguire per quanto possibile la sola finalità allocativa (*supra* sez. 1.3 del presente capitolo), ripartendo gli oneri tributari su base oggettiva e senza perseguire finalità di carattere extrafiscale. E’ evidente la

⁵³ Si veda, in generale, W. SCHÖN, *Neutrality and Territoriality – competing or converging concepts in EU law?* in *Bulletin for International taxation*, 2015, pp. 271 ss., accessibile su: <https://www.eui.eu/Documents/MWP/ProgramActivities/2017-2018/master-classes/Schoen.pdf>.

D. HASEN, *Tax neutrality and tax amenities*, in *Florida Tax review*, 2012, II, pp. 57 ss.

Il principio di neutralità fiscale non viene in realtà considerato esplicitamente dalla Corte di giustizia, che recentemente sembra enfatizzare la rilevanza del principio di non discriminazione in materia fiscale (*supra* 1.1 del capitolo 2). In realtà, la modalità con cui viene realizzata la comparazione, incentrata sul ruolo dell’impresa quale contribuente all’interno di una determinata cornice tributaria piuttosto che quale impresa in concorrenza sul mercato, spinge ad individuare nel principio di neutralità fiscale la chiave di lettura della giurisprudenza in commento. Nonostante il principio non sia esplicitamente evocato, dunque, la pratica applicazione del test sulla selettività va considerata quale un tentativo di correggere le distorsioni concorrenziali causate dall’utilizzo dello strumento tributario per condizionare i comportamenti posti in essere dalle imprese sul mercato (*supra* capitolo 2 e *infra*).

⁵⁴ Sui fondamenti economici della neutralità fiscale, si veda, D. HASEN, *Tax neutrality and tax amenities*, cit. in Florida pp. 78 - 79 «Such tax-affected decisions are characterized as distortions because they produce less total social wealth than would result in their absence. This conclusion follows if one accepts the assumptions commonly applied to describe the behavior of rational actors in free markets — namely, that they have ordered preferences. that they are free to deploy their resources to satisfy those preferences, and that there are no externalities. In this setting, total social wealth is maximized. Consequently, when decisions are affected by tax-induced changes to relative prices, the resulting arrangements do not maximize total social wealth because individuals have substituted less-efficient outcomes for more-efficient ones as a means to maximize their after-tax welfare. The reduction in total social wealth that arises through these substitution effects is referred to as the deadweight loss, or excess burden, of taxes».

matrice ideologica liberale del principio, ostile agli interventi pubblici volti, anche indirettamente, a condizionare le scelte degli operatori economici sul mercato.

Benché la dottrina economica e la stessa OECD predichino da tempo la necessità che il principio sia applicato negli ordinamenti nazionali, gli Stati membri hanno solo parzialmente recepito tali indicazioni di *policy*⁵⁵. In particolare, appare ancora molto diffuso l'utilizzo della cd. «fiscalità di vantaggio»⁵⁶, evidentemente confligente con tali precetti. Tramite la stessa, infatti, gli Stati influenzano il comportamento di cittadini ed imprese, incentivando o ostacolando determinate azioni tramite la diversa modulazione del tributo⁵⁷. Si tratta di una forma peculiare di imposizione, in cui è predominante la funzione regolamentare su quella allocativa e solidaristica (*supra* sez. 1.3 del presente capitolo) e che rappresenta un'alternativa alla dazione di un sussidio condizionato⁵⁸. Si comprende, dunque, la necessità che tale forma di regolazione sia, per quanto possibile, resa compatibile con la tutela della concorrenza.

Al di là del generale consenso in merito alla necessità di sottoporre a controllo stringente l'utilizzo della fiscalità di vantaggio, rimangono tuttora controversi i caratteri distintivi della stessa ed il necessario bilanciamento rispetto all'utilizzo legittimo delle proprie competenze regolamentari da parte degli Stati membri. Questi profili sono evidenziati dalla stessa OECD, che espressamente riconosce la necessità

⁵⁵ W. SCHÖN, *Neutrality and Territoriality – competing or converging concepts in EU law?*, cit.

⁵⁶ Cfr. OECD, *Tax expenditures in Oecd countries*, cit. pp. 69 ss.

⁵⁷ Da ultimo, quale esempio di fiscalità di vantaggio concessa ai cittadini ed indirettamente alle imprese, si pensi al cd. “bonus fiscale sulle ristrutturazioni verdi”, introdotto dal “decreto rilancio” del 19 maggio 2020 n.34 e trasposto in legge del 17 luglio 2020 n.77. Tramite lo stesso si incentivano i cittadini a compiere opere di efficientamento energetico delle proprie abitazioni dietro la promessa di sgravi fiscali sulla propria imposta dei redditi negli anni di imposta futuri.

⁵⁸ Prendiamo ad esempio la fattispecie in oggetto nel caso *World duty free* (*supra* sez. 3.1 del capitolo 2) relativa alla concessione di trattamenti fiscali favorevoli subordinati al compimento di una precisa operazione economica, potenzialmente realizzabile da qualsiasi operatore. Ebbene, è evidente come la semplice promessa del vantaggio fiscale sia sufficiente a condizionare la scelta dell'impresa in merito alle proprie strategie di mercato. Rinunciare all'operazione significa accollarsi costi fiscali ulteriori rispetto ai concorrenti che hanno seguito l'incentivo pubblico.

Ancora, la stessa concessione di trattamenti fiscali agevolati ad imprese multinazionali tramite *tax ruling* può essere considerata quale deroga al principio in esame. La scelta relativa al luogo in cui investire e stabilire la propria sede, infatti, non viene presa sulla base del «merito economico» del paese; è, di nuovo, la promessa del vantaggio fiscale ad orientare le loro mosse dell'impresa.

di adottare un approccio analitico aperto alle diverse interpretazioni economiche di «vantaggio fiscale»⁵⁹. Inoltre, l'individuazione del limite all'esercizio lecito della competenza fiscale non può ignorare la rilevanza costituzionale della stessa per gli Stati membri.

Alla luce di ciò, si comprende allora la complessità del ruolo svolto dall'art. 107 TFUE, irriducibile a semplicistiche ricostruzioni che lo qualificano quale «strumento di armonizzazione impropria». Piuttosto, il controllo sugli aiuti di Stato conferma la propria essenziale funzione di 'inquadramento' della competenza nazionale, anche in questo caso tramite l'introduzione di un principio tributario innovativo negli ordinamenti nazionali. A ben guardare, si tratta di un compito tanto complesso quanto necessario e l'ambiguità delle statuizioni della Corte, se certo non facilitano il compito dell'interprete, vanno in parte considerate la conseguenza delle oggettive difficoltà concettuali che circondano le ricostruzioni teoriche sulla neutralità fiscale.

4.2.3 La fiscalità di vantaggio nel prisma della 'selettività'

Il test sul 'vantaggio selettivo' è il fulcro del ragionamento giuridico che sostiene il bilanciamento costituzionale più sopra descritto. L'analisi svolge due funzioni complementari: da un lato, serve ad isolare ed identificare le misure fiscali di vantaggio all'interno del sistema tributario nazionale; dall'altro, bilancia tale accertamento con la considerazione di altri obiettivi regolamentari, capaci di legittimare una misura *prima facie* selettiva. La metafora che pare meglio definire tale processo è quella del prisma, ossia uno strumento capace di filtrare e scomporre nelle diverse componenti il fascio di luce che lo attraversa. Analogamente, il test sulla

⁵⁹ OECD, *Tax expenditures in Oecd countries*, cit., pp. 17 ss. A tal proposito va evidenziato come, già dal finire degli anni '90 del secolo scorso, il modello prevalentemente accettato per individuare la fiscalità di vantaggio sia quello del «termine di paragone rispetto ad una tassazione individuata come normale», definizione molto simile a quella impiegata dalla Corte per identificare la selettività delle misure fiscali (*supra* sez. 1.1 del capitolo 2).

selettività distingue le diverse componenti di una misura fiscale così da procedere al più preciso giudizio sulla legittimità della stessa.

I due test di selettività, come già evidenziato, sono quello geografico⁶⁰ e quello materiale⁶¹. Il primo, fondato su un “giudizio di autonomia”⁶², realizza un bilanciamento tra protezione del mercato interno, da un lato, ed identità nazionale dall’altro (*supra* sez. 2.1 del capitolo 2). E’ qui sufficiente evidenziare la natura bifasica del ragionamento seguito dalla Corte: l’introduzione di regimi fiscali differenziati sul territorio nazionale costituisce, in quanto tale, una misura *prima facie* selettiva, in evidente contrasto con il principio di neutralità fiscale⁶³; essa va tuttavia ritenuta compatibile con i Trattati laddove si inserisca in un quadro di effettiva devoluzione di poteri fiscali e di spesa dall’amministrazione centrale a quella periferica.

Più articolato il discorso rispetto alla selettività materiale. In questo caso, l’individuazione della stessa selettività *prima facie* richiede una più attenta ponderazione preliminare, coinvolgente l’intero settore tributario in cui la singola misura si colloca (*supra* sez. 2.2 del capitolo 2). Inoltre, pur rimanendo logicamente distinti, i due passaggi logici dell’accertamento e della giustificazione perdono la propria autonomia all’interno del test e sono considerati simultaneamente da Commissione e Corte di giustizia. La stessa definizione della cornice di riferimento o il processo di comparazione, rispettivamente primo e secondo passaggio del test, sono, in altre parole, realizzati in modo tale da includere valutazioni relative alla stessa autonomia regolamentare residua degli Stati membri⁶⁴.

⁶⁰ La selettività geografica indica l’attitudine della misura a beneficiare solamente le imprese aventi la propria sede in una determinata regione all’interno dello Stato (*supra* sez. 2.1 del capitolo 2).

⁶¹ La selettività materiale, al contrario, identifica misure di vantaggio il cui ambito di applicazione è limitato a determinate imprese o settori merceologici (*supra* 2.2 del capitolo 2)

⁶² Cfr. Corte di giustizia del 6 settembre 2006, in causa C-88/03, *Portogallo e a. c. Commissione*, ECLI:EU:C:2006:511, punti 58 ss.

Solo nei confronti di un’entità territoriale genuinamente dotata di autonomia procedurale, costituzionale e finanziaria è legittimo considerare quale cornice di riferimento il confine substatuale rispetto all’intero territorio dello Stato membro.

⁶³ È evidente che devia l’insediamento delle imprese da una regione all’altra.

⁶⁴ Ciò appare evidente nel caso Corte di giustizia del 8 settembre 2011, in causa C-78/08, *Paint Graphos*, ECLI:EU:C:2011:550, in Raccolta, 2011, I, p. 7611, punti 49 ss. In tal caso, infatti, la volontà di

Rinviando alla prossima sezione l'analisi dettagliata dell'interpretazione della Corte in relazione alle diverse tipologie di tributi, va qui richiamato il ragionamento della Corte in *Paint Graphos*⁶⁵ a conferma dei profili fin qui evidenziati. La misura tributaria in esame prevedeva un'esenzione fiscale per il reddito prodotto dalle società cooperative di produzione e lavoro, in deroga alla normativa generale sul reddito delle società. La Corte, superando il dato formale rappresentato dalla presenza di una deroga dall'imposta generale, ha ritenuto conforme ai Trattati tale normativa, valorizzando la giustificazione sottesa al differente trattamento tributario di società lucrative e società cooperative alla luce del quadro costituzionale comunitario⁶⁶. La nozione di 'aiuto di Stato fiscale', dunque, non coincide con quella di incentivo fiscale, rispetto alla quale si distingue per la piena valorizzazione della cornice costituzionale UE.

garantire l'autonomia regolamentare degli Stati membri è evidenziata già nella definizione della cornice di riferimento. Nonostante le cooperative di produzione e lavoro siano formalmente assoggettate all'imposta generale sulle società, queste non possono essere considerate in posizione analoga alle società lucrative sicché deve escludersi la presenza di un trattamento selettivo rispetto all'esenzione fiscale prevista per i redditi da queste prodotti.

⁶⁵ Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Paint Graphos*, cit.

⁶⁶ *Ibid.*, punti 55-60.

4.3 La fine della ‘sovranità fiscale’ nazionale?

Le pagine che precedono hanno evidenziato le ambiguità ed i malintesi che circondano l’applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Chiariti gli stessi, è ora possibile rispondere alla domanda provocatoriamente posta quale titolo dell’intero capitolo: «l’incisiva applicazione del controllo sugli aiuti di Stato rappresenta la fine della sovranità fiscale nazionale»?

Ebbene, la risposta è «Sì», o meglio «dovrebbe» sul piano delle categorie di indagine. In termini pratici, al contrario, non pare potersi rilevare lo svilimento del ruolo assegnato ai parlamenti nazionali quali depositari della competenza fiscale.

La piena comprensione del ruolo svolto dall’art. 107 TFUE dovrebbe innanzitutto portare gli interpreti ad abbandonare il fuorviante riferimento al concetto di sovranità fiscale nazionale. Nonostante esso rappresenti una categoria consolidata della dottrina giuridica e politica⁶⁷, presenta ambiguità di tale rilevanza da risultare controproducente all’analisi dei fenomeni contemporanei, specialmente in riferimento alle peculiarità dell’ordinamento comunitario. Occorre, allora, che il discorso accademico recepisca l’auspicio della più attenta dottrina in merito alla necessità di comprendere e valorizzare in maniera piena le implicazioni derivanti dall’appartenenza ad spazio giuridico comune⁶⁸.

⁶⁷ La sovranità è stato ed è tuttora una delle principali categorie di indagine nel diritto internazionale ed europeo ma non mancano le posizioni critiche sulla stessa. Cfr. B. S.A. KORFF, *The problem of Sovereignty*, in *The American Political Science Review*, 1923, III, pp. 404 ss.; P. M. BRENNAN, *Against Sovereignty: A Cautionary Note on the Normative Power of the Actual*, in *Notre Dame Law Review*, 2006, pp. 181 ss.; J. PŘIBÁŇ, *Sovereignty in Post-Sovereign Society. A Systems Theory of European Constitutionalism*, Routledge, Abingdon-on-Thames, 2015.

⁶⁸ Si veda, *ex multis*, A. VON BOGDANDY, *National legal scholarship in the Euroepan legal area – a manifesto*, in I • CON, 2012, III, pp. 614–626. Il parametro della sovranità, se non attentamente calibrato, pare confliggere con una ricostruzione fedele dei rapporti tra Stati membri ed istituzioni comunitarie. L’enfasi sulle competenze riservate agli Stati membri discendente dall’utilizzo della categoria, infatti, rischia di oscurare l’importanza della creazione di uno spazio costituzionale condiviso tra Stati ed Unione.

Si veda, sul tema, J. A. GUTIÉRREZ-FONS, K. LENAERTS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU law*, in *Common Market Law Review*, 2010, V, pp. 1629 ss. N. JÄÄSKINEN, *Constitutions in the European Union – Some questions of conflict and convergence*, in *ERA Forum* 2011, pp. 205 ss.

Da ciò discende, sul piano dei concreti rapporti tra parlamenti nazionali ed Istituzioni europee, la necessità analizzare il fenomeno in termini sinergici e non conflittuali. Mentre le assemblee legislative nazionali sono fisiologicamente deputate ad attuare una regolazione fiscale equa, che ripartisca le spese pubbliche sulla base di scelte politiche, il quadro istituzionale europeo deve garantire che tali scelte siano compatibili con gli obiettivi perseguiti dall'Unione, ossia, in ultima analisi, con quanto gli Stati stessi hanno indicato all'interno dei Trattati.

Piuttosto che brandire la sovranità fiscale nazionale quale panacea, gli interpreti dovrebbero piuttosto esaminare il merito e gli obiettivi del complesso fenomeno qui descritto.

4.3.1 «*no taxation without representation*» revisited

L'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato alle normative fiscali generalmente applicabili, ben prima dei *tax ruling*, è il settore in cui il tema della 'sovranità fiscale nazionale' è stato evocato con maggior veemenza⁶⁹. Come più sopra anticipato, la critica rivolta a Commissione e Corte di giustizia è quella di agire in carenza di sufficiente legittimazione in un settore in cui sono necessariamente i parlamenti nazionali i naturali detentori della competenza a legiferare. Ciò discenderebbe dal profondo legame esistente tra imposizione fiscale, legittimazione democratica ed esistenza stessa dello Stato⁷⁰.

Si tratta di una posizione a prima vista convincente, che pare trovare fondamento nella stessa architettura costituzionale degli Stati membri⁷¹. Ad uno sguardo più attento, tuttavia, tale posizione si rivela fallace per almeno due ragioni: in primo luogo, sotto il profilo ordinamentale, l'enfasi sul presunto monopolio dei parlamenti nazionali evidenzia la mancata considerazione delle implicazioni derivanti dall'appartenenza ad un ordinamento giuridico più ampio e complesso di quello

⁶⁹ Cfr. nt. 1

⁷⁰ R. LYAL, *State aid, tax integration and state sovereignty*, cit.

⁷¹ Si veda, sul punto, P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit. cap. 1.

nazionale; in secondo luogo, sotto il profilo valoriale, la tassazione viene esaminata in maniera parziale, tralasciando le implicazioni economiche della stessa rispetto alle imprese.

Quanto al primo profilo, la stessa nascita del costituzionalismo moderno è legata alla formalizzazione dei rapporti tra cittadini, parlamenti ed imposizione fiscale, come evidenziato nella celeberrima formula «*no taxation without representation*»⁷². L'istituto che attualmente meglio rappresenta tale assetto è indubbiamente la riserva di legge⁷³: l'imposizione fiscale è considerata quale limitazione della proprietà privata e, in quanto tale, è compatibile con il dettato costituzionale solo qualora la decisione sull'entità e le modalità del prelievo sia adottata dall'assemblea legislativa, ossia dai rappresentanti degli stessi soggetti tenuti al pagamento dei tributi. Tale ricostruzione determina la natura prevalentemente politica dell'ambito, solo marginalmente interessato dagli interventi giurisdizionali delle Corti costituzionali nazionali⁷⁴.

Ebbene, tale ricostruzione va oggi nettamente riconsiderata alla luce dell'appartenenza all'Unione europea. Come correttamente riconosciuto da autorevole dottrina, deve riconoscersi l'inesistenza di «competenze riservate agli Stati membri»⁷⁵. Il ruolo dei parlamenti, ancora centrale nella materia in esame, non può, quindi, essere considerato esclusivo. La presenza di attori istituzionali ulteriori, le cui decisioni sono destinate a prevalere ed integrare le scelte compiute dai primi, è circostanza fisiologica in ogni settore interessato dall'integrazione comunitaria. La materia fiscale, di cui è stato più sopra evidenziato il carattere composito ed eterogeneo, non fa eccezione a tale principio.

Il secondo elemento di debolezza della prospettiva qui criticamente analizzata è l'utilizzo di una cornice valoriale incompleta. Il monopolio del parlamento si

⁷² Si veda, sul punto, G. DORFMAN, *The founders' legal case: no taxation without representation versus taxation no tyranny*, in *Houston Law Review*, 2007-2008, pp. 1377 ss.;

⁷³ A. BERLIRI, *Appunti sul fondamento e il contenuto dell'art. 23 della Costituzione*, in AA. VV. (a cura di), *Studi per A.D. Giannini*, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 139 ss. A. FEDELE, *La riserva di legge*, in A. Am. atucci (a cura di) *Trattato di diritto tributario*, vol. I, tomo I, CEDAM, Padova, 1994, pp. 157 ss.;

⁷⁴ H. GRIBNAU, General introduction, in G. T.K. MEUSSEN (a cura di), *The principle of equality in European Taxation*, Wolters Kluwer International, 1999, pp. 1 ss.

⁷⁵ Si veda sul punto L. AZOULAI, *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU law as total law?*, cit.

accompagna, infatti, ad una concezione della tassazione bidimensionale, legata alle sole funzioni solidaristica e garantistica più sopra menzionate. In altre parole, il fenomeno tributario viene considerato in quanto strumento di ripartizione delle pubbliche spese tra consociati ed in quanto restrizione dei diritti proprietari dei singoli. In tale prospettiva, il ruolo dell'assemblea legislativa nazionale pare in effetti essere quello più adatto ad intervenire in materia.

Tale ricostruzione appare anche sotto tale profilo inadeguata. La tassazione possiede una terza dimensione che non può essere ignorata: essa rappresenta una delle principali variabili nell'attività economica delle imprese, tale da incidere profondamente sulle dinamiche concorrenziali del mercato. Benché la dimensione economica del tributo non sia generalmente considerata dalle carte costituzionali nazionali, si tratta di un profilo sotto più aspetti regolato dai Trattati europei⁷⁶.

Allargando la prospettiva al mutato quadro costituzionale conseguente all'integrazione comunitaria, il monopolio dei parlamenti nazionali appare allora ancor meno giustificato. Il circuito politico nazionale è infatti palesemente inadeguato a garantire che le esigenze legate al corretto funzionamento del mercato interno siano effettivamente considerate. Come si è cercato di dimostrare nei capitoli precedenti, l'integrazione negativa è dunque lo strumento tramite cui gli Stati membri sono costretti a «pensare in maniera federale»⁷⁷.

In conclusione, l'applicazione dell'art. 107 TFUE alle normative tributarie generali, lungi dal poter essere considerato un attentato alla 'sovranità fiscale nazionale', va piuttosto considerato come uno strumento necessario a rendere compatibile l'autonomia regolamentare nazionale con le esigenze derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Come si vedrà tra breve, il processo non determina la cieca prevalenza di obiettivi tecnocratici sulla volontà popolare: al contrario, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sempre tentato di contemperare

⁷⁶ Si veda, *ex multis*, F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una costituzione fiscale europea*, CEDAM, Padova, pp. 407 ss.

⁷⁷ K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: perspectives from the European Court of Justice*, cit.

le legittime esigenze regolamentari nazionali con quelle del mercato interno (*infra* sez. 3.3 del presente capitolo).

4.3.2 La concorrenza fiscale al ribasso quale principale limite all'autonomia regolamentare degli Stati membri

I *tax ruling* e, più in generale, i rapporti tributari *cross-border* delle imprese multinazionali sono i settori più recentemente interessati dall'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato. L'attività della Commissione ha riportato il tema della sovranità fiscale nazionale al centro del dibattito politico ed accademico con posizioni da subito molto polarizzate. Lo scenario entro cui si inserisce l'applicazione dell'art. 107 TFUE è quello del contrasto ai fenomeni di concorrenza fiscale a ribasso e pianificazione fiscale aggressiva⁷⁸, temi divenuti centrali nell'agenda politica europea a seguito dello scandalo *Luxleaks*⁷⁹.

Tale settore si distingue dalle normative tributarie generali sotto diversi profili. In primo luogo, il potere oggetto di scrutinio è quello dell'amministrazione nazionale e non quello del parlamento; in secondo luogo, i fenomeni si caratterizzano per la dimensione marcatamente internazionale e le valutazioni tecnico-giuridiche sono influenzate da evidenti interferenze di carattere politico e dalle relazioni industriali tra Stati membri, Unione e mercato mondiale⁸⁰.

La presunta violazione della sovranità fiscale nazionale si configurerebbe, secondo le opinioni più critiche, per via dello sviamento di potere associato all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato per combattere il fenomeno di concorrenza fiscale a ribasso. L'istituto sarebbe, in tale prospettiva, utilizzato per

⁷⁸ A. P. DOURADO, *Aggressive tax planning and harmful tax competition*, in *Research Handbook on European Union Taxation Law*, cit., pp. 309 ss.

⁷⁹ Si veda, per uno studio recente sullo scandalo ed un inquadramento più generale sul fenomeno, A. COBHAM- P. JANSKÝ, *Estimating Illicit Financial Flows: A Critical Guide to the Data, Methodologies, and Findings*, Oxford University Press, Oxford, 2020, parte I.

⁸⁰ F. PEPE, *'Concorrenza fiscale dannosa' e tax rulings*, in *Federalismi*, 28 febbraio 2018.

realizzare un'opera di «armonizzazione impropria», alterando la funzione dello stesso, restrittivamente considerata quale controllo anti-sussidi⁸¹.

Ebbene, tale posizione presta il fianco a critiche anche più nette di quanto visto in relazione alle normative fiscali di applicazione generale. Innanzitutto, come visto più sopra, la funzione concretamente assunta dallo strumento non è solo di presidio della concorrenza microeconomia tra imprese ma si inserisce tra i formanti costituzionali dell'ordinamento UE. In secondo luogo, il comportamento statale censurato non si pone solo in contrasto con la tutela del mercato interno ma confligge con i più basilari doveri di solidarietà reciproca tra Stati imposto dall'art. 4(3) TUE. Il vantaggio in termini di investimenti ed occupazione per gli Stati che facilitano le pratiche fiscali elusive si riverbera negativamente su tutti gli altri Stati membri, la cui capacità di introdurre riforme tributarie efficaci viene erosa.

Alla luce di quanto evidenziato, la relazione tra controllo sugli aiuti di Stato e sovranità fiscale va ribaltata. Lo strumento, impedendo ad alcuni Stati di agevolare la pianificazione fiscale delle imprese multinazionali, rafforza la capacità di tutti gli altri di esercitare in maniera equa ed efficace la propria competenza fiscale. A ben vedere, l'applicazione dell'art. 107 TFUE quale strumento di contrasto alla concorrenza fiscale a ribasso, rafforza il potere dei parlamenti nazionali di esercitare il proprio mandato in assenza di indebiti condizionamenti derivanti dall'influenza delle multinazionali⁸².

4.3.3 La costruzione di una fiscalità condivisa tra Stati membri ed Unione

Le criticità insite nella ricostruzione tradizionale fin qui evidenziate inducono ad adottare una prospettiva di indagine più adeguata. Occorre cioè analizzare i fenomeni in esame alla luce dell'ambizione “federale” che caratterizza l'ordinamento UE. In particolare, è essenziale leggere la prassi decisionale della Commissione e la

⁸¹ *supra* sez. 2.1 del presente capitolo

⁸² Sia concesso il rinvio a R. FEDERICO, *aiuti di Stato e concorrenza fiscale tra Stati: la crisi della sovranità nazionale durante l'emergenza COVID-19*, cit.

giurisprudenza della Corte di giustizia quali strumenti finalizzati alla creazione di una “fiscalità europea”.

Non si tratta di un processo unilaterale, in cui le scelte democratiche dei parlamenti nazionali o i fisiologici margini di discrezionalità rimessi alle amministrazioni fiscali vengono superati da scelte tecnocratiche. L’analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia mostra, al contrario, la volontà di preservare fisiologici margini di scelta a livello nazionale, sanzionando solo le decisioni palesemente in contrasto con un modello fiscale compatibile con la cornice dei Trattati. Come più volte rilevato nelle pagine precedenti, la critica principale che può essere mossa alla Corte di giustizia è certamente quella di scarsa trasparenza argomentativa, che costringe l’interprete ad una defatigante operazione ricostruttiva. Ciò, tuttavia, non va sovrapposto al tema dell’effettivo rispetto della competenza fiscale nazionale, nella prassi pienamente rispettata dalla Corte.

A riprova di ciò, sono qui di seguito analizzati i paradigmi tributari conati dalla giurisprudenza comunitaria già presentati nei capitoli 2 e 3. Come si vedrà, pur a fronte di bilanciamenti costituzionali differenti tra autonomia regolamentare nazionale e necessità del mercato interno, è costante l’attenzione della Corte a garantire che le essenziali funzioni solidaristiche e allocative delle normative fiscali nazionali non siano compromesse.

Normative tributarie generali a prevalente funzione allocativa

La categoria ricomprende normative nazionali eterogenee quanto a struttura e presupposti impositivi quali imposte sul reddito, proprietà e fatturato⁸³. Queste sono

⁸³ Quali esempi della prima categoria vanno richiamate le sentenze Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Paint Graphos*, cit., relativa all’esenzione dell’imposta italiana sulle società per le società cooperative di produzione e lavoro; Corte di giustizia del 15 novembre 2011, in Cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, *Commissione e a. c. Governo di Gibilterra e a.*, in Raccolta, 2011, I, 11113, ECLI:EU:C:2011:732, avente ad oggetto la riforma dell’imposta sul reddito delle società a Gibilterra, fondata su criteri palesemente volti ad agevolare le società *off-shore*; Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, *Commissione c. World Duty Free Group ea.*, cit., avente ad oggetto l’introduzione all’interno dell’imposta sulle società spagnola di una procedura di ammortamento accelerato per le imprese che avessero acquistato pacchetti azionari di società con sede in altri Stati membri;

tuttavia accomunate dalla prevalente vocazione allocativa e dalla centralità del principio di capacità contributiva: si tratta, cioè, di tributi la cui funzione negli ordinamenti nazionali è quella di reperire risorse per il finanziamento delle pubbliche spese, e di farlo sulla base della forza economica dei soggetti passivi del tributo (*supra* sez. 2.1 del capitolo 2).

L'applicazione dell'art. 107 TFUE a tali normative intende assicurare che la diversa modulazione degli oneri tributari tra imprese contribuenti discenda dalla maggiore o minore presenza di capacità economica delle stesse, coerentemente con il relativo presupposto impositivo. Inoltre, anche misure apparentemente non rispondenti a tali parametri, ossia *prima facie* selettive, esulano dall'applicazione della normativa qualora trovino giustificazione nella struttura stessa del sistema fiscale e siano proporzionate alle necessità dello stesso⁸⁴. Al contrario, sono sanzionate scelte eccentriche rispetto alla struttura generale dell'imposta, non giustificabili se non nell'ottica di incentivare un certo comportamento usando lo strumento tributario in maniera strumentale⁸⁵.

Quanto agli esempi di normative fiscali relative ad imposte connesse al possesso od al trasferimento di proprietà, possono essere richiamate Corte di giustizia del 9 ottobre 2014, in causa C-522/13, *Ministerio de Defensa e Navantia*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2014:2262, relativa all'esenzione dall'imposta spagnola sul possesso di beni immobili accordata ad enti pubblici, anche laddove gli stessi svolgano attività economica; Corte di giustizia del 6 novembre 2018, in cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:873, relativa all'esenzione da ICI e IMU accordata dallo Stato italiano alla chiesa cattolica anche per edifici adibiti allo svolgimento di attività economiche; Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, in causa C-374/17, *Finanzamt B c. A- Brauerei*, relativa all'esenzione dall'imposta sul trasferimento della proprietà se l'operazione è posta in essere tra società facenti parte del medesimo gruppo.

Infine, quanto alle imposte sul fatturato, vanno richiamati i procedimenti, tutt'ora pendenti, relativi alle imposte polacche ed ungheresi relative alla pubblicità, alla vendita al dettaglio e sul tabacco (*supra* sez. 3.4 del capitolo 2).

⁸⁴ Si veda sul punto, Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Paint Graphos*, cit., punti 69 – 70, «Si deve altresì ricordare che una misura in deroga rispetto all'applicazione del sistema tributario generale può essere giustificata qualora tale misura discenda direttamente dai principi informatori o basilari di tale sistema tributario. In proposito occorre distinguere tra, da un lato, gli obiettivi che persegue un determinato regime tributario e che sono ad esso esterni e, dall'altro, i meccanismi inerenti al sistema tributario stesso, che sono necessari per il raggiungimento di tali obiettivi. Di conseguenza, esenzioni fiscali che fossero riconducibili a uno scopo estraneo al sistema impositivo in cui si collocano non possono sottrarsi alle esigenze derivanti dall'art. 87, n. 1, CE».

⁸⁵ Oltre al caso *World duty free*, citato *infra*, ciò è avvenuto nel noto caso sulla riforma dell'imposta sulle società di *Gibilterra*, cit. in cui l'introduzione di un regime agevolato per le società con poco

Rinviando al capitolo 2 per l'esame dettagliato dell'applicazione del test in tre fasi a tali normative, è sufficiente qui rimarcare l'utilizzo non rigoroso da parte della Corte dei diversi passaggi, a favore di un approccio sostanzialistico volto ad assicurare l'inquadramento della competenza fiscale nazionale⁸⁶.

Nonostante la carenza argomentativa, il bilanciamento effettuato dalla Corte non pare criticabile sotto il profilo concettuale. L'ampliamento della nozione di misura selettiva effettuato nel caso *World duty free* non altera i principi fin qui evidenziati. L'espansione della nozione di aiuto, infatti, non restringe la capacità degli Stati di introdurre misure solidaristiche tramite lo strumento fiscale. Come evidenziato nel caso *Paint Graphos* (supra sez. 2.2.1 del capitolo 2), qualora, il differente trattamento tra operatori trovi ragione in differenti indici di forza economica, la Corte ha sempre riconosciuto legittimi margini di discrezionalità alle scelte nazionali⁸⁷.

I recenti casi polacchi ed ungheresi evidenziano, al contrario, una notevole, forse eccessiva, deferenza della Corte verso normative tributarie in cui i profili di politica industriale sono sapientemente intersecati a quelli di carattere fiscale (*supra* sez. 3.3 del capitolo 2).

Normative relative al finanziamento dei servizi pubblici o di accesso alle infrastrutture

Le normative ricomprese nella categoria in esame regolamentano gli oneri imposti alle imprese quale contropartita per la fruizione di servizi pubblici o per l'accesso alle

personale e senza beni immobili rispondeva palesemente alla finalità extrafiscale di attirare sul territorio dello Stato le imprese off-shore.

⁸⁶ Cfr. *Ibid.*, la Corte ritiene infatti compatibile con l'art. 107 TFUE la normativa italiana a favore delle cooperative prima per probabile assenza di comparabilità, comunque rimesso al giudice nazionale, o in alternativa, perché la misura troverebbe giustificazione negli obiettivi generali che sorreggono il sistema di riferimento. I due passaggi sono a ben vedere alternativi e non dovrebbero essere sovrapponibili; ancora, si consideri il caso Corte di giustizia del 29 marzo 2012, in causa C-417/10, *Ministero delle Finanze (3M Italia)*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2012:184, in cui la Corte ha ritenuto non comparabili le imprese aventi un contenzioso tributario pendente da più di dieci anni con l'agenzia delle entrate italiana rispetto agli altri contribuenti. Autorevole dottrina ha in proposito evidenziato come sarebbe stato più corretto considerare la relativa esenzione come giustificazione piuttosto che come assenza di comparabilità, A. BIONDI, *State aid is falling down, falling down: An analysis of the case law on the notion of aid*, in *Common Market Law Review*, 2013, VI, pp. 1719 ss.

⁸⁷ Si vedano, come esempi, Corte di giustizia del 8 settembre 2011, *Paint Graphos*, cit., e Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, *Finanzamt B c. A- Brauerei*, cit.

infrastrutture⁸⁸. Nonostante l'appartenenza delle stesse al più ampio settore tributario, è evidente la diversità concettuale rispetto alla categoria precedentemente richiamata: il prelievo fiscale in questo caso prescinde dalla forza economica del soggetto ed è sotto più profili assimilabile ad un corrispettivo di diritto comune⁸⁹ (*supra* sez. 3.2 del capitolo 2).

L'applicazione dell'art. 107 TFUE a tale settore è stata tradizionalmente rigida. La tendenziale incompatibilità di finalità redistributive o solidaristiche nei rapporti tra imprese, infatti, riduce molto la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri, che difficilmente possono modulare gli oneri sulle imprese in maniera asimmetrica. Benché manchi una chiara casistica giurisprudenziale sul punto, deve ritenersi che siano giustificate differenziazioni basate sulla frequenza di utilizzo del servizio o dell'infrastruttura. Ancora, analogamente alle normative a vocazione allocativa, anche differenziazioni *prima facie* selettive, devono considerarsi giustificate se introdotte al fine di garantire il funzionamento del servizio stesso.

Il bilanciamento effettuato dalla Corte non pare, anche in questo caso, prestarsi a rilievi critici. Sono gli stessi principi generali dell'ordinamento comunitario ad imporre di minimizzare le distorsioni nell'accesso a servizi ed infrastrutture

⁸⁸ Si veda, quali esempi di tale modello fiscale, Corte di giustizia del 20 novembre 2003, in causa C-126/01, *GEMO*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), 2003, I, pp. 13769 ss., ECLI:EU:C:2003:622 relativamente ai servizi di smaltimento di carcasse animali in Francia, servizio obbligatorio ma gratuito per i produttori e finanziato tramite un tributo imposto ai rivenditori finali; Corte di giustizia del 17 novembre 2009, in causa C-169/08, Presidente del Consiglio dei Ministri (porti sardi), in Raccolta, 2009, I, pp. 10821, ECLI:EU:C:2009:709, relativa all'introduzione di una tassa portuale per i soli operatori di aeromobili ed unità di diporto aventi sede fiscale al di fuori del territorio regionale; Corte di giustizia del 30 giugno 2016, in causa C-270/15P, *Belgio c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:489, avente ad oggetto la normativa belga relativa a test obbligatori per la messa in commercio di prodotti animali; mentre tali test erano soggetti a contribuzione obbligatoria per la maggior parte dei produttori, venivano esentati dalla contribuzione i produttori di carne bovina. Corte di giustizia del 21 dicembre 2016, in causa C-524/14P, *Commissione c. Hansestadt Lübeck e a.*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2016:971, avente ad oggetto i diritti aeroportuali dell'aeroporto di Lubecca, determinati in maniera inferiore rispetto a quelli degli altri aeroporti tedeschi.

⁸⁹ La categoria nazionale corrispondente a tale tipo di tributo è la "tassa". L'analogia rispetto ai corrispettivi di diritto privato è evidente nelle fattispecie più comuni di tasse: tasse scolastiche, tasse di raccolta e smaltimento dei rifiuti, tasse sulle concessioni. E' spesso ambigua la stessa distinzione tra le stesse e i corrispettivi di diritto comune. Si veda, in generale, sul punto, C. SACCHETTO, voce 'Tassa', in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano, 1992.

pubbliche⁹⁰. E' evidente che qualora lo Stato fosse in grado di modulare a proprio piacimento l'onere economico tra gli operatori economici, ciò realizzerebbe contestualmente un indebito vantaggio concorrenziale. Né pare sostenibile la necessità di una deroga al principio concorrenziale sulla base dell'art. 106(2) TFUE per quanto concerne i servizi pubblici. La parziale deroga prevista nel Trattato è giustificata solo in relazione alla necessità di garantire prestazioni e standard di welfare appropriati ai cittadini⁹¹, circostanza evidentemente assente in relazione alle imprese.

I tributi a prevalente funzione regolamentare

Le normative rientranti in tale categoria si caratterizzano per l'utilizzo dei moduli procedimentali tipici del settore tributario, che vengono tuttavia esplicitamente orientati al perseguimento di obiettivi extrafiscali. Gli esempi più diffusi tra gli Stati membri sono certamente i tributi ambientali, la cui finalità è quella di disincentivare i comportamenti più inquinanti da parte delle imprese⁹². L'irrilevanza della capacità contributiva nella determinazione della prestazione patrimoniale imposta rende la categoria del tutto eccentrica negli ordinamenti interni, tanto che la dottrina ha avanzato dubbi della sua legittimità costituzionale⁹³.

L'applicazione dell'art. 107 TFUE a tale settore, analogamente a quanto visto rispetto alle categorie già analizzate, intende temperare l'esercizio della competenza regolamentare in mano agli Stati membri con la tutela della concorrenza tra imprese contribuenti. L'utilizzo regolamentare dei tributi non viene, dunque, aprioristicamente escluso ma se ne impone un utilizzo coerente per evitare indebiti

⁹⁰si veda, *ex multis*, Corte di giustizia del 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), punto 64.

⁹¹ Si veda, in generale, D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, parte II.

⁹² Si veda, in generale, L. HANCHER – F. SALERNO, *State Aid in the Energy Sector*, in E. SZYSZCZAK (a cura di), *Research Handbook on European State Aid Law*, Elgar, Cheltenham, 2012, capitol 11. Si veda, inoltre, l'intero volume *European State aid law quarterly*, 2017, I, dedicato specificamente all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato al settore della tassazione ambientale.

⁹³ Si veda, *ex multis*, R. ALFANO, *Tributi ambientali. Profili interni ed europei*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 51 ss.

vantaggi a favore di alcuni operatori. A tal fine, il discrimine di misure legittime ed illegittime si fonda sulla differenza tra obiettivi intrinseci ed estrinseci al tributo. E', cioè, possibile modulare diversamente il trattamento fiscale degli operatori solo qualora la differenza discenda logicamente dall'obiettivo perseguito dal regime in questione. Al contrario, obiettivi "esterni" al regime non possono giustificare una deroga al principio di parità di trattamento⁹⁴.

Se i presupposti teorici su cui si fonda il bilanciamento rimesso alla Corte di giustizia paiono corretti e condivisibili, ben meno lineare si rivela la pratica applicazione degli stessi alle fattispecie concrete. In particolare, lo scrutinio appare particolarmente problematico laddove le normative perseguano più di un obiettivo legittimo o nel caso in cui obiettivi fiscali ed extrafiscali siano sapientemente intersecati, come visto in relazione alle recenti misure polacche ed ungheresi. La Corte ha preferito, ad oggi, adottare un atteggiamento cauto e deferente verso gli Stati membri ma si tratta di una posizione che andrà necessariamente riconsiderata qualora si diffondessero tentativi degli Stati membri di aggirare il controllo sugli aiuti di Stato tramite normative sempre più elaborate.

Discrezionalità amministrativa nei rapporti internazionali

L'ultima categoria di analisi tramite cui è possibile apprezzare l'opera di bilanciamento svolta da Commissione e Corte di giustizia è quella dell'esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione finanziaria nei rapporti tributari

⁹⁴ Quali esempi di tali paradigmi regolamentari, si può richiamare Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C- 487/06 P, *British Aggregates c. Commissione*, in Raccolta 2008, I, p. 10515 ss., ECLI:EU:C:2008:757, avente ad oggetto il tributo introdotto dal Regno unito sull'estrazione di determinati materiali vergini da costruzione. Corte di giustizia del 8 settembre 2011, C-279/08 P, *Commissione c. Paesi bassi*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2011:551, relativa alla graduazione dei diritti di emissione sulla base della grandezza delle imprese considerate. Corte di giustizia del 4 giugno 2015, in causa C-5/14, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:354, relativa all'introduzione di un tributo ambientale sulla sola produzione di energia elettrica da fonti nucleari. Corte di giustizia del 26 aprile 2018, in causa C-236/16, *ANGED*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:291, avente ad oggetto un tributo sull'utilizzo di grandi superfici commerciali volto a preservare l'ordinato sviluppo urbanistico del territorio.

internazionali. La complessità delle relazioni economiche intessute dalle multinazionali ha reso necessario l'utilizzo di strumenti più flessibili nella determinazione dell'imposta dovuta, grazie, appunto, al trasferimento di una fisiologica discrezionalità alle amministrazioni fiscali affinché queste determinino in maniera presuntiva il reddito imponibile. Nella prassi, tuttavia, tale discrezionalità è stata utilizzata quale strumento di concorrenza a ribasso, a danno della solidità fiscale di tutti gli altri Stati membri (v. *supra* 3).

Il ruolo che assumerà precisamente l'art. 107 TFUE è ancora difficile da determinare visto che la maggior parte dei procedimenti sono tuttora pendenti di fronte alla Corte di giustizia⁹⁵. Ad oggi, le pronunce del Tribunale hanno fortemente ridimensionato la ricostruzione proposta dalla Commissione, riducendo il controllo sugli aiuti di Stato ad un mero scrutinio sulla corretta applicazione della normativa interna. Le decisioni della Commissione si erano spinte più avanti, imponendo all'amministrazione non solo la diligente applicazione degli strumenti antielusivi ma la stessa sostanziale disapplicazione delle normative interne qualora queste siano palesemente volte all'agevolazione di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva⁹⁶.

Nonostante si tratti del settore in cui più veemente è stata la critica all'operato della Commissione per la presunta violazione della sovranità nazionale, come più sopra anticipato, è opinione di chi scrive che l'azione di contrasto portata avanti dalla Commissione sia necessaria e per certi versi insufficiente, nell'interpretazione offerta dal Tribunale. Solo una lettura formalista ed anacronistica di «sovranità» può spingere a difendere la libertà degli Stati di agevolare le pratiche elusive poste in essere dalle imprese multinazionali. Sarebbe, in tale prospettiva, necessario che la stessa Corte di giustizia stigmatizzasse tali comportamenti non solo in quanto contrari alla concorrenza ma in violazione dei più elementari doveri di solidarietà reciproca imposti dall'art. 4(3) TUE.

⁹⁵ Si rinvia, per gli aggiornamenti sugli stessi, alla pagina web della Commissione europea a ciò dedicata, https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html.

⁹⁶ Si veda, *ex multis*, S. DALY, *The power to get it wrong*, in *Law Quarterly Review*, 2021, pp. 137 ss.

Capitolo 5. Per un nuovo equilibrio tra “interesse dell’Unione” e tutela dei singoli nel controllo sugli aiuti di Stato fiscali

Sommario. 5.1 [Lo Stato che tassa – lo Stato che agevola: il deterioramento del rapporto tributario nazionale nel processo di integrazione UE](#); 5.1.1 Il ruolo della Commissione e dei giudici nazionali nel controllo sugli aiuti di Stato; 5.1.2 Oltre il primato: la difficile interazione tra art. 107 TFUE e normativa tributaria domestica; 5.1.3 Prime riflessioni critiche sulla dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato fiscali.

5.2 [«Lo chiede l’Europa!» o la necessaria riforma del recupero degli ‘aiuti fiscali’](#)

5.2.1 Il recupero dell’aiuto di Stato ed i suoi limiti; 5.2.2 Il principio di certezza del diritto nel controllo sugli aiuti di Stato fiscali: le ricadute negative per gli operatori economici; 5.2.3 ... e per lo sviluppo coerente della politica fiscale dell’Unione; 5.2.4 La prima proposta di riforma: l’interpretazione estensiva dei principi generali del diritto nel recupero degli ‘aiuti fiscali’.

5.3 [Il ruolo dei concorrenti nell’efficace applicazione del controllo sugli ‘aiuti fiscali’](#); 5.3.1 Il diritto ad una concorrenza non falsata da aiuti di Stato illegali; 5.3.2 I concorrenti di fronte alle corti UE; 5.3.3 I limiti all’utilizzo del rinvio pregiudiziale interpretativo; 5.3.4 ... ed alle azioni di risarcimento del danno cagionato dallo Stato membro; 5.3.5 La seconda proposta di riforma: la tutela del mercato interno passa attraverso la tutela giurisdizionale effettiva dei concorrenti.

La dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato rappresenta uno dei profili più controversi dell’istituto¹. La nota funzionalizzazione della giurisprudenza della

¹ Si veda, in generale, E. RIGHINI – F. TOMAT, *State aid procedures*, in L. HANCER – J.J. PIERNAS LÓPEZ (a cura di), *Research Handbook on European State Aid Law*, Elgar, Cheltenham, 2021 pp. 249 ss.; D. GRESPLAN – A. PERLIN - L. ROSSI, Capitolo 38 - *Commission Procedures*, in N. PESARESI, K. VAN DE CASTEELE, L. FLYNN, C. SIATERLI, *EU Competition Law, Volume 5, State Aid, Second Edition*, capitoli 36-40, pp. 1387 ss.

In senso critico, A.S. GRAELLS, *Digging itself out of the hole: A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalise State aid enforcement after the crisis*, in *Journal of Antitrust enforcement*, 2016, I, pp.157-187; J. LEVER, *EU State aid law: not a pretty sight*, in *European State aid Law Quarterly*, 2013, XII, pp. 5 ss. M. MEROLA, *Rimedi per violazione delle norme sugli aiuti di Stato: misure repressive e di ripristino. Diritto positivo (post-modernizzazione) e scenari di riforma*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 301 ess.; E. RIGHINI, *Godot is Here: recovery as an effective State aid remedy*, in *EC State Aid Law. Le Droit des Aides d'Etat dans la CE. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer International Law, Alphen Aan Den Rijn, 2008, pp. 265 ss.

Corte di giustizia, unita ad una cornice normativa eccentrica² e fortemente orientata all'effettività del recupero dell'aiuto incompatibile, determina, infatti, la compressione della sfera giuridica dei privati e notevoli difficoltà interpretative per le corti nazionali³.

Tali criticità sono massimamente evidenti nel settore tributario. Da un lato, le statuizioni della Corte si caratterizzano ancora per estrema ambiguità⁴, profilo particolarmente grave, considerata la centralità della tassazione nella vita economica delle imprese⁵ (*infra sez. 2 del presente capitolo*); dall'altro, la rilevanza minima del

² Nota D. CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, 2012, pp. 31, richiamando M. CINI – L. MCGOWAN, *Competition Policy in the European Union*, 1998, Mcmillian, Basingstoke, p. 135, che il controllo sugli aiuti di Stato è la più peculiare delle politiche dell'Unione, tanto per i principi che informano l'interpretazione della Corte che per la cornice applicativa.

³ M KÖHLER, *Private enforcement of State aid law – Problems of guaranteeing EU rights by means of national procedural law*, in *European State aid Law Quarterly*, 2012 (11), II, pp. 369-387.

Si tratta, peraltro, di problematiche risalenti, fin da subito evidenziate dalla dottrina, M. ROSS, *State aids and national courts: Definitions and other problems – A case of premature emancipation?*, in *Common Market Law Review*, 2000 (37), pp. 401-423.

Con particolare riferimento al principio del giudicato, si veda, il commento di A. BIONDI alla sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, su *Common Market Law Review*, 2008, V, pp. 1459 ss. Inoltre, di recente, sia consentito il rinvio a R. FEDERICO, *Lucchini Revisited: When Judgements Harm Competition*, in *European State aid Law Quarterly*, 2021, I, pp. 144-149, in cui si sostiene che il superamento del giudicato nazionale ed il conseguente indebolimento della tutela giurisdizionale dei singoli dovrebbe trovare contemperamento in un'interpretazione più rigorosa della nozione di aiuto da parte della Corte di giustizia.

⁴ E' sufficiente richiamare i numerosi annullamenti per errata interpretazione dell'art. 107 TFUE che hanno colpito le decisioni della Commissione in materia. Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa C-596/19P, *Commissione c. Ungheria*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:C:2021:202; Tribunale dell'Unione europea del 15 luglio 2020, in cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione ('Apple')*, ECLI:EU:T:2020:338; Tribunale dell'Unione europea del 12 maggio 2021, in cause riunite T- 816/17 e T-318/18, *Lussembrugo c. Commissione e Amazon c. Commissione ('Amazon')*, ECLI:EU:T:2021:252.

O ancora, l'opinione critica di molti avvocati generali, per tutti, le Conclusioni del 19 settembre 2018 dell'Avvocato Generale Saugmandsgaard Øe, in causa C-374/17, *A-Brauerei*, ECLI:EU:C:2018:741.

In senso critico, sulla complessità della giurisprudenza della Corte, si veda, J. L. BUENDÍA SIERRA, *Finding Selectivity or the Art of Comparison*, in *European State aid Law Quarterly*, 2018, I, pp. 85-92; A. GIRAUD – S. PETIT, *Spanish Fiscal Aid Cases: the Good, the Bad and the Unclear*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015 p. 295-300.

⁵ È sufficiente richiamare sul punto le raccomandazioni in vista del G20 di di IMF e OECD, 'Tax certainty', documento accessibile su: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/tax-certainty-report-oecd-imf-report-g20-finance-ministers-march-2017.pdf>, che evidenzia l'impatto fortemente negativo dell'incertezza normativa in materia fiscale su commercio ed investimenti delle imprese.

La certezza del diritto in materia tributaria non è peraltro rilevante unicamente in prospettiva economica, essendo uno dei pilastri su cui si fonda il rapporto tra pubblici poteri e privati. Non a caso, il rapporto tributario è sovente oggetto di disposizioni di rango costituzionale negli ordinamenti interni, oltre che di una crescente attenzione da parte delle Corti sovranazionali. Si veda, per una panoramica delle

*private enforcement*⁶ e le limitazioni specifiche del rinvio pregiudiziale nel contenzioso tributario⁷ attenuano l'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuta ai concorrenti e, al contempo, la capacità dell'istituto di penetrare negli ordinamenti nazionali (*infra* 5.3 del presente capitolo).

All'origine di tali problematiche c'è una scelta – più o meno consapevole – di politica del diritto: attribuire ai singoli il costo economico e giuridico del conflitto tra Stati membri ed Unione in materia di armonizzazione fiscale. L'effetto congiunto dell'interpretazione evolutiva della nozione di aiuto di Stato⁸, necessaria a inseguire la “creatività” degli Stati membri, e di quella restrittiva in tema di deroghe al recupero

disposizioni costituzionali, H. GRIBNAU, *General introduction*, in G. T.K. MEUSSEN (a cura di), *The Principle of Equality in European Taxation*, Wolters Kluwer International, Alphen Aan Den Rijn, 1999. Quanto alla cornice sovranazionale, si rinvia a F. BILANCIA – A. CARATTA – A. ODDI – L. DEL FEDERICO – P. PUOTI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana*, Giappichelli, Torino, 2014.

⁶ Si vedano, per un inquadramento generale, C. SCHEPISI, voce ‘*Il private enforcement dell’art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale*’, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 599 ss. e F. PASTOR-MECHANTE, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart, Cheltenham, 2017, pp. 55 ss.

Per una analisi comparata del private enforcement in materia antitrust e di aiuti di Stato, si veda C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 126 ss.

Per una ricognizione delle pronunce più rilevanti dei giudici nazionali, si veda F. CAPOTORTI – E. COLOMBO – G. GRECO – M. GUIDI – E. LATORRE – C. MORO, *Aiuti di Stato. Raccolta di giurisprudenza nazionale in materia di aiuti di Stato*, Eurojus, 2021, accessibile su: <http://libreria.eurojus.it/prodotto/aiuti-di-stato-raccolta-di-giurisprudenza-nazionale-in-materia-di-aiuti-di-stato/>.

⁷ Anticipando quanto verrà analizzato più in dettaglio *infra* 5.3.3, secondo la giurisprudenza *Air Liquide* (Corte di giustizia, 15 giugno 2006, in cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium SA*, in Raccolta, 2006, I, p. 05293, ECLI:EU:C:2006:403, punti 40 - 46), il rinvio pregiudiziale proposto all'interno di una controversia nazionale in cui il contribuente richiede l'estensione di uno sgravio fiscale concesso al concorrente è inammissibile perché in violazione del principio di riduzione al massimo degli aiuti di Stato. Infatti, non potendo il giudice nazionale procedere alla concessione dello stesso, la pronuncia della Corte di giustizia si rivelerebbe priva di utilità per il giudizio *a quo*. Si tratta di una declinazione della risalente giurisprudenza *Banks* (Corte di giustizia, 20 settembre 2001, in causa C-390/98, *H.J. Banks & Co. Ltd*, in Raccolta, 2001, I, pp. 6117, ECLI:EU:C:2001:456, punto 80), che ha temperato l'obbligo in capo al giudice nazionale di tutelare il concorrente, proibendo l'estensione generalizzata dell'aiuto, in quanto ciò amplierebbe gli effetti distorsivi del sussidio.

Si veda, inoltre, sui limiti alla possibilità di agire per ottenere il rimborso di tributi facenti parte di un regime di aiuti, C. SCHEPISI, *La legittimazione ad agire per il rimborso di oneri fiscali versati in esecuzione di aiuti illegali*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 251 ss.

⁸ Si fa ovviamente riferimento alla prospettiva di A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, Oxford University Press, Oxford, capitolo 26.

dell'aiuto⁹, è quello di ridurre le garanzie sostanziali e procedurali riconosciute ai contribuenti dall'ordinamento interno. Inoltre, lo scarso utilizzo del *private enforcement* affievolisce l'effettività della tutela giurisdizionale dei concorrenti lesi dagli aiuti illegali¹⁰, garantendo l'impunità agli Stati per i danni cagionati dalla violazione del Trattato¹¹.

Si tratta di una scelta opinabile, che guarda alla politica degli aiuti di Stato unicamente nella prospettiva di tutela del mercato interno, trascurando in larga misura l'impatto dell'istituto sulla posizione dei singoli. Il presente capitolo cerca di dimostrare come sia possibile, senza alterare la cornice normativa di diritto primario e derivato, giungere ad una soluzione interpretativa più equilibrata, che valorizzi il ruolo degli artt. 107-109 TFUE, divenuti strumenti di ingegneria costituzionale dell'ordinamento UE¹² (*supra* sez. 1.2 del capitolo 1). Si propone di far ciò attraverso due proposte di riforma, tra loro connesse (*infra* sez. 2.3 e 3.4 del presente capitolo), tramite cui trasferire dai beneficiari agli Stati membri, veri autori della violazione, il peso economico derivante dall'inadempimento degli obblighi sanciti nei Trattati.

⁹ Cfr. di recente, Corte di giustizia del 4 marzo 2020, in causa C-586/18P, *Buonotourist c. Commissione*, in Raccolta digitale, Raccolta generale, ECLI:EU:C:2020:152, punti 90-97.

¹⁰ F. PASTOR-MECHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 86 ss.

Evidenzia la carenza dell'attuale struttura del *private enforcement* anche C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, II, pp.126 ss.

¹¹ Così M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, p. 304, citando J. LEVER, *The EC State aid regime: the need for reform*, in A. BIONDI – P. EECKHOUT – J. FLYNN, *The law of State aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, «La concessione di un aiuto legale ed incompatibile è stata addirittura definite come una situazione “win – win”, nel senso che sarebbe rischioso per le imprese ricevere un aiuto illegale (...) più di quanto non sia pregiudizievole per gli Stati membri, ai quali la norma del Trattato è diretta, disporre l'assegnazione del suddetto aiuto».

¹² Si veda, per tutti, F. DE CECCO, *State aid and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 15 - 21.

5.1 Lo Stato che tassa – lo Stato che agevola: il deterioramento del rapporto tributario nazionale nel processo di integrazione UE

L'ordinamento UE guarda al fenomeno tributario in prospettiva economica¹³, valutando l'idoneità di una normativa tributaria nazionale a limitare la libera circolazione di imprese e fattori produttivi¹⁴ o ad alterare le condizioni di concorrenza sul mercato¹⁵. Si tratta, evidentemente, di una dimensione distante da quella domestica, incentrata sul finanziamento delle pubbliche spese tramite un'equa ripartizione degli oneri tra i consociati¹⁶ (*funditus* capitolo 4, sez. 1).

L'assenza di coordinamento tra le due cornici normative influisce negativamente sulla coerenza dei sistemi tributari degli Stati membri, riducendo, di conseguenza, la capacità degli operatori economici di prevedere il trattamento fiscale riservato alla propria attività di impresa¹⁷.

¹³ Si veda, in generale, sulla prospettiva UE in materia di tassazione L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea. Contributo allo studio dalla prospettiva italiana*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 11 e dottrina ivi cit.; K. LENAERTS – L. BERNARDEU, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, pp. 19 ss.; P. J. WATTEL, *Taxation in the Internal market*, in P. KOUTRAKOS – J. SNELL (a cura di), *Research Handbook on the Law of the EU's Internal Market*, Elgar, Cheltenham, 2017, capitolo 15.

Si tratta, a ben vedere, della logica conseguenza della struttura dei Trattati, che non considerano la fiscalità in maniera autonoma bensì in quanto fenomeno da regolare per il corretto funzionamento del mercato interno.

¹⁴ In generale, sulla giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, M. ORLANDI, *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2018, capitolo 3, pp. 75 ss.; F. VANISTENDAEL, *The functioning of fundamental freedoms and tax neutrality in the internal market*, pp. 142 ss., in H.J.I. PANAYI – W. HASLEHNER – E. TRAVERSA (a cura di), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 142 ss.

¹⁵ Si fa evidentemente riferimento al ruolo del controllo sugli aiuti di Stato in relazione alla competenza fiscale nazionale. Sul punto si rinvia alle considerazioni svolte nel capitolo 4.

¹⁶ Sul punto, si veda E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Giuffrè, Milano, 2006, capi I, II, IX; F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Il Mulino, Bologna, 2009; H. GRIBNAU, *Op. ult. cit.*

¹⁷ Sul punto, R. SZUDOCZKY, *The relationship between primary, secondary and national law*, in *Research Handbook on European Union Taxation Law*, cit., pp. 93 ss.

Si veda, inoltre, J. MALHERBE – P. MALHERBE – I. RICHELLE – E. TRAVERSA, *The impact of the rulings of the European Court of Justice in the area of direct taxation*, studio per il Parlamento europeo, IP/A/ECON/ST/ 2010- 18, p. 105, punto 233 «Nevertheless, the coin has another side which is uncertainty about the exact scope of application of those freedoms and unpredictability concerning the outcome of cases pending before the Court. Moreover, the Court always decides on the basis of an individual situation: the judgment depends thus on the facts that are presented before it and the only way to be sure that a similar but not identical situation will warrant the same decision is often to submit another question to the Court».

Tali criticità sono massimamente evidenti nell'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato, in conseguenza dell'ampia interpretazione di 'vantaggio selettivo'¹⁸ e della scarsa rilevanza riconosciuta ai diritti dei singoli operatori all'interno della cornice procedurale dell'istituto¹⁹.

5.1.1 Il ruolo della Commissione e dei giudici nazionali nel controllo sugli aiuti di Stato

Il controllo sugli aiuti di Stato, analogamente alla politica antitrust, trova applicazione tramite due canali paralleli, cd. di *public* e *private enforcement*²⁰. Nonostante l'utilizzo di procedure eterogenee, le due dimensioni mantengono comunque numerosi elementi di contatto, come la possibilità di invocare l'autorità delle decisioni della Commissione

¹⁸ Per una comparazione tra normativa sulle libertà fondamentali e controllo sugli aiuti di Stato, si veda, J. P. WATTEL, *Comparing Criteria: State Aid, Free Movement, Harmful Tax Competition and Market Distorting Disparities*, in I. RICHELLE – E. TRAVERSA (a cura di), *State aid and Business taxation*, Springer, Berlino, 2016, pp. 59 ss.

Come evidenziato nei capitoli 2 e 3 del presente lavoro, la conseguenza dell'interpretazione estensiva della nozione di aiuto di Stato fiscale è la potenziale incompatibilità con i Trattati di ogni differenziazione di trattamento tra contribuenti che non sia riconducibile alla struttura del sistema tributario nazionale.

¹⁹ Il bilanciamento effettuato dalla Corte è, infatti, limitato alla dimensione «macroscopica» del fenomeno, considerando l'autonomia regolamentare nazionale, da un lato, e la tutela del mercato interno, dall'altro. Al contrario, l'impatto dell'istituto sulla situazione dei singoli, siano essi beneficiari o loro concorrenti, rimane un profilo grandemente trascurato dalla giurisprudenza UE.

²⁰ Per una analisi comparata dei due ambiti, tanto in relazione alla materia antitrust che agli aiuti di Stato, si veda C. SCHEPISI, *Op. ult. cit.*, p. 135, in cui, l'a. nota che a differenza dell'antitrust, «negli aiuti di Stato, il ruolo del giudice nazionale benché concentrato sulla tutela dei diritti dei concorrenti lesi da una misura di aiuto illegittima, rimane funzionale e quasi servente rispetto al *public enforcement*, rappresentando il giudice quasi una *longa manus* della Commissione. In assenza di poteri sanzionatori e coercitivi nei confronti degli Stati membri, l'*enforcement* da parte dei privati dell'art. 108, par. 3 TFUE può infatti – a maggior ragione – rappresentare un utile strumento per indurre gli Stati ad adempiere agli obblighi del Trattato e dissuaderli dalla concessione di aiuti illegali».

di fronte ai giudici nazionali²¹ o di richiedere l'intervento di quest'ultima quale *amicus curiae*²² nei giudizi interni, a tutela dell'interesse comunitario²³.

La procedura di *public enforcement* mira a garantire la compatibilità con il mercato interno dei sussidi cui gli Stati intendono dare attuazione²⁴. Tale obiettivo viene assicurato dall'art. 108(3) TFUE, che prevede obblighi di notifica preventiva e di *stand-still* in capo agli Stati membri, la cui violazione rende gli aiuti 'illeghi'²⁵. Qualora la Commissione venga informata (o scopra di propria iniziativa)²⁶ che lo Stato membro ha trasgredito a tali obblighi, dà avvio alla procedura di indagine, il cui esito può essere tanto l'accertamento dell'inesistenza di un aiuto di Stato o la sua

²¹ Cfr. la bozza di *Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato da parte delle corti nazionali*, punti 104-134.

Per un commento, si veda C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 1 ss.

²² La possibilità di intervento dell'Istituzione è disciplinata dall'art. 29.2 del 'Regolamento di procedura'.

Di recente, il caso più noto di intervento della Commissione è la saga legata agli aiuti di Stato concessi dalla Romania alla società Micula tramite sgravi fiscali. In tal caso, l'intervento della Commissione si è svolto tanto di fronte a giurisdizioni UE che di fronte a Stati terzi che in sede ICSID per tentare di limitare l'esecuzione di un lodo arbitrale considerato in contrasto con il divieto di aiuti di Stato.

Per una ricostruzione della complessa vicenda fattuale e processuale, si veda, K. STRUCKMANN – W. DE CATELLE, *State aid and international investment arbitration: the Micula case – taking stock in an ongoing saga*, in *ERA Forum*, 2021, pp. 101-117.

²³ L'intervento della Commissione può essere tanto autonomo che *ad adiuvandum* ma, in ogni caso, a tutela dell'interesse pubblico comunitario alla tutela della concorrenza. In questo modo, anche di fronte al giudice nazionale, il cui ruolo è quello di tutelare i diritti dei concorrenti danneggiati da aiuti di Stato illegali, la Commissione intende garantire che le soluzioni di tutela prescelte rispettino il principio di effettività e di riduzione al minimo degli aiuti di Stato concessi.

²⁴ Si veda, in generale, sui principi che governano l'analisi della compatibilità della misura, L. HANCER - N. PHEDON, *EU State aid control. Law and Economics*, Wolters Kluwer International, Aalphen Aan Den Rijn, 2016, capitolo 6;

il documento della COMMISSIONE EUROPEA, *Common Principles for an economic assessment of the compatibility of State aid under art. 87(3)*, accessibile su: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_en.pdf.

Per l'analisi dettagliata della cornice di *soft law* relativa ai diversi settori economici in cui il controllo sugli aiuti di Stato trova applicazione, si rinvia a N. PESARESI - K. VAN DE CASTEELE - L. FLYNN - C. SIATERLI, *EU Competition Law, Volume 5, State Aid*, cit.

²⁵ Cfr. art. 1 lett. f) del Regolamento (UE) 2015/1589, cit. Va comunque evidenziato come la valutazione di compatibilità della misura rimanga presupposto necessario per ordinare il recupero, salva la possibilità di ordinare la sospensione o il recupero cautelare della somma già erogata. Si veda, sui presupposti del recupero definiti dalla Corte di giustizia con la giurisprudenza *Boussac* (Corte di giustizia del 14 febbraio 1990, in causa C-301/87, *Repubblica francese c. Commissione*, in Raccolta, 1990 I, p. 307 ECLI:EU:C:1990:67), M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, p. 23 ss.

²⁶ Cfr. art. 12, 24 e 25 del Regolamento (UE) 2015/1589, cit., a proposito di denunce, indagini di mercato o di altri tipi di investigazioni condotte direttamente dall'Istituzione.

compatibilità con il mercato interno, quanto il suo carattere incompatibile. In quest'ultimo caso, nella decisione che conclude la procedura, la Commissione è tenuta ad ordinare allo Stato membro di recuperare l'aiuto, a meno che non sussistano circostanze eccezionali²⁷. L'attuazione del recupero viene poi demandata agli Stati membri tramite le procedure nazionali, in base al principio di autonomia procedurale²⁸.

Il controllo di legittimità sull'attività della Commissione è assicurato dalle Corti UE tramite la procedura di annullamento o l'azione in carenza ex artt. 263 e 265 TFUE²⁹. Inoltre, benché ad oggi mai riconosciuto, il singolo può richiedere il risarcimento del danno per le violazioni commesse dalla Commissione nell'esercizio delle sue funzioni ex art. 340 TFUE³⁰.

Mentre le corti nazionali svolgono un ruolo residuale nell'ambito del *public enforcement*, limitato all'impugnazione dei provvedimenti di recupero dell'aiuto³¹, esse sono gli attori centrali del *private enforcement*³². Ciò avviene, concretamente,

²⁷ Cfr. l'art. 16 del Regolamento (UE) 2015/1589, cit., la disposizione di diritto derivato in cui è stata codificata la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di recupero.

Per una trattazione generale sull'istituto e la sua evoluzione giurisprudenziale si rinvia, per tutti, a M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, pp. 9-116.

²⁸ Si veda, per una disamina del rapporto tra principio di autonomia procedurale ed effetto utile del recupero, M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, pp. 40 ss.

Si veda, inoltre, sull'attuazione del recupero, la *Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, 2019/C, 247/01.

²⁹ Si veda, in generale, sulla tutela giurisdizionale di fronte alle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato, D. GRESPIAN – A. PELIN, *Challenges to Commission decisions*, in *EU Competition law. State aid*, cit.

In materia fiscale vi sono alcune peculiarità in tema di legittimazione, a causa del carattere generale della normativa nazionale oggetto di scrutinio da parte della Commissione. A tal proposito, occorre ricordare l'importanza del caso *Montessori*, in cui la Corte di giustizia, confermando l'interpretazione del Tribunale, ha confermato l'applicazione del terzo periodo dell'art. 263(4) TFUE - «atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione» - al ricorso dei concorrenti che intendano contestare la legittimità di una decisione avente ad oggetto una misura nazionale avente carattere generale.

³⁰ Si veda, sul punto, D. GALLO, *Op. ult. cit.* e A. CIRCOLO, di recente, *Gli aiuti di Stato nel settore bancario e l'affaire Tercas: quando finisce la discrezionalità e quando inizia la responsabilità*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 187 ss. A conferma di quanto evidenziato dalla dottrina, si veda, Tribunale del 30 giugno 2021, in causa T-635/19, *Fondazione Cassa di Risparmio di Pesaro e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:2021:394.

³¹ Si veda, sul punto, V. DI BUCCI, *Gli atti di recupero di aiuti illegali e il contenzioso davanti ai giudici nazionali*, in A. DI PIETRO – A. MONDINI (a cura di), *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 95 ss.

³² In più occasioni la Corte di giustizia ha evidenziato come queste abbiano un ruolo autonomo ma complementare rispetto alla Commissione ed alla Corte di giustizia, ossia tutelare i diritti dei concorrenti

tramite i ricorsi volti ad ottenere la sospensione o il recupero cautelare dell'aiuto, previo accertamento del suo carattere illegale³³. Inoltre, le stesse corti sono competenti a pronunciarsi in materia di risarcimento dei danni nei confronti dello Stato sulla base della giurisprudenza *Francovich* e *Factortame*³⁴ dal momento che l'obbligo di notifica costituisce pacificamente una «violazione grave e manifesta di una disposizione volta a tutelare i diritti dei singoli»³⁵ (*infra* sez. 3.4 del presente capitolo).

5.1.2 Oltre il primato: la difficile interazione tra art. 107 TFUE e normativa tributaria domestica

La cornice procedurale appena descritta è il veicolo tramite cui la politica di concorrenza interagisce con gli ordinamenti tributari interni.

Il processo di integrazione non sembra trovare ostacoli di carattere normativo, attesa l'assenza, secondo la miglior dottrina, di principi qualificabili come 'controlimiti' nel settore in esame³⁶. Né risultano, ad oggi, tentativi delle Corti

in attesa che la Commissione si pronunci sulla compatibilità dell'aiuto. Cfr. Corte di giustizia del 26 ottobre 2016, in causa C-590/14 P, *DEI e Commissione c. Alouminion tis Ellados*, ECLI:EU:C:2016:797, punto 101.

Cfr. la bozza di Comunicazione sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, cit., punto 72 «i giudici nazionali possono adottare diversi tipi di provvedimenti, a seconda della situazione. Possono decidere, ad esempio, di sospendere o di porre fine all'attuazione della misura di aiuto, ordinare il recupero delle somme già erogate o adottare diverse misure provvisorie per salvaguardare in altro modo gli interessi delle parti interessate. Infine, può essere chiesto loro di pronunciarsi sul risarcimento dei danni subiti da terzi in conseguenza dell'attuazione illegale dell'aiuto di Stato».

³³ Il *private enforcement* del controllo sugli aiuti di Stato si fonda sull'effetto diretto riconosciuto al par. 3 dell'art. 108 TFUE. Per una disamina completa dei compiti rimessi ai giudici nazionali, si veda la bozza di *Comunicazione della Commissione europea sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato da parte delle corti nazionali*, in corso di pubblicazione, accessibile su: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_sa_enforcement_notice/enforcement_notice_en.pdf, considerando 12 ss. Sulla relazione tra recupero cautelare dell'aiuto e risarcimento del danno, si veda D. GALLO, *Aiuti di Stato e risarcimento del danno*, in *Eurojus*, 2019, 3, pp. 79 ss.

³⁴ Per una panoramica sui presupposti dell'azione e le difficoltà processuali che ancora minano concretamente l'effettività dell'azione, si rinvia a D. GALLO, *Op. ult. cit.* e C. SCHEPISI, *Op. ult. cit.*

³⁵ *Ex multis*, si veda Sentenza della Corte di giustizia del 21 novembre 1991, in causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e altri c. Francia*, in Raccolta, 1991, I, p. 05505, ECLI:EU:C:1991:440, punti da 12 a 14; sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, in causa C-199/06 *CELF e Ministre de la Culture et de la Communication*, in Raccolta, 2008, I, p. 469, ECLI:EU:C:2008:79, punto 38.

³⁶ In tal senso, F. GALLO, *Il diritto tributario italiano in Europa: coerenza o resilienza?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2019, VI, pp. 973 ss.

costituzionali di stigmatizzare il superamento delle competenze da parte della Commissione o della Corte di giustizia ai sensi della dottrina *ultra vires*³⁷. Infine, quanto al limite interno ai Trattati dell'identità nazionale³⁸, è sufficiente richiamare il caso *Azzorre*³⁹ già analizzato (*supra* sez. 2.1 del capitolo 2), in cui la Corte di giustizia ha sapientemente disinnescato il possibile conflitto inter-ordinamentale tramite l'introduzione di una deroga all'applicazione dell'art. 107 TFUE nel caso in cui gli Stati adottino forme genuine di federalismo fiscale⁴⁰.

Le difficoltà sono, piuttosto, di natura pratica, considerata l'incertezza derivante dalla complessa giurisprudenza della Corte di giustizia ed il mancato coordinamento tra l'art. 107 TFUE e le normative tributarie domestiche.

E' bene sottolineare come la diversità tra obiettivi, principi e procedure dell'ordinamento sovranazionale rispetto a quelli degli Stati membri produca un certo grado di frizione in ogni ambito dell'integrazione giuridica UE⁴¹. Proprio al fine di attenuare tale profilo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha coniato l'istituto dei

³⁷ In generale, sul punto, P. CRAIG, *The ECJ and ultra vires action: A conceptual analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, II, p. 395 ss.

³⁸ Sul punto, si veda, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4 par. 2 TUE*, 2017, Editoriale scientifica, Napoli, p. 64 «si ritiene che l'art. 4, par. 2, TUE non sia una norma posta a presidio di talune competenze nazionali, quanto, piuttosto, nell'ottica *intra vires* di cui si è detto, un'espressione della medesima logica che ispira l'art. 5, par. 3, TUE sul principio di sussidiarietà e che — nella prospettiva delle istituzioni — impone di rispettare, quanto meno, la struttura fondamentale e le funzioni essenziali dei singoli Stati membri, da cui, in ultima istanza, trae legittimazione l'Unione».

³⁹ Corte di giustizia del 6 settembre 2006, in causa C-88/03, *Portogallo c. Commissione*, in *Raccolta* 2006, I, p. 7115, ECLI:EU:C:2006:511.

⁴⁰ Richiamando la classificazione proposta in dottrina da G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea. Natura e portata dell'art. 4 par. 2 TUE*, cit., pp. 74 ss., si tratterebbe di una applicazione (implicita) dell'art. 4(2) TUE da parte della Corte per derogare alla rigida applicazione del diritto UE al fine di preservare la ripartizione di competenza interna ad uno Stato membro (cfr., in particolare, pp. 100 ss.).

⁴¹ Così S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 19, a proposito della ratio della giurisprudenza relativa ai principi generali, «le ragioni che hanno spinto la Corte di giustizia ad elaborare i principi generali vengono tradizionalmente ravviste nella cd. incompletezza del sistema europeo (...) Da tale circostanza scaturisce la necessità che la natura settoriale e talvolta altamente tecnica delle singole norme non si ponga quale limite all'unitarietà del sistema giuridico». Citando A. TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto civile*, 1991, I, p. 516 e P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Lussemburgo, 1960, p. 120, l'autore evidenzia quindi l'importanza dei principi generali per l'interpretazione sistematica nell'ordinamento UE.

principi generali del diritto⁴², tra cui si annoverano la tutela dei diritti fondamentali⁴³, il principio di certezza del diritto e quello del legittimo affidamento⁴⁴. L'effettiva rilevanza degli stessi, tuttavia, va apprezzata considerando l'interpretazione datane della Corte di giustizia caso per caso⁴⁵. A tal proposito, è emblematica la loro limitata applicazione in relazione all'art. 107 TFUE, tanto da essere stata spesso portata ad esempio dalla dottrina⁴⁶.

In conclusione, la frizione tra gli ordinamenti tributari domestici e le pronunce della Corte di giustizia non si manifesta sul piano giuridico – formale, in relazione ai limiti esterni ed interni ai Trattati alla prevalenza ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione negli Stati membri. Piuttosto, si tratta di un'oggettiva eterogeneità di prospettive regolamentari sul medesimo fenomeno, in cui la prevalenza del diritto UE in forza del primato travolge principi e categorie tributarie nazionali, a discapito della coerenza generale del sistema e della tutela dei singoli di fronte allo Stato-impositore.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Si veda sul punto, C. AMALFITANO, *General principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Elgar, Cambridge, 2018, capitoli 2 e 3; K. LENAERTS – J. GUTIERREZ-FONS, *The Place of the Charter in the EU Constitutional Edifice*, in S. PEERS – T. HERVEY, J. KENNER – A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Cambridge, 2014, parte II, pp. 1559.

⁴⁴ Secondo la ricostruzione della Corte di giustizia, il principio di legittimo affidamento è un corollario del più ampio principio di certezza del diritto, parallelamente al principio di irretroattività e tutela dei diritti quesiti. Si veda, sul punto, S. BASTIANON, *Op. ult. cit.*, pp. 55 ss.; J. VAN MEERBECK, *The Principle of Legal Certainty in the Case Law of the European Court of Justice: From Certainty to Trust*, in *European Law Review*, 2016, pp. 275 ss., p. 280.

⁴⁵ M. BACCI, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea e degli Stati membri*, in *diritto privato europeo*, giugno 2015, accessibile su: <http://www.masterdirittoprivatoeuropeo.it/wpcontent/uploads/2015/06/MASSIMO-BACCI.pdf>, pp. 16 ss. nota che «il numero dei casi in cui la sua lesione è stata concretamente riconosciuta dal Tribunale e dalla Corte di Giustizia sia inversamente proporzionale al numero di casi in cui lo stesso principio è stato invocato».

⁴⁶ *Ex multis*, S. BASTIANON, *Op. ult. cit.*, p. 126; A. GIRAUD, *A study of the notion of legitimate expectations in State aid recovery proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here"?*, in *Common Market Law Review*, 2008 (45), pp. 1399–1431; L. L. GORMSEN, *Has the Commission taken too big a bite of the Apple?*, in *European Papers*, 2016, III, pp. 1337 – 1144; M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, pp. 71 ss.

5.1.3 Prime riflessioni critiche sulla dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato fiscali

Le problematiche legate alla dimensione applicativa del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale riguardano, come anticipato, tanto l'effettività della tutela riconosciuta ai singoli che la capacità dell'istituto di penetrare negli ordinamenti nazionali.

Quanto al primo profilo, il carattere ambiguo della giurisprudenza della Corte consente alla Commissione di esercitare efficacemente il proprio scrutinio, contrastando "l'inventiva"⁴⁷ degli Stati membri in materia tributaria. Ciò, tuttavia, rende estremamente complesso per gli operatori economici determinare con sicurezza il proprio comportamento sul mercato, rimanendo esposti al pericolo di recupero delle somme ottenute per dieci anni dalla concessione⁴⁸.

Inoltre, la volontà di assicurare l'effetto utile della politica di concorrenza ha spinto la Corte di giustizia ad interpretare restrittivamente la tutela dei diritti fondamentali⁴⁹ e degli altri principi generali del diritto in materia di aiuti di Stato. In particolare, quanto ai principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento, la

⁴⁷ Cfr. A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015, Oxford University Press, Oxford, p. 680.

⁴⁸ Cfr. art. 17 del Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU L 248, 24.9.2015, pp. 9–29.

Inoltre, la *Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, 2019/C, 247/01, considerando 106, prevede un trattamento particolarmente severo dei beneficiari, cui non è concesso di usufruire di trattamenti fiscali alternativi ipotetici, di cui l'impresa avrebbe potuto giovare se fosse stata consapevole dell'illegittimità dello sgravio fiscale applicato.

⁴⁹ In senso critico, L. TICHY – P. J. PIPKOVÀ, *State Aid and Fundamental Human Rights: State Aid Procedure and Procedural Fairness – A Contribution to the Right to Participate Debate*, 2014, 9th ASCOLA conference on procedural fairness in competition proceedings, accessibile su: https://www.ascola-conference-2014.wz.uw.edu.pl/conference_papers/Tichy_Pipkova_State_aid.pdf.

Si veda, sul punto, Tribunale del 9 dicembre 2014, in causa T-140/13, *Netherlands Maritime Technology Association c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2014:1029, punto 60 «The applicant's reference to the Charter of Fundamental Rights does not alter that finding. The Charter is not intended to alter the nature of the review of State aid established by the FEU Treaty or to confer on third parties a right of scrutiny which Article 108 TFEU does not provide».

giurisprudenza li riconosce in ipotesi assolutamente eccezionali⁵⁰, sottolineando come un imprenditore diligente ed avveduto non possa confidare sulla legittimità del comportamento statale in caso di aiuti non notificati⁵¹ (*infra* sez. 2.2 del presente capitolo).

La conseguenza di tali profili è che la stabilità dei singoli rapporti tributari viene messa in discussione, contravvenendo ad una delle principali raccomandazioni che la Commissione stessa e l'OECD costantemente rivolgono agli Stati membri quanto all'importanza di una tassazione semplice e comprensibile per gli operatori economici⁵². Tali effetti negativi sono ancor più rilevanti se si considera la concorrenza delle imprese situate al di fuori dell'Unione europea. Queste non solo possono contare su una maggior stabilità dei rapporti tributari ma spesso si giovano di trattamenti fiscali di vantaggio, ritenuti leciti per la normativa interna e la cornice WTO⁵³. A tal

⁵⁰ Cfr. la *Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, cit., considerando 35.

⁵¹ *Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, cit., considerando 41, «(...) il beneficiario dell'aiuto non può nutrire un legittimo affidamento sulla legalità della concessione dell'aiuto salvo in circostanze eccezionali. Infatti, un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che l'aiuto sia stato debitamente autorizzato dalla Commissione. Questo principio si applica anche alle piccole imprese».

⁵² Cfr. nt. 5 per quanto riguarda le raccomandazioni OECD.

Rispetto alla Commissione europea, Si vedano, COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per un modello di Codice del contribuente europeo*, 2016, accessibile su: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/guidelines_for_a_model_for_a_european_taxpayers_code_it.pdf e ancora, più di recente, ID, *Comunicazione al Parlamento europeo ed al Consiglio sulla buona governance fiscale dell'Ue*, COM(2020) 313 final, e, con particolare riferimento alla tassazione indiretta, ID, *Action plan for a fair and simple taxation supporting the recovery strategy*, COM(2020) 312 final.

⁵³ Si veda, sul punto, T. KAYE, *Corporate Blackmail: State Tax Incentives in the United States*, in A. RUST – C. MICHEAU (a cura di), *State aid and Tax Law*, Kluwer International Law, Alphen Aan den Rijn, 2013, p. 13.

In tale prospettiva, va accolta positivamente la Proposta di regolamento sui sussidi esteri distorsivi della concorrenza nel mercato interno, del 5 maggio 2021, COM(2021) 223 final, tramite la quale le Istituzioni europee intendono contrastare l'alterazione della concorrenza derivante dall'indebito vantaggio di cui godono le imprese estere che ricevono sussidi pubblici in paesi terzi ed entrano nel mercato interno. In particolare, il Regolamento introdurrebbe un meccanismo di notifica preventiva obbligatoria in caso di partecipazione ad appalti o concentrazioni sopra una certa soglia, oltre che il potere della Commissione di compiere indagini ed eventualmente ordinare misure compensative per ridurre la distorsione concorrenziale.

proposito, lo stesso TCA⁵⁴, recentemente concluso tra Regno Unito ed Unione europea, prevede che i sussidi concessi da un atto del Parlamento - categoria in cui certamente ricadono gli aiuti di Stato fiscali - non siano soggetti ad ordine di recupero⁵⁵.

In conclusione, l'effetto combinato di tali profili è il trasferimento delle conseguenze negative derivanti dell'*impasse* politica UE in materia di fiscalità diretta sui singoli operatori economici, spesso ignari beneficiari di aiuti di Stato fiscali.

In secondo luogo, quanto all'effettiva penetrazione dei principi affermati dalla Corte negli ordinamenti interni, l'inesistenza di un chiaro confine alla nozione di aiuto di Stato fiscale⁵⁶ rende l'istituto difficilmente applicabile dalle corti nazionali e offre, paradossalmente, numerosi spiragli agli Stati membri che intendano aggirare la normativa in commento, come recentemente avvenuto rispetto alle normative introdotte da Ungheria e Polonia⁵⁷ (*supra* capitolo 3, sez. 3.4). A ciò va aggiunto che i concorrenti offrono ancora un contributo residuale all'applicazione della politica in esame, a differenza del settore antitrust, in cui il *private enforcement* ha acquisito importanza centrale nel garantire l'effettivo rispetto dei principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte⁵⁸.

La gravità delle problematiche qui descritte induce a ripensare l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale, rimodulando gli effetti negativi

⁵⁴ Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e la Comunità europea dell'energia atomica, da una parte, e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord, dall'altra ('TCA'), ST/5198/2021/INIT, GU L 149, 30.4.2021, p. 10.

⁵⁵ Cfr. Art. 373(5) TCA «Ai fini del presente articolo non è necessario il recupero della sovvenzione concessa in base a una legge emanata dal Parlamento del Regno Unito, a un atto del Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea o a un atto del Consiglio dell'Unione europea».

Si veda sul punto, A. BIONDI, *The new chapter on subsidies regulation in the eu-uk tca: Some first impressions*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2021, I, pp. 173 ss.

⁵⁶ J. L. BUENDIA SIERRA, *Finding Selectivity or the art of comparison*, in *European State aid law Quarterly*, 2018, I, pp. 85 ss.

⁵⁷ Si veda, in senso critico, P. NICOLAIDES, *Has an Economic Myth Become a Legal Fact? The Case of Turnover Taxes*, in *State Aid uncovered*, blog post del 17 marzo 2020, <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/has-an-economic-myth-become-a-legal-fact-the-case-of-turnover-taxes/>.

⁵⁸ Si veda, per un inquadramento sulla ratio del *private enforcement*, F. CASOLARI, commento all'art. 1, in P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1-14.

dell'istituto in modo tale da assicurare che questo sia davvero dissuasivo nei confronti degli Stati membri ma non leda irragionevolmente i diritti dei singoli.

5.2 «Lo chiede l'Europa!» o la necessaria riforma del recupero degli 'aiuti fiscali'

L'effetto dirompente del recupero sul patrimonio dei beneficiari è uno dei profili più problematici del controllo sugli aiuti di Stato. Nonostante la violazione del Trattato sia commessa dallo Stato membro, le conseguenze economiche pregiudizievoli ricadono sull'impresa, chiamata a restituire quanto ottenuto, maggiorato di interessi⁵⁹. Ciò si giustifica tradizionalmente in virtù del carattere indebito del supporto pubblico ricevuto⁶⁰, che non avrebbe dovuto essere percepito fin dal principio⁶¹.

In ambito tributario, la tensione tra la procedura di recupero ed i diritti degli operatori economici è ancor più netta in virtù dello status di contribuente dell'impresa beneficiaria, che vede grandemente diminuite le proprie garanzie sostanziali e procedurali rispetto a quanto previsto dall'ordinamento nazionale⁶². Il recupero

⁵⁹ Si veda l'art. 16.1 e 2 del 'Regolamento di procedura' «Nel caso di decisioni negative relative a casi di aiuti illegali la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario (...). All'aiuto da recuperare ai sensi di una decisione di recupero si aggiungono gli interessi calcolati in base a un tasso adeguato stabilito dalla Commissione».

⁶⁰ A tal proposito è opportuno richiamare anche la distinzione, prevista dal diritto primario e derivato, tra aiuti nuovi ed aiuti esistenti. Il recupero è previsto soltanto per gli «aiuti nuovi», gli unici rispetto ai quali sussiste l'inadempimento all'obbligo di notifica imposto dal Trattato. Per gli aiuti esistenti è possibile solo disporre la soppressione del regime *pro futuro*.

Ai sensi dell'art. 1 lett. b) del Regolamento (UE) 2015/1589, cit. per «aiuti esistenti» si intende:

i) (...) tutti i regimi di aiuti e gli aiuti individuali ai quali è stata data esecuzione prima dell'entrata in vigore del TFUE e che sono ancora applicabili dopo tale entrata in vigore;

ii) gli aiuti autorizzati (...);

iii) gli aiuti che si presumono autorizzati (...);

iv) gli aiuti considerati aiuti esistenti ai sensi dell'articolo 17 del presente regolamento;

v) gli aiuti considerati aiuti esistenti in quanto può essere dimostrato che al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato interno e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro (...);

⁶¹ Cfr. *ex multis* Corte di giustizia del 17 giugno 1999, in causa C-75/97, *Belgio c. Commissione* («Maribel bis/ter»), in Raccolta, 1999 I, p. 3671, ECLI:EU:C:1999:311, punto 65.

Il recupero, di conseguenza, è qualificato come provvedimento di carattere meramente ripristinatorio e non sanzionatorio.

⁶² Sul punto, L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, cit., pp. 201 – 212.

Per una panoramica dei principi su cui si fonda la tutela del contribuente negli ordinamenti degli Stati membri, si veda, COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per un modello di Codice del contribuente europeo*, cit., p. 8, a proposito di «legittimità e certezza del diritto», la Commissione europea espressamente sottolinea la necessità che il contribuente possa attendersi di: «pagare le imposte soltanto

dell'aiuto, infatti, si traduce in una maggiorazione *ex post* del tributo dovuto, effettuata tramite un atto amministrativo e limitatamente censurabile dal beneficiario, dal momento che, tranne nel caso dei *tax ruling*, l'intera procedura si svolge unicamente in contraddittorio tra la Commissione e lo Stato membro⁶³.

La compressione dei diritti del beneficio - contribuente è, come accennato, strettamente connessa alla lettura restrittiva dei principi generali del diritto, l'unico limite al recupero dell'aiuto⁶⁴. L'interpretazione "minima" degli stessi da parte della Corte di giustizia garantisce indubbiamente la massima effettività del *public enforcement* ma determina l'affievolimento della tutela dei singoli e inasprisce la tensione con gli ordinamenti tributari domestici. Infatti, il bilanciamento tra tutela della

ove richiesto dalla legge; che la legge sia applicata in modo ragionevole e coerente; che lo scopo delle leggi, delle regole e delle procedure fiscali sia dichiarato apertamente».

Ancora, più recentemente, nella *Comunicazione della Commissione 'business taxation for the 21st century'*, COM(2021) 251 final, del 18 maggio 2021, la Commissione sottolinea l'importanza di creare un ambiente legale più semplice per le imprese che operano su più mercati nazionali, riducendo gli ostacoli creati dalla complessità normativa di più ordinamenti.

⁶³ Cfr., di recente, Corte di giustizia del 4 marzo 2021, in causa C-362/19 P, *Commissione c. Football club Barcelona*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:169, punto 65 «è costante giurisprudenza che, nel caso specifico di un regime di aiuti, la Commissione può limitarsi a studiare le caratteristiche del regime in questione per valutare, nella motivazione della sua decisione, se, in base alle modalità previste da tale regime, esso assicuri un vantaggio ai beneficiari rispetto ai loro concorrenti e sia tale da giovare a imprese che partecipano agli scambi tra Stati membri. Dunque, la Commissione, in una decisione riguardante un simile regime, non è tenuta a compiere un'analisi degli aiuti concessi in ogni singolo caso sulla base di un tale regime. È solo nella fase del recupero degli aiuti che diventa necessario verificare la situazione individuale di ciascuna impresa interessata».

A differenza dei *tax ruling*, in cui la misura esaminata dalla Commissione è un provvedimento amministrativo avente un beneficiario identificato *ex ante*, le normative fiscali hanno generalmente portata generale ed i beneficiari non sono facilmente identificabili. Solo rispetto ai *tax ruling*, quindi, il beneficiario è generalmente coinvolto fin dalla procedura amministrativa in quanto «parte interessata» ai sensi dell'art. 1 lett. h) del Regolamento (UE) 2015/1589, cit. Nelle normative generali, al contrario, c'è una cesura netta tra l'accertamento della «deroga al sistema di riferimento» ed il recupero del «vantaggio competitivo indebito» e la prima parte è svolta unicamente in contraddittorio con lo Stato. Qualora venga accertata la contrarietà della normativa interna con i Trattati, la decisione della Commissione indica unicamente i criteri che gli Stati membri dovranno seguire nella determinazione ed esecuzione dell'obbligo di recupero, senza individuare i singoli beneficiari. Se tale struttura garantisce maggiore effettività all'attuazione delle decisioni di recupero, tuttavia, comprime la posizione giuridica dei singoli. Infatti, le questioni relative alla tutela dei loro diritti vengono escluse dal giudizio principale sulla legittimità dell'operato della Commissione da parte della Corte di giustizia, che si limita ad esaminare se l'art. 107(1) TFUE è stato ben interpretato in contraddittorio con lo Stato membro. Di fronte ai giudici nazionali, invece, si discute unicamente della legittimità delle procedure di recupero attuate dagli Stati membri e, solo incidentalmente, è possibile contestare nuovamente la validità della decisione della Commissione.

⁶⁴ *Comunicazione sul recupero*, cit., considerando 35.

“ragion fiscale” e diritti dei contribuenti⁶⁵, bilanciamento la cui centralità è stata riconosciuta dalla stessa Corte di giustizia⁶⁶, viene sostituito dalle diverse dinamiche dell’integrazione sovranazionale, nettamente orientate alla tutela del mercato interno contro indebite interferenze degli Stati membri.

Ciò confligge con il modello fisiologico di tassazione che si è gradualmente affermato a livello nazionale, un modello in cui la legittimazione alla pretesa fiscale in capo all’autorità si fonda (o dovrebbe fondarsi) sulla coerenza della normativa e sull’adeguato bilanciamento tra effettività del prelievo e tutela dei singoli (*infra* sez. 2.2 e 2.3 del presente capitolo).

5.2.1 Il recupero degli aiuti di Stato ed i suoi limiti

Il controllo sugli aiuti di Stato è inestricabilmente associato all’istituto del recupero, l’elemento più caratteristico della politica in esame. Benché i Trattati non vi facciano espresso riferimento, imponendo unicamente la «soppressione o modifica delle misure incompatibili con il mercato interno»⁶⁷, la Corte di giustizia ha individuato nel recupero del vantaggio indebito lo strumento più efficace a ripristinare le corrette

⁶⁵ Nella dimensione domestica il rapporto tributario è stato oggetto di una lunga evoluzione normativa, che lo ha trasformato da una soggezione del suddito all’imposizione del sovrano a un’obbligazione regolata dalla legge, circondata da garanzie sostanziali e procedurali a tutela dei diritti del contribuente. E’ sufficiente richiamare l’importanza dei principi di riserva di legge, di quello di capacità contributiva e degli obblighi procedurali imposti alla pubblica amministrazione per garantire che l’accertamento ed il prelievo fiscale si svolgano in maniera corretta, ormai diffusi in tutti gli Stati membri. Sul punto, si rinvia a F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Il Mulino, Bologna, 2009, capitoli 1 e 3.

Si veda, rispetto all’ordinamento italiano, E. DE MITA, Voce ‘*Diritto tributario (giurisprudenza costituzionale)*’, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, III, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 249 ss. e, ID., *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, cit.,

⁶⁶ Cfr. *ex multis*, Corte di giustizia del 9 luglio 1981, in causa 169/80, *Amministrazione delle dogane c. Société Anonyme Gondrand*, in *Raccolta*, 1982, pp. 1931, punto 17 «il principio di certezza del diritto esige che una disciplina che impone oneri al contribuente sia chiara e precisa affinché esso possa conoscere senza ambiguità i suoi diritti e i suoi obblighi e possa agire in modo adeguato».

Si veda anche, *infra* nt. 88.

⁶⁷ *Comunicazione sul recupero*, cit., considerando 14 «Anche se il TFUE non contiene alcuna disposizione esplicita in merito al recupero degli aiuti di Stato illegali, la Corte di giustizia ha stabilito che il recupero è il necessario corollario del divieto generale degli aiuti di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del TFUE e protegge l’efficacia dell’obbligo di sospensione sancito all’articolo 108, paragrafo 3, del TFUE».

condizioni di concorrenza sul mercato. Solo successivamente l'istituto è stato codificato all'interno del diritto derivato⁶⁸.

I relativi presupposti sono la violazione degli obblighi di notifica e di *stand-still*, entrambi sanciti dall'art. 108(3) TFUE, e la valutazione di incompatibilità della misura con il mercato interno⁶⁹. Compiuti tali accertamenti, la Commissione esaurisce la propria discrezionalità ed è obbligata ad ordinare allo Stato membro di recuperare una somma pari al vantaggio accertato, maggiorata di interessi per il tempo in cui il beneficiario ha goduto del vantaggio indebito⁷⁰.

Gli Stati membri sono tenuti a provvedere entro il termine prescritto dalla Commissione, facendo uso degli strumenti previsti dal diritto interno, in ossequio al principio di autonomia procedurale. Tale principio, tuttavia, è fortemente limitato dall'obbligo di garantire l'effetto utile del Trattato, che la giurisprudenza della Corte ha spesso richiamato per superare i limiti imposti dal giudicato⁷¹, dalle disposizioni in

⁶⁸ Corte di giustizia del 12 luglio 1973, in causa c. 70/72, *Commissione c. Germania (Kohlgesetz)*, in Raccolta, 1973, p. 813, ECLI:EU:C:1973:87, punto 13, «Per avere un effetto utile, l'abolizione o la modifica possono implicare l'obbligo di chiedere il rimborso di aiuti concessi in spregio al trattato, di guisa che, qualora non si provveda al recupero, la Commissione può adire la Corte».

La disciplina del recupero è attualmente contenuta all'art. 16 del Regolamento (UE) 2015/1589, cit. Si veda, per un'analisi, dell'evoluzione giurisprudenziale dalla sentenza *Kohlgesetz*, cit. fino all'attuale codificazione, M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, pp. 14 - 27.

⁶⁹ In realtà, il recupero può essere ordinato anche a prescindere dall'accertamento dell'incompatibilità della misura con il mercato interno qualora ciò necessario a tutelare in via cautelare il concorrente dai danni che possono derivare dalla dazione dell'aiuto in attesa che la Commissione si pronunci definitivamente sulla compatibilità dello stesso.

Si veda, *Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit., considerando 77 ss.

⁷⁰ Sulla relazione tra recupero e ripristino dello stato di concorrenza nel mercato, si veda, Corte di giustizia del 14 febbraio 1990, in causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, in Raccolta 1990, I, 307, ECLI:EU:C:1990:67, punti 13 - 24.

Sulla quantificazione, si veda la *Comunicazione della Commissione sul recupero degli aiuti di Stato illegali e incompatibili*, 2019/C, 247/01, considerando 16 «La finalità del recupero è ripristinare la situazione esistente nel mercato interno prima dell'erogazione degli aiuti. Restituendo l'aiuto illegale, infatti, il beneficiario è privato del vantaggio di cui ha fruito rispetto ai suoi concorrenti. Al fine di eliminare eventuali vantaggi accessori all'aiuto illegale, occorre recuperare anche gli interessi sull'importo dell'aiuto concesso illegalmente («interessi di recupero»). Pagando gli interessi di recupero il beneficiario dell'aiuto perde il vantaggio finanziario proveniente dalla messa a disposizione dell'aiuto in questione, senza alcun corrispettivo, a partire dalla data in cui l'aiuto è stato posto a disposizione del beneficiario fino alla sua restituzione».

⁷¹ Oltre alla nota giurisprudenza *Lucchini* (Corte di giustizia del 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, in Raccolta, 2007 I, p. 6199, ECLI:EU:C:2007:434, punti da 61 a 63, si veda la più recente sentenza *Buonotourist*, cit.

materia di decadenza e di sospensiva derivanti dall'impugnazione di un atto amministrativo⁷².

L'unica deroga codificata all'obbligo di recupero è il necessario rispetto dei principi generali del diritto⁷³. Questi, come noto, sono stati gradualmente definiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e rappresentano una delle più evidenti manifestazioni della natura costituzionale dell'ordinamento UE⁷⁴.

La natura duplice degli stessi – allo stesso tempo limiti all'applicazione uniforme dell'istituto e valvole costituzionali dell'interno ordinamento – non sembra, tuttavia, essere adeguatamente valorizzata nella giurisprudenza della Corte in materia di aiuti di Stato. Questa attribuisce alla tutela della concorrenza valore evidentemente sovraordinato, considerando, di conseguenza, i principi generali quali mere deroghe, da interpretare restrittivamente. Così facendo, tuttavia, si riduce la potenzialità degli stessi, come detto, legata ad una visione più ampia dell'ordinamento UE, in cui la concorrenza va bilanciata con gli altri valori sottesi alla regolazione del mercato interno.

5.2.2 Il principio di certezza del diritto nel controllo sugli aiuti di Stato fiscali: le ricadute negative per gli operatori economici

Le molteplici critiche relative al recupero spaziano dalle ambiguità concettuali che tuttora circondano la *ratio* dell'istituto⁷⁵ fino alle problematiche applicative, legate alla quantificazione dell'obbligo, tali da rendere il provvedimento troppo afflittivo o, al contrario, inefficace ai fini della tutela della concorrenza⁷⁶.

Interessa qui soffermarsi sull'applicazione restrittiva dei principi generali del diritto in relazione all'interpretazione della nozione di aiuto di Stato fiscale. Infatti,

⁷² Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, in causa C-232/05, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Raccolta*, 2006 I, p. 10071, ECLI:EU:C:2006:651.

⁷³ Cfr. Art. 16(1) ultimo periodo del Regolamento (UE) 2015/1589, cit.

⁷⁴ Ex multis, K. LENAERTS – J. A. GUTIERREZ-FONS, *The constitutional allocation of powers and general principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1629 ss.

⁷⁵ M. MEROLA, *Op. ult. cit.*, pp. 301-305.

⁷⁶ *Ibid.*

nonostante l'art. 16(1) ultimo periodo del Regolamento di Procedura subordini espressamente il recupero al rispetto dei principi generali⁷⁷, la Corte di giustizia ne ha raramente riconosciuto l'operatività nei singoli casi a questa prospettata. La *Comunicazione della Commissione in materia di recupero* riporta, a ben vedere, solo casi in cui i principi in esame non sono stati riconosciuti⁷⁸ piuttosto che circostanze ritenute ammissibili⁷⁹.

Si tratta di un'interpretazione motivata dalla volontà di assicurare la massima effettività alla politica in esame ma che si espone a censure sia in termini di tutela dei singoli che di coerenza dell'azione UE, principio che dovrebbe informare integralmente l'attività delle Istituzioni ai sensi dell'art. 13 TUE.

Quanto alla situazione giuridica dei singoli, il principio di certezza del diritto rappresenta un baluardo di civiltà giuridica, connaturato all'idea stessa di diritto⁸⁰. Come riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia, il principio garantisce che i singoli possano conoscere in anticipo le conseguenze delle proprie azioni e assicura l'autodeterminazione consapevole della propria condotta. Oltre alla dimensione statica, assicurata dalla chiarezza delle disposizioni normative, il principio ha una dimensione dinamica, rappresentata dalla tutela del legittimo affidamento in caso di modifiche normative o revoca di atti favorevoli da parte dell'autorità pubblica⁸¹.

⁷⁷ «Nel caso di decisioni negative relative a casi di aiuti illegali la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario («decisione di recupero»). La Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto dell'Unione».

⁷⁸ Cfr. considerando 42 della *Comunicazione sul recupero*, cit. «Gli organi giurisdizionali dell'Unione hanno individuato una serie di situazioni che *non* danno luogo a legittimo affidamento e che, pertanto, non possono limitare od ostare al recupero dell'aiuto...»

⁷⁹ Si può, quindi, dubitare della stessa utilità della *Comunicazione sul recupero*, cit., evidentemente inidonea ad aumentare trasparenza e certezza del diritto per quanto concerne i diritti riconosciuti ai soggetti di diritto interno.

⁸⁰ S. BASTIANON, *Op. ult. cit.*, p. 51.

⁸¹ Si veda, sul punto, S. BASTIANON, *Op. ult. cit.*, che richiama le conclusioni dell'AG Cosmas del 8 giugno 1995, in causa C-63/93, *Duff*, in *Raccolta*, 1996 I, p. 569, ECLI:EU:C:1996:51.

L'a. nota inoltre come sussista una certa ambiguità nel rapporto tra principio generale di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento dal momento che il secondo è a volte considerato un principio autonomo, a volte un corollario del primo. Analogamente, la Corte di giustizia ha considerato che il principio di irretroattività della legge e la tutela dei diritti quesiti costituissero declinazioni specifiche del principio generale di certezza del diritto.

Ebbene, come detto, il principio di certezza del diritto è stato riconosciuto quale limite del recupero dell'aiuto in ipotesi assolutamente eccezionali⁸². Allo stesso modo, il principio del legittimo affidamento è stato ritenuto rilevante unicamente in relazione a rassicurazioni chiare ed univoche ricevute dalla Commissione⁸³ o di prolungato silenzio di quest'ultima di fronte alla notifica di aiuti di Stato⁸⁴.

La prospettiva della Corte di giustizia si fonda sulla centralità dell'obbligo di notifica, chiaramente sancito dall'art. 108(3) TFUE. Il suo adempimento è considerato un dovere di diligenza minimo ed imprescindibile perché Stati membri e beneficiari possano ottenere tutela della propria posizione soggettiva⁸⁵. Tale enfasi sulla chiarezza dell'obbligo di notifica, tuttavia, trascura il principale fattore di incertezza giuridica, rappresentato dalle ambiguità che circondano la nozione di aiuto di Stato, presupposto applicativo dell'intera normativa. L'interpretazione della Corte si rivela, allora, estremamente formalista, in quanto analizza l'obbligo di notifica in modo astratto,

⁸² *Comunicazione sul recupero*, cit., punto 35.

⁸³ Le rassicurazioni possono essere concesse sia al di fuori della procedura di notifica che all'interno della stessa. Quanto al primo caso, si veda il caso *World duty free*, più volte citato all'interno del presente lavoro (v. in particolare, Tribunale dell'Unione del 15 novembre 2018, in causa T-219/10 RENV, *World duty free c. Commissione*, ECLI:EU:T:2018:784, punti 257 ss.), in cui le rassicurazioni della Commissione europea erano state fornite all'interno di una interrogazione parlamentare in seno al Parlamento europeo, rassicurazioni poi smentite tramite l'apertura di una procedura di indagine. Quanto alla procedura formale si veda il caso *Forum 187* (Corte di giustizia del 22 giugno 2006, in cause riunite C-182/03 e C-217/0, *Forum 187 ABSL c. Commissione europea*, ECLI:EU:C:2005:266), riguardante il caso dei centri di coordinamento per multinazionali in Belgio. I regimi fiscali previsti erano stati considerati estranei al controllo sugli aiuti di Stato nel 1984 e nel 1987. Nel 1999, invece, a seguito della *Comunicazione della Commissione sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato alla tassazione*, questi sono stati considerati aiuti di Stato ma è stato disposto un regime transitorio per dieci anni, in cui senza disporre il recupero fino al 2010.

⁸⁴ Si fa in questo caso riferimento alla giurisprudenza *Lorenz* (Corte di giustizia del 11 dicembre 1973, in causa 120/73, *Lorenz*, ECLI:EU:C:1973:152, in Raccolta, 1973, 1471, punto 5), che ha espressamente qualificato come aiuti esistenti le misure notificate se la Commissione non risponde entro il termine prefissato. La giurisprudenza è stata poi codificata nel Regolamento procedura, cit., nella definizione di aiuti esistenti all'art. 1 lett. b) III.

⁸⁵ Cfr. *Comunicazione sul recupero*, cit., punti 40-41 «Tenuto conto del carattere imperativo dell'articolo 108, paragrafo 3, del TFUE, lo Stato membro le cui autorità hanno concesso un aiuto in violazione dell'obbligo di sospensione non può addurre tale violazione come fattore generante nel beneficiario un legittimo affidamento sul fatto che l'aiuto non sarebbe stato recuperato. Altrimenti, l'articolo 107 e l'articolo 108 del TFUE sarebbero privati di ogni effetto. Allo stesso modo, in caso di violazione dell'obbligo di sospensione il beneficiario dell'aiuto non può nutrire un legittimo affidamento sulla legalità della concessione dell'aiuto salvo in circostanze eccezionali. Infatti, un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che l'aiuto sia stato debitamente autorizzato dalla Commissione. Questo principio si applica anche alle piccole imprese».

senza considerare l'effettiva capacità di beneficiari e Stati membri di comprendere se una misura fiscale vada o meno notificata a causa delle ambiguità che circondano l'art. 107(1) TFUE.

5.2.3 ... e per lo sviluppo coerente della politica fiscale dell'Unione

In secondo luogo, quanto al citato principio di coerenza, questo riveste grande importanza nella sistematica dei Trattati post-Lisbona e viene frequentemente riaffermato sia in termini generali che in relazione alle singole politiche⁸⁶. Non è necessario qui analizzare in dettaglio il significato del termine «coerenza»⁸⁷, essendo sufficiente l'accezione basilica del termine, coincidente con assenza di contraddizioni in relazione alla medesima fattispecie giuridica⁸⁸. La funzione dello stesso è, analogamente al principio di certezza del diritto, metagiuridica, in quanto assicura unità e legittimazione dell'intero ordinamento giuridico⁸⁹.

L'analisi della prassi applicativa della Commissione e della giurisprudenza della Corte di giustizia sembrano confliggere con tale principio in materia fiscale. Da un lato, infatti, le Istituzioni hanno stigmatizzato la compressione dei diritti dei singoli ad opera degli Stati membri per via dell'assenza di certezza del diritto, considerato

⁸⁶ «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze».

Il principio è poi richiamato anche in relazione ad ambiti e politiche più specifiche. Tra questi, ad esempio, all'art. 13(1) TUE, in relazione al quadro istituzionale, gli artt. 18(4) e 21(3) TUE per quanto concerne la politica di azione esterna e l'art. 175 in relazione alla politica di cooperazione.

Si veda, in dottrina, C. N. K. FRANKLIN, *The Burgeoning Principle of Consistency in EU Law*, in *Yearbook of European Law*, 2011, pp. 42 ss.; S.E.M. HERLIN KARNELL – T. KONSTADINIDES, *The Rise and Expressions of Consistency in EU Law: Legal and Strategic Implications for European Integration*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, p. 139 ss. J. LANGER – W. SAUTER, *The Consistency Requirement in EU Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, I, pp. 39 – 74.

⁸⁷ L'analisi più approfondita sul significato del termine nella giurisprudenza della Corte di giustizia, considerando anche le variazioni linguistiche degli Stati membri si deve a C. N. K. FRANKLIN, *Op. ult. cit.*, pp. 46-53.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁹ Così S.E.M. HERLIN KARNELL – T. KONSTADINIDES, *Op. ult. cit.*, p. 147 «the principle of consistency constitutes a condition for the enhancement of the unity of the EU legal order at both the horizontal and vertical levels of EU governance».

principio irrinunciabile in materia tributaria⁹⁰. Dall'altro, invece, le stesse ordinano il recupero pur a fronte di oggettiva incertezza normativa, di cui sono in parte responsabili, comprimendo la posizione degli operatori economici e trascurando le aspettative dei contribuenti ad un rapporto equilibrato con il potere pubblico⁹¹.

Pare, in conclusione, che l'interpretazione della Corte in materia di recupero tradisca tanto lo spirito del citato 'Regolamento di procedura' che la più ampia cornice normativa dei Trattati. In relazione al primo profilo, è evidente la volontà del legislatore UE di contemperare l'effettività del recupero con il principio di certezza del diritto⁹², tutelando gli operatori economici dagli effetti dirompenti di una disposizione tanto vaga quale l'art. 107 TFUE⁹³, e di farlo tramite la valorizzazione dei principi generali. Quanto al secondo profilo, la Corte di giustizia sembra trascurare

⁹⁰ Si veda, rispetto alla Commissione europea, i numerosi riferimenti a tale principio all'interno del *Codice del contribuente europeo*, cit., art. 3.1. Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si veda la giurisprudenza *Elmeke* (Corte di giustizia del 14 settembre 2006, in cause riunite da C-181/04 a C-183/04, *Elmeke NE*, in Raccolta, p. I, 8167, ECLI:EU:C:2006:563, riportata da S. BASTIANON, *Op. ult. cit.*, in cui l'AG Stic Hackl sottolinea la necessità di assicurare la tutela giurisdizionale dell'operatore privato contro eventuali abusi del potere pubblico in materia fiscale, il che deve legittimare, se necessario, la possibilità di invocare il principio del legittimo affidamento contro le autorità pubbliche nazionali, se del caso, anche limitando l'applicazione del diritto UE.

⁹¹ Profilo evidentemente compromesso nella misura in cui l'operatore economico compie scelte strategiche ed imprenditoriali considerando la cornice fiscale esistente e, successivamente, sia la stessa amministrazione fiscale a negare lo sgravio fiscale inizialmente previsto adducendo la contrarietà delle scelte statali con la cornice normativa UE. Cfr. il caso Corte di giustizia del 19 dicembre 2018, in causa C-374/17, *A-Brauerei*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:1024.

Inoltre, la stessa *Comunicazione sul recupero*, cit., dispone al considerando 106, che «la quantificazione può basarsi solo sulle scelte effettivamente compiute in passato, senza prendere in considerazione scelte alternative ipotetiche che sarebbero state disponibili. Possono essere prese in considerazione, se del caso, solo deduzioni applicabili automaticamente previste dal diritto nazionale e internazionale, o dalla decisione di recupero».

La scelta della Commissione finisce, a ben guardare, per penalizzare l'impresa ben oltre quanto necessario a ristabilire le corrette condizioni di concorrenza sul mercato, trasferendo, come detto più volte, sugli operatori economici beneficiari il costo dell'incertezza che circonda la nozione di aiuto di Stato.

⁹² Cfr. i considerando 1, 4, 7, 8, 19, 26, 27, 29, 31, 39 del Regolamento 2015/1589 del 13 luglio 2015 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, L 248/9, in cui il legislatore UE costantemente enfatizza la necessità di assicurare certezza del diritto, trasparenza e tutela dei diritti dei terzi all'interno delle procedure applicative del controllo sugli aiuti di Stato.

⁹³ Si veda, sul punto, Tribunale dell'Unione, *World duty free c. Commissione*, cit., punti 271 ss., in cui la Corte, richiamando i lavori preparatori del Consiglio relativi all'adozione del Regolamento procedura 659/1999, ora sostituito dal citato Regolamento 2015/1589, evidenzia la necessità che gli atti di diritto derivato rispettino i principi generali del diritto, fonti normative gerarchicamente sovraordinate rispetto ai primi.

gli obiettivi che informano la politica fiscale dell'Unione, costituita da un *corpus* normativo e giurisprudenziale ben più ampio dell'art. 107 TFUE, una politica che considera certezza del diritto e tutela dei contribuenti quali valori irrinunciabili.

5.2.4 La prima proposta di riforma: l'interpretazione estensiva dei principi generali nel recupero degli aiuti fiscali

Le criticità fin qui evidenziate spingono a proporre una modifica dell'interpretazione adottata dalla Corte di giustizia in materia di recupero. I principi di certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento sono i candidati più adatti alla riforma proposta, come correttamente intuito da Consiglio e Parlamento nella formulazione del Regolamento di procedura⁹⁴.

Quanto al principio di certezza del diritto, sarebbe auspicabile un esplicito riconoscimento da parte della Corte di giustizia delle attuali difficoltà tecniche insite nell'interpretazione della nozione di aiuto di Stato fiscale. A ciò dovrebbe quindi seguire una chiara scelta di campo: da un lato, la Corte potrebbe scegliere di ridurre il proprio margine di discrezionalità interpretativa, introducendo gradualmente categorie chiare e prevedibili da parte degli operatori economici, analogamente a quanto avvenuto in altri ambiti di applicazione dell'art. 107 TFUE⁹⁵. Solo in questa ipotesi l'attuale interpretazione restrittiva del principio di certezza del diritto sarebbe coerente con i presupposti applicativi della disciplina.

In alternativa, qualora la Corte ritenesse essenziale mantenere l'attuale margine interpretativo sulla nozione di aiuto di Stato fiscale, il principio di certezza del diritto

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Si pensi, per esempio, al cd. test *Altmark* (Corte di giustizia del 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, in Raccolta, 2003 I, p. 7747, ECLI:EU:C:2003:415, punto 95), manifestamente introdotto per garantire la facile applicazione dell'art. 107 TFUE da parte delle amministrazioni nazionali nell'istituzione di SGEL.

Ancora, lo stesso test dell'operatore privato in economia di mercato (cfr. *ex multis*, Corte di giustizia del 5 giugno 2012, in causa C-124/10P, *Commissione c. EDF*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2012:318, punto 90, gradualmente affinato da parte della giurisprudenza per rendere quanto più semplice l'autovalutazione da parte degli Stati membri della propria condotta sul mercato, anche tramite l'enfasi posta sugli adempimenti procedurali necessari a sterilizzare la componente di aiuto all'interno della misura.

dovrebbe essere applicato diversamente, subordinando il recupero alla presenza di una giurisprudenza consolidata in relazione alla specifica fattispecie fiscale. Non sarebbe, cioè, sufficiente fare genericamente riferimento al pregresso utilizzo del «test in tre fasi» ed alla menzione dell'*arm's length principle* in una giurisprudenza isolata ed antecedente di quasi dieci anni alla sua effettiva applicazione, come avvenuto nel caso dei *tax ruling*⁹⁶; al contrario, andrebbe apprezzata la prevedibilità di una certa interpretazione alla luce dell'applicazione dell'art. 107 TFUE a fattispecie concrete.

In secondo luogo, quanto al principio del legittimo affidamento, sarebbe auspicabile un'interpretazione più ampia dello stesso, che consideri il rapporto tra Stati membri e contribuenti oltre a quello con le Istituzioni europee. Come prima accennato, infatti, negli aiuti di Stato il principio è stato ritenuto generalmente non invocabile, se non nel caso in cui la Commissione stessa formuli rassicurazioni inequivocabili in merito all'assenza di elementi di aiuto o alla compatibilità con il mercato interno. In assenza di notifica, l'impresa non può validamente fare affidamento sulla stabilità del beneficio economico ricevuto.

Ebbene, si tratta di un'interpretazione discutibile, che non tiene conto dell'importanza del ruolo dei parlamenti nazionali in materia tributaria⁹⁷. Se la scelta

⁹⁶ La giurisprudenza citata è Corte di giustizia del 22 giugno 2006, *Forum 187 c. Commissione*, in cause riunite C-182/03 and C-217/03, in Raccolta, 2006 I, p. 5479, ECLI:EU:C:2006:416, punto 96, laddove la nozione di vantaggio viene accertata facendo riferimento ai prezzi di trasferimento che non rispettano il principio di concorrenza (tradotto in inglese come *arm's length*).

Si veda, sul punto, Tribunale dell'Unione del 12 maggio 2021, in cause riunite T-516/18 et T-525/18, *Lussebrugo c. Commissione*, ECLI:EU:T:2021:251, punti 500 ss., dove il Tribunale si limita a rilevare che la complessità della vicenda dipende in massima parte dagli artifici posti in essere dalle stesse imprese beneficiarie degli aiuti e che, comunque, nessun interesse legittimo possa essere vantato in assenza di diligente notifica della misura da parte dello Stato membro alla Commissione.

Analogamente, la decisione della Commissione in merito ai presunti aiuti di Stato concessi dall'Irlanda ad Apple (Decisione del 30 agosto 2016, C(2016) 5605 final, annullata dal Tribunale e su cui è pendente l'appello di fronte alla Corte di giustizia), considerando 438 ss., in cui i principi di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento vengono ritenuti inapplicabili alla luce della precedente prassi applicativa della Commissione e la giurisprudenza della Corte di giustizia, che, secondo la Commissione, avrebbe permesso agli operatori di prevedere la contrarietà al Trattato degli accordi fiscali conclusi con l'autorità fiscale irlandese.

⁹⁷ E' appena il caso di richiamare l'importanza del principio di legalità in materia di prestazioni patrimoniali imposte. Il principio, sancito nell'ordinamento italiano all'art. 23 della Costituzione, è comune agli ordinamenti di gran parte degli Stati membri ed è uno dei principi generali in materia di diritto tributario, come riconosciuto dalla stessa Commissione nel citato *Modello di codice europeo del contribuente*, pag. 8.

di limitare totalmente il recupero nel caso di aiuti concessi dai parlamenti, come stipulato nel TCA (*supra* sez. 1.3 del presente capitolo), rischia di legittimare comportamenti opportunisti da parte degli Stati membri, occorre tuttavia considerare la stabilità e l'autorevolezza delle decisioni adottate dalle assemblee legislative agli occhi dei contribuenti. In tale prospettiva, andrebbe considerata la possibilità di limitare il recupero ai soli aiuti concessi successivamente all'apertura della procedura di indagine formale da parte della Commissione, analogamente a quanto avviene in caso di rassicurazioni informali concesse dalla Commissione e poi smentite⁹⁸.

Richiamando quanto anticipato nel paragrafo precedente a proposito della politica fiscale dell'Unione, un'interpretazione più ampia dei principi generali di certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento garantirebbe maggior coerenza nell'azione dell'Unione, rafforzandone la legittimazione e l'efficacia. Ciò sarebbe, inoltre, in linea con la pervasività assunta dal controllo sugli aiuti di Stato nella vita economica delle imprese. Dal momento che ogni vantaggio selettivo, direttamente o indirettamente finanziato con fondi pubblici, rischia di porsi in contrasto con i Trattati, occorre adottare una prospettiva più matura sull'istituto, che ricollegli alla capillarità della sua applicazione una effettiva valorizzazione della posizione dei soggetti privati coinvolti nella sua applicazione.

⁹⁸ Cfr. *supra* nt. 84.

5.3 Il contributo dei concorrenti all'efficace applicazione del controllo sugli 'aiuti fiscali'

In materia di aiuti di Stato, lo status di concorrente designa l'impresa che svolge attività simili a quelle del beneficiario ed è economicamente attiva nel medesimo mercato geografico⁹⁹. Benché il diritto derivato consideri in maniera congiunta tutti i 'soggetti interessati' dalla dazione di aiuti di Stato¹⁰⁰, all'interno di tale categoria il concorrente riveste una posizione centrale.

La dottrina ha correttamente posto in luce le numerose criticità che minano l'effettività del suo diritto a godere di una concorrenza non falsata, tutelato in maniera parziale ed imperfetta, sempre subordinato al preminente interesse pubblico alla protezione del mercato interno¹⁰¹. Si tratta di problematiche presenti in ogni ambito di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato ma che si declinano in maniera peculiare in relazione agli aiuti fiscali.

Tre profili meritano particolare attenzione.

In primo luogo, quanto alla tutela giurisdizionale di fronte alle corti UE, la forte parcellizzazione delle pretese dei concorrenti in relazione agli aiuti fiscali rende rare ed antieconomiche le impugnazioni delle decisioni sfavorevoli emesse dalla Commissione. In secondo luogo, i principi affermati dalla Corte di giustizia faticano ad affermarsi negli ordinamenti nazionali per le restrizioni all'utilizzo del rinvio pregiudiziale interpretativo nel contenzioso tributario interno. Infine, rilevanti difficoltà probatorie rendono complesso l'accoglimento delle domande di risarcimento del danno nei confronti degli Stati membri e, più in generale, l'effettivo utilizzo degli strumenti di *private enforcement* astrattamente previsti a tutela dei concorrenti.

⁹⁹ La definizione rilevanti ai fini del controllo sugli aiuti di Stato, assente nel diritto positivo, è stata da F. PASTOR-MECHANTE, *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, cit., p. 3.

Questa si desume, inoltre, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. Corte di giustizia del 6 novembre 2018, in cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:873, punti 43 – 50.

¹⁰⁰ Cfr. art. 1, lett. h), del Regolamento 2015/1589, cit. «interessati»: qualsiasi Stato membro e qualsiasi persona, impresa o associazione d'impresie i cui interessi possono essere lesi dalla concessione di aiuti, in particolare il beneficiario, le imprese concorrenti e le organizzazioni professionali.

¹⁰¹ F. PASTOR-MECHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 31- 44.

Benché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia tentato di rimuovere gli ostacoli più evidenti alla tutela giuridica dei concorrenti, rimangono ancora lacune sul piano dell'attuazione pratica. A tal fine, pare essenziale contrastare la parcellizzazione dell'interesse dei concorrenti tramite il rafforzamento del ruolo delle associazioni di imprese¹⁰², corpi sociali intermedi capaci di canalizzare gli interessi dei propri iscritti ed allo stesso tempo rafforzare l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato. Inoltre, come proposto dalla miglior dottrina, sarebbe auspicabile l'applicazione analogica dei principi sanciti nella direttiva 104/2014 in materia di *private enforcement* del diritto antitrust¹⁰³ per quanto concerne le agevolazioni probatorie previste a favore dei ricorrenti privati¹⁰⁴.

Le proposte qui di seguito formulate completano le riflessioni del paragrafo precedente, relative alla tutela giuridica dei beneficiari. Rendendo effettivi i rimedi concessi ai concorrenti, sarebbe infatti possibile rafforzare il controllo di legittimità sull'attività della Commissione ed al contempo trasferire sullo Stato membro le conseguenze negative della violazione del Trattato, preservando l'effettività della politica in esame nonostante il minor utilizzo del recupero.

5.3.1 Il diritto ad una concorrenza non falsata da aiuti di Stato illegali

La situazione giuridica del concorrente, tanto nel settore antitrust che in relazione al controllo sugli aiuti di Stato, ruota attorno alla tutela del suo diritto soggettivo a godere

¹⁰² Il termine è codificato all'art.101 TFUE e la sua interpretazione è stata gradualmente definita tramite la giurisprudenza della Corte di giustizia. Si veda, *ex multis*, in relazione alla qualificazione della FIFA quale associazione di imprese, Tribunale dell'Unione del 26 gennaio 2005, in causa T-193/02, *Piau c. Commissione*, ECLI:EU:T:2005:22, in Raccolta, 2005, II, 209, punti 68-72.

In dottrina, per una ricognizione della nozione di impresa, O. ODUDU, *The meaning of Undertaking within 81 EC*, in *The boundaries of EC competition Law: the scope of art. 81*, Oxford University Press, Oxford, 2005, capitolo 5.

¹⁰³ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU 349, 2014, p. 1.

¹⁰⁴ C. SCHEPISI, *Risarcimento del danno antitrust e attuazione della direttiva 104/2014: possibili effetti anche sugli aiuti di Stato?*, in *Diritto dell'Unione europea - Osservatorio europeo*, del 30 novembre 2017.

di una concorrenza non falsata¹⁰⁵, che si estrinseca in prerogative processuali e sostanziali esercitabili tanto di fronte alle Corti europee che a quelle nazionali. Rispetto a queste ultime, la tutela dei singoli si interseca con il principio dell'effetto diretto di specifiche disposizioni dei Trattati, rispettivamente, gli art. 101 e 102 TFUE per il settore antitrust e l'art. 108(3) TFUE per il controllo sugli aiuti di Stato¹⁰⁶.

Le facoltà del concorrente in materia di aiuti di Stato comprendono il diritto di presentare denunce e di partecipare alla procedura amministrativa di fronte alla Commissione¹⁰⁷ nonché di richiedere l'annullamento delle decisioni di quest'ultima¹⁰⁸. Inoltre, il concorrente può ottenere tutela giurisdizionale di fronte alle corti nazionali, competenti a disporre il recupero dell'aiuto ed a concedere il

¹⁰⁵Il diritto è stato sancito nel settore antitrust nella celeberrima sentenza Corte di giustizia del 20 settembre 2001, in causa C-453/99, *Courage v Crehan*, in Raccolta, 2001, I, 6297, ECLI:EU:C:2001:465, punti 19 – 34. Il diritto dei concorrenti è stato poi in Corte di giustizia del 13 luglio 2006, in cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, in Raccolta, 2006, I, p.6619, ECLI:EU:C:2006:461, punti 39 e 58-61.

Si veda, per un inquadramento generale sulla duplice *ratio* del *private enforcement*, volto ad un tempo a rafforzare l'applicazione pubblica del diritto della concorrenza ed a tutelare effettivamente i diritti riconosciuti dall'ordinamento UE ai singoli, F. CASOLARI, *commento all'art. 1*, cit.

L'effetto diretto del controllo sugli aiuti di Stato, per quanto parziale, come evidenziato infra, è stato riconosciuto in un'altra notissima pronuncia per l'ordinamento UE, Corte di giustizia del 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa v. Enel*, in Raccolta, 1964, pp. 1141, ECLI:EU:C:1964:66. Principio poi riaffermato in Corte di giustizia del 21 novembre 1991, in causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e altri c. Francia*, in Raccolta, 1991 I, p. 5505, ECLI:EU:C:1991:440, punti 11 - 12.

Per una ricostruzione dei fondamenti del *private enforcement* in materia di aiuti di Stato si veda, F. PASTOR-MERCHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 59 ss.

¹⁰⁶Pur a fronte di alcune somiglianze, il *private enforcement* nei due ambiti presenta marcate differenze. La più evidente concerne l'ampiezza del decentramento, totale in materia di antitrust e solo parziale in materia di aiuti di Stato. Infatti, nel primo ambito, le corti nazionali sono competenti ad applicare interamente i citati art. 101 e 102 TFUE per determinare se vi è stata una violazione dei diritti dei singoli; nel controllo sugli aiuti di Stato, al contrario, le corti nazionali sono competenti unicamente a valutare il rispetto dell'obbligo di notifica ma non possono esprimersi sulla compatibilità dell'aiuto con il mercato interno, che rimane una competenza esclusiva della Commissione. Si veda, sul punto, la *Bozza di comunicazione sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, cit., pp. 13 ss.

Sulla necessità di una distinzione concettuale tra effetto diretto dell'art. 108(3) TFUE e risarcimento del danno ai sensi della giurisprudenza *Francovich*, si veda D. GALLO, *Aiuti di Stato e risarcimento del danno*, in *Eurojus*, 2019, III, pp. 79 ss.

¹⁰⁷ Art. 24 commi 1, 2 ed art. 6 del Regolamento 2015/1589, cit.

¹⁰⁸ Come meglio chiarito in seguito, v. *infra* nt. 112, la legittimazione attiva degli interessati a proporre impugnazione, è disciplinata dall'art. 263(4) TFUE, come interpretato dalla Corte di giustizia in relazione alle peculiarità del controllo sugli aiuti di Stato.

risarcimento del danno ai sensi della giurisprudenza *Francovich*¹⁰⁹ (*infra* sez. 3.4 del presente capitolo).

Nonostante l'astratta esistenza di tali facoltà, la dottrina ha definito la tutela offerta al concorrente "parziale e imperfetta"¹¹⁰. La parzialità deriva dal fatto che allo Stato membro è comunque concesso attribuire alcune forme di supporto pubblico selettivo poiché la nozione di aiuto non copre tutte le forme di intervento pubblico in economia¹¹¹. La natura imperfetta, invece, discende dalla possibilità di dichiarare gli aiuti compatibili con il mercato interno, sacrificando la posizione soggettiva dei concorrenti se l'aiuto persegue una finalità legittima ed è proporzionalmente attuato¹¹². E', in conclusione, preminente la dimensione "utilitaristica" del *private enforcement* in materia di aiuti di Stato: i concorrenti sono tutelati solo nella misura in cui ciò sia funzionale ad assicurare il più efficace perseguimento degli obiettivi pubblicistici incarnati dal controllo sugli aiuti di Stato¹¹³.

Tali profili, generalmente presenti nell'applicazione privata del controllo sugli aiuti di Stato, trovano conferma nel settore fiscale, che rappresenta, tuttavia, anche un laboratorio per la giurisprudenza della Corte di giustizia. Proprio in tale ambito, infatti, la Corte ha elaborato alcuni dei caratteri essenziali della tutela giuridica dei concorrenti. Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza *Montessori*, relativa ai requisiti di legittimazione dei concorrenti ad impugnare le decisioni della Commissione aventi ad oggetto regimi di aiuti (v. *infra* sez. 3.2 del presente capitolo); o, ancora, la

¹⁰⁹ Corte di giustizia del 19 novembre 1991, in causa C-6/90, *Francovich*, in Raccolta, 1991 I, p. 5357, ECLI:EU:C:1991:428

¹¹⁰ La definizione è di F. PASTOR-MERCHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 32-33.

¹¹¹ *Ibid.*, l'a. evidenzia correttamente come la nozione di aiuto di Stato sia la risultante del bilanciamento tra obiettivi legati alla tutela del mercato interno, da un lato, ed all'autonomia regolamentare nazionale, dall'altro.

¹¹² A tal proposito, è emblematica la recente giurisprudenza relativa agli aiuti di Stato concessi alle compagnie aeree per far fronte alla crisi economica generata dalla pandemia da COVID-19. Il Tribunale, infatti, ha respinto la gran parte delle doglianze della ricorrente Ryanair, fondate proprio sulla necessità di rendere la concessione di aiuti di Stato compatibile con i diritti degli operatori economici. Sia concesso, sul punto, il rinvio a R. FEDERICO, *Turbulences ahead: nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo*, in *Eurojus*, 2021, II, 166 ss.

¹¹³ Cfr. F. PASTOR-MERCHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 36-45.

giurisprudenza *Transalpine Ölleitung*¹¹⁴, che ha circoscritto le forme di tutela che i concorrenti possono concretamente richiedere al giudice nazionale per rimediare al pregiudizio derivante da aiuti non notificati (*infra* 3.3 del presente capitolo).

5.3.2 I concorrenti di fronte alle corti UE

Benché la tutela del diritto ad una concorrenza non falsata sia affidata in via principale alle corti nazionali, gli operatori economici hanno la possibilità di partecipare alla procedura amministrativa di fronte alla Commissione ed eventualmente impugnare le decisioni che ritengono illegittime¹¹⁵. La loro legittimazione a proporre ricorso giurisdizionale è ovviamente subordinata al possesso dei requisiti sanciti dall'art. 263 (4) TFUE, come declinati in relazione al controllo sugli aiuti di Stato¹¹⁶.

In particolare, l'applicazione del cd. test *Plaumann* al concorrente impone di dimostrare che «la posizione del ricorrente sul mercato è sostanzialmente danneggiata dal provvedimento d'aiuto oggetto della decisione in questione»¹¹⁷. Non è, cioè, sufficiente dimostrare la presenza di un'astratta relazione di concorrenza tra gli operatori ma si deve provare l'esistenza di un danno materiale prodotto dall'intervento statale selettivo.

¹¹⁴ Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, in causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, in Raccolta, 2006 I, pp. 9957, ECLI:EU:C:2006:644, punti 41, 47-49.

¹¹⁵ Cfr. F. PASTOR-MERCHANTE, *Op. ult. cit.*, 1, dove l'autore cita la ricostruzione di M. P. SMITH, *The European Commission and the Development of State aid Policy*, in *Journal of Common Market Studies*, 1998, p. 55 ss., la quale evidenzia il dilemma della Commissione europea, che, da un lato, intende mantenere la più vasta discrezionalità e, dall'altro, intende sviluppare un sistema basato su regole giuridiche giustiziabili per proteggere il controllo sugli aiuti di Stato dall'ingerenza politica degli Stati membri.

¹¹⁶ I requisiti che devono essere dimostrati dal concorrente sono diversi se viene censurata la decisione di non aprire la procedura di indagine formale da parte della Commissione o quella definitiva al termine della stessa. Nel primo caso, è sufficiente dimostrare a) di essere «parte interessata» ai sensi dell'art. 1 lett. h) del regolamento 2015/1589, cit. e b) che la Commissione avrebbe dovuto nutrire seri dubbi sulla compatibilità della misura, che avrebbero richiesto un giudizio più approfondito da parte dell'Istituzione. Quanto alla censura della decisione adottata al termine della fase di indagine formale, invece, il concorrente deve dimostrare che la sua posizione sul mercato è stata sostanzialmente danneggiata dalla dazione dell'aiuto in questione al concorrente.

Si veda, sull'evoluzione della giurisprudenza relativa alla legittimazione processuale del concorrente, F. PASTOR-MERCHANTE, *Op. ult. cit.*, pp. 148 ss.

¹¹⁷ Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, in causa C-487/06P, *British aggregates c. Commissione*, in Raccolta, 2008 I, 10515, ECLI:EU:C:2008:757, punto 35.

Il requisito in esame si rivela particolarmente problematico in materia fiscale, in cui le misure oggetto di scrutinio sono spesso normative di applicazione generale, solo indirettamente lesive della posizione del singolo ricorrente sul mercato. Tale problematica non sussiste, invece, per i *tax ruling*, costituenti aiuti di Stato individuali e di ingente entità¹¹⁸, rispetto ai quali i concorrenti possono facilmente dimostrare il danno alla propria posizione di mercato ed essere quindi legittimati ai sensi della giurisprudenza *Plaumann*¹¹⁹

La recente giurisprudenza *Montessori*¹²⁰ testimonia lo sforzo della Corte di giustizia per facilitare l'impugnazione delle normative fiscali generalmente applicabili da parte dei concorrenti. La sentenza, infatti, estende l'applicazione dell'ultimo periodo dell'art. 263(4) TFUE, relativo agli 'atti regolamentari', alle decisioni della Commissione aventi ad oggetto normative fiscali generali¹²¹. In questo modo, il concorrente deve provare unicamente di essere 'direttamente interessato', requisito soddisfatto dalla prova dell'esistenza di un rapporto di concorrenza materiale e

¹¹⁸ Si veda sul punto, Tribunale dell'Unione del 14 febbraio 2019, in casi T-131/16 and T-263/16, *Belgio c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2019:91, punti 90-120, in cui il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione che aveva qualificato i *tax ruling* in esame come schemi di aiuti e si era quindi limitata a compiere un esame meno approfondito degli stessi. Le misure sono, al contrario, aiuti individuali, che vanno analizzati individualmente e, di conseguenza, i beneficiari sono fin da subito noti e vanno coinvolti nella procedura di indagine da parte della Commissione in quanto «soggetti interessati».

¹¹⁹ Occorre, in proposito, richiamare le numerose critiche all'adeguatezza dei criteri sanciti dalla giurisprudenza in commento in relazione allo standard di tutela giurisdizionale effettiva nell'ordinamento UE, di cui la più chiara affermazione è contenuta all'art. 47 della stessa Carta dei diritti fondamentali. Si veda, sul punto, oltre alle note conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, in causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio* ('UPA'), in Raccolta, 2002, I, pp. 6677, ECLI:EU:C:2002:197, le Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek del 6 ottobre 2021, in causa C-348/20 P, *Nord Stream 2 c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2021:831, con commento di F. FERRI, *L'impugnazione delle direttive da parte dei singoli: la rivoluzione 'gentile' dell'Avv. gen. Bobek*, pubblicato su *BlogDUE* del 23 novembre 2021.

¹²⁰ La sentenza della Corte di giustizia sopra citata conferma l'interpretazione proposta inizialmente dal Tribunale, in Tribunale dell'Unione del 15 settembre 2015, in causa T-220/13, *Montessori c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:T:2016:484.

Per un commento alla sentenza della Corte di giustizia, si veda L. CARMOSINO, *Annotation on the Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 November 2018 in Joined Cases C-622/16 P to C-624/16 P Scuola montessori v. Commission*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2019, I, pp. 71 – 75.

¹²¹ Corte di giustizia, *Montessori c. Commissione*, cit., punti 22 - 33.

geografico con il beneficiario, peraltro senza necessità di compiere una definizione di mercato con strumenti econometrici, come invece richiesto in materia antitrust¹²².

La giurisprudenza in commento rende certamente più agevole l'accesso alla tutela giurisdizionale dei concorrenti ma pare ancora insufficiente a superare le problematiche sopra evidenziate. Infatti, nonostante l'affermazione di criteri di legittimazione processuale meno stringenti, l'effettiva proposizione di ricorsi trova ostacolo nella parcellizzazione degli interessi dei singoli concorrenti, per i quali l'annullamento di una decisione della Commissione spesso non determina benefici sufficienti a giustificare le ingenti spese giudiziali

In questa prospettiva, andrebbe allora incentivato il coinvolgimento delle associazioni di categoria, la cui legittimazione all'impugnazione delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato è stata da tempo riconosciuta dalla Corte di giustizia¹²³. Sarebbe, in particolare, auspicabile il coinvolgimento delle stesse fin dai lavori dei parlamenti nazionali in materia fiscale. In questo modo, le associazioni potrebbero monitorare efficacemente l'introduzione di novità tributarie a livello nazionale, proporre denunce alla Commissione in caso di mancata notifica e, eventualmente, richiedere l'annullamento della decisione della Commissione se ritenuta illegittima e lesiva degli interessi dei propri componenti.

¹²² *Ibid.*, punti 42 – 50.

Il cd. *more economic approach* è rimasto sostanzialmente confinato alla valutazione di compatibilità della misura, senza estendersi alle componenti strutturali della nozione di aiuto. V. sul punto, A. BIONDI, *The Rationale of State Aid Control: a Return to Orthodoxy*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010, pp. 35 ss.

Ciò discende, come evidenziato dalla dottrina citata, dalla ratio stessa dell'istituto, che non è quella di limitare le distorsioni microeconomiche generate dai sussidi quanto di controllare la concorrenza tra Stati membri ed evitare distorsioni alla struttura del mercato interno.

¹²³ *British aggregates c. Commissione*, cit., punto 39, «contrariamente a quanto affermato dalla Commissione e come correttamente rilevato dal Tribunale al punto 47 della sentenza impugnata, è ricevibile il ricorso proposto da un'associazione che agisce in nome e per conto di uno o più dei suoi membri che avrebbero potuto essi stessi proporre un ricorso ricevibile».

5.3.3 I limiti all'utilizzo del rinvio pregiudiziale interpretativo

Il secondo profilo su cui occorre soffermarsi concerne i limiti alla richiesta del rinvio pregiudiziale interpretativo di fronte al giudice tributario nazionale. Infatti, ai sensi della giurisprudenza *Banks* ed *Air liquide*¹²⁴, la domanda tesa ad accertare l'incompatibilità della normativa tributaria interna con l'art. 107 TFUE è irricevibile se promossa dall'operatore economico e finalizzata a paralizzare la pretesa impositiva statale¹²⁵. Al contrario, è possibile per le amministrazioni fiscali nazionali eccepire l'esistenza di un aiuto di Stato per negare lo sgravio fiscale richiesto dal contribuente¹²⁶.

L'irricevibilità della domanda pregiudiziale trova fondamento nel 'principio della riduzione al minimo degli aiuti di Stato'¹²⁷, che impedisce al giudice nazionale di disporre a favore del concorrente l'estensione del vantaggio concesso al beneficiario come forma di tutela. L'opposta interpretazione, infatti, avrebbe il paradossale effetto di estendere le distorsioni cagionate dall'intervento pubblico selettivo ed incompatibile. L'irricevibilità del rinvio pregiudiziale discende quindi dall'irrelevanza della pronuncia della Corte nel giudizio *a quo* dal momento che comunque, anche in caso di accertato contrasto tra la normativa interna e l'art. 107 TFUE, il concorrente

¹²⁴ Corte di giustizia del 20 settembre 2001, in causa C-390/98, *Banks*, in Raccolta, I, pp. 6117, ECLI:EU:C:2001:456, punto 80 e Corte di giustizia del 15 giugno 2006, in cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air liquide*, in Raccolta, 2006, I, pp. 5296, ECLI:EU:C:2006:403, punto 48 «Occorre quindi risolvere la seconda questione nel senso che l'eventuale illegittimità, alla luce del diritto comunitario in materia di aiuti di Stato, di un'esenzione fiscale come quella in questione nella causa principale non è idonea ad incidere sulla legittimità della tassa stessa, di modo che le imprese debtrici di tale tassa non possono eccepire, dinanzi ai giudici nazionali, l'illegittimità dell'esenzione».

¹²⁵ L'unico caso in cui è possibile opporsi al pagamento del tributo quello in cui tributo ed esenzione facciano parte della medesima misura, ossia quando sussista un vincolo di destinazione tra tributo ed aiuto sulla base della normativa nazionale esistente, *air liquide*, 46.

¹²⁶ Cfr. *ex multis*, Corte di giustizia, *A-brauerei*, cit.

¹²⁷ *Ex multis*, Corte di giustizia del 5 ottobre 2006, in causa C-368/04, *Transalpine Ölleitung*, in Raccolta, 2006 I, pp. 9957, ECLI:EU:C:2006:644, punti 48-49, «all'atto di statuire, il giudice nazionale deve salvaguardare gli interessi dei singoli. Tuttavia, in tale contesto, esso deve anche prendere in piena considerazione l'interesse comunitario. Per quanto riguarda il rimborso parziale di un'imposta costitutivo di una misura di aiuto illegittima, perché concessa in violazione dell'obbligo di notifica, non sarebbe conforme all'interesse comunitario ordinare tale rimborso a vantaggio di altre imprese se tale decisione avesse per risultato di estendere la cerchia dei beneficiari dell'aiuto, aumentandone così gli effetti in luogo di eliminarli».

non potrebbe andare esente dal prelievo fiscale sulla base dell'interpretazione richiesta alla Corte.

La giurisprudenza in commento è, come detto, coerente con i fondamenti concettuali del *private enforcement* del controllo sugli aiuti di Stato e permette alla Corte di paralizzare le pretese opportunistiche degli operatori economici, che potrebbero sfruttare il controllo sugli aiuti di Stato per sottrarsi ai propri doveri contributivi nei confronti degli Stati membri. Allo stesso tempo, tuttavia, una sua applicazione rigida finirebbe per ridurre eccessivamente l'effettività della tutela giurisdizionale dei singoli e la stessa capacità dei principi affermati dalla Corte di penetrare negli ordinamenti interni.

Per tale ragione la Corte ha introdotto due deroghe. In primo luogo, nella stessa *Air liquide* sopracitata, la Corte ha riconosciuto la ricevibilità del rinvio pregiudiziale quando la tassa e l'esenzione facciano «parte integrante di una misura di aiuto». A tal fine, deve sussistere un «vincolo di destinazione tra il tributo e l'aiuto in forza della normativa nazionale pertinente», circostanza che si verifica quando il gettito del tributo viene destinato al finanziamento dell'aiuto¹²⁸. La seconda deroga è stata implicitamente affermata nel più recente caso *ANGED*¹²⁹, in cui la Corte ha considerato ammissibile il rinvio pregiudiziale proposto nel contesto di un giudizio di annullamento del decreto attuativo della legge tributaria. Il rinvio, in tal caso, era volto ad accertare l'illegittimità del tributo in quanto tale e non della singola pretesa impositiva, il che ha permesso alla Corte di distinguere il caso dal precedente *Air liquide*¹³⁰.

¹²⁸ Sentenza *Air liquide*, cit., punto 46 «diverso sarebbe se la tassa e l'esenzione prevista facessero parte integrante di una misura di aiuto. Affinché un tributo possa ritenersi parte integrante di una misura di aiuto, deve necessariamente sussistere un vincolo di destinazione tra il tributo e l'aiuto in forza della normativa nazionale pertinente, nel senso che il gettito del tributo viene necessariamente destinato al finanziamento dell'aiuto e incide direttamente sulla sua entità e, conseguentemente, sulla valutazione della compatibilità dell'aiuto medesimo con il mercato comune.

¹²⁹ Corte di giustizia del 26 aprile 2018, in cause C-236/16 e C-237/16, *ANGED*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2018:291.

¹³⁰ Si sofferma espressamente sul punto l'AG Kokott, nelle Conclusioni del 9 novembre 2017, ECLI:EU:C:2017:854, punti 62 – 66.

Analogamente a quanto evidenziato nel paragrafo precedente, va sottolineata la necessità di coinvolgere le associazioni di imprese per superare le problematiche legate ai limiti al rinvio pregiudiziale. Nel citato caso *ANGED*, infatti, il rinvio pregiudiziale è stato sollecitato da una associazione di imprese e non dal singolo contribuente. Il caso dimostra come il corpo intermedio rappresentativo degli interessi di classe possa reperire le risorse necessarie ed agire tempestivamente meglio dei singoli operatori, censurando il tributo potenzialmente discriminatorio alla fonte, senza attendere l'impugnazione della cartella esattoriale, in cui, come detto, il controllo sugli aiuti di Stato non può più essere utilmente invocato.

5.3.4 ... ed alle azioni di risarcimento del danno cagionato dallo Stato membro

L'ultimo profilo che interessa evidenziare concerne il limitato sviluppo del *private enforcement* in materia di aiuti di Stato. Infatti, nonostante la Commissione sostenga da tempo la necessità di incentivare i ricorsi dei privati di fronte alle corti nazionali, l'effettiva proposizione degli stessi rimane ancora estremamente limitata¹³¹.

Con particolare riferimento al risarcimento del danno nei confronti dello Stato, la dottrina ha da tempo posto in luce le difficoltà probatorie che incontrano i ricorrenti nell'invocare la giurisprudenza *Francovich* in relazione al controllo sugli aiuti di Stato. Infatti, benché la Corte di giustizia abbia espressamente qualificato l'art. 108(3) TFUE come disposizione volta a conferire diritti ai singoli e la relativa violazione come sufficientemente caratterizzata, l'accertamento del nesso di causalità tra aiuto di Stato e danno al concorrente rimane estremamente controverso, ponendosi problematiche

¹³¹ Come si evince dalla *Comunicazione della Commissione sull'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, i due ambiti in cui si sostanzia la tutela offerta ai concorrenti dai giudici nazionali sono quello della sospensione e del recupero dell'aiuto, da un lato, e del risarcimento del danno contro lo Stato, dall'altro.

In senso critico sulla limitata diffusione del *private enforcement* in materia di aiuti, C. SCHEPISI, *Public e private enforcement nel settore antitrust e degli aiuti di Stato: convergenze, divergenze e circolarità di principi nel dialogo tra i giudici e la Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 126 ss.

analoghe a quelle relative alla legittimazione dei concorrenti ad impugnare le decisioni della Commissione¹³² (v. *supra* sez. 3.2 del presente capitolo).

Al fine di superare tale problematica, la dottrina ha recentemente evidenziato l'opportunità di estendere analogicamente alcuni principi vigenti in materia di *private antitrust enforcement* in materia di aiuti di Stato¹³³. Sarebbe, in effetti, auspicabile l'estensione delle facilitazioni probatorie disposte a favore del danneggiato dalla direttiva 104/2014 ed agevolare la quantificazione del danno da parte del giudice nazionale¹³⁴.

Si tratta di una proposta condivisibile, che andrebbe integrata sotto il profilo istituzionale tramite il coinvolgimento delle associazioni di categoria quali rappresentanti processuali delle singole imprese. Ciò permetterebbe di superare la problematica del limitato ammontare del danno in materia tributaria, spesso insufficiente a giustificare la proposizione di un'autonoma azione giurisdizionale. A tal fine, tuttavia, considerato il principio di autonomia procedurale in questo ambito, sarebbe necessaria un'armonizzazione normativa del diritto processuale degli Stati membri, che riconosca ed incentivi il ruolo proattivo delle stesse di fronte ai giudici nazionali¹³⁵.

¹³² Così D. GALLO, *Op. ult. cit.*, p. 82 «la terza condizione sul nesso di causalità è quella più spinosa: le valutazioni sulla qualificazione di una misura non sono squisitamente giuridiche ma spesso sono associate a difficili ricostruzioni di tipo economico. Ulteriore problema è che il novero dei titolari dell'azione varia in relazione all'estensione del nesso di causalità. Basti pensare all'ipotesi dove i concorrenti sono numerosi e quindi l'incidenza specifica dell'aiuto illegale su uno di loro, quello che chiede il risarcimento, non è immediatamente ravvisabile. Al punto che già l'Avvocato generale Tesouro, nel caso *Belgio c. Commissione* del 1987, sottolineava che l'azione risarcitoria è particolarmente difficoltosa se il mercato non è oligopolistico».

V. anche C. SCHEPISI, *Op. ult. cit.*, p. 139.

¹³³ *Ibid.*, 146 ss.

L'a. sottolinea giustamente come l'estensione analogica non debba, tuttavia, essere acritica. Occorre infatti considerare le diversità tra gli obiettivi che informano le due politiche e che, ad esempio, non permettono di estendere la cd. *passing-on defense* per limitare l'ammontare del recupero.

¹³⁴ Cfr. Art. 6 della Direttiva 2014/104/UE, cit.

Si veda, sul punto, anche Corte di giustizia del 7 settembre 2006, in causa C-526/04, *Laboratoires Boiron*, in Raccolta, 2006 I, p. 7529, ECLI:EU:C:2006:528, punto 55 «In tali circostanze, per assicurare il rispetto del principio di effettività, il giudice nazionale (...) è tenuto a ricorrere a tutti i mezzi procedurali messi a sua disposizione dal diritto nazionale, tra cui quello di ordinare le necessarie misure istruttorie, inclusa la produzione di un atto o di un documento ad opera di una delle parti o di un terzo».

¹³⁵ Per quanto concerne l'ordinamento italiano, ad esempio, l'associazione di categoria è carente di legittimazione attiva a proporre azione di risarcimento del danno subito dai propri iscritti ai sensi

3.5 La seconda proposta di riforma: la tutela del mercato interno passa attraverso la tutela giurisdizionale effettiva dei concorrenti

La limitata considerazione della situazione giuridica dei concorrenti si traduce, come evidenziato, in una limitazione della stessa effettività del controllo sugli aiuti di Stato. Il rafforzamento della loro posizione costituisce, quindi, il necessario corollario della proposta di ridurre il recupero degli aiuti illegali ai danni dei beneficiari (*supra* sez. 2.4 del presente capitolo).

L'innalzamento della tutela riconosciuta agli operatori economici, siano essi beneficiari o concorrenti, avrebbe indubbi effetti positivi, sia in termini di effettività che di coerenza della politica fiscale e di concorrenza dell'Unione. Inoltre, non può trascurarsi l'impatto positivo che ciò avrebbe sul controllo di legittimità dell'attività della Commissione e la penetrazione dei principi affermati dalla Corte negli ordinamenti nazionali (*supra* sez. 3.2 e 3.3 del presente capitolo). Infine, la facilitazione delle azioni di risarcimento del danno nei confronti degli Stati membri permetterebbe finalmente di trasferire dai beneficiari agli Stati membri, veri autori della violazione, le conseguenze pregiudizievoli dell'infrazione dell'art. 108(3) TFUE, rendendo l'istituto effettivamente dissuasivo rispetto a scelte politiche nazionali incompatibili con la Costituzione economica europea.

dell'art. 81 CPC. Rimane certamente possibile l'utilizzo dell'azione di classe, di cui all'art. 140-bis del codice del consumo, istituto che tuttavia, in assenza di adeguati incentivi, rimane poco utilizzato in pratica.

Capitolo 6. Il futuro del controllo sugli aiuti di Stato fiscali

Sommario: 6.1 [La “nuova fiscalità europea” ed il controllo sugli aiuti di Stato](#) – 6.1.1 La riforma del bilancio UE tra sfide globali e conflitti interni all’Unione - 6.1.2 La “nuova fiscalità europea” - 6.1.3 Le possibili linee di sviluppo del controllo sugli aiuti di Stato fiscali;
6.2 [Il controllo sugli aiuti di Stato fiscali nei tributi parzialmente armonizzati](#) – 6.2.1 L’applicazione del controllo sugli aiuti di Stato e l’integrazione positiva - 6.2.2 Dal divieto “generico” di discriminazioni fiscali al controllo sulla corretta attuazione dei modelli tributari UE - 6.2.3 La funzione di supporto all’integrazione positiva;
6.3 [Chi controlla i controllori? Aiuti di Stato, tributi pienamente armonizzati ed amministrazioni fiscali nazionali](#) - 6.3.1 Il controllo sugli aiuti di Stato e l’uniformazione normativa – 6.3.2 - La nozione di ‘vantaggio selettivo’ in relazione all’attività delle amministrazioni fiscali nazionali - 6.3.3 L’art. 107 TFUE come controllo amministrativo di secondo livello.

La crisi economica e sanitaria causata dal COVID-19 ha rivoluzionato molti dei più consolidati paradigmi di regolazione del mercato interno, riportando al centro del dibattito mediatico e scientifico il ruolo dello Stato in economia¹. Il risalente pregiudizio verso il supporto pubblico alle imprese è stato, infatti, abbandonato nel

¹ Si veda, *ex multis*, la serie di *working papers* curati da F. BASSANINI – G. NAPOLITANO – L. TORCHIA, *Lo Stato promotore*, Il Mulino, Bologna, 2021, accessibile su: <https://www.irpa.eu/pubblicazione/lo-stato-promotore-una-ricerca-sul-mutamento-degli-strumenti-di-intervento-pubblico-nelleconomia/>; L. GARICANO, *Capitalism after COVID. Conversations with 21 Economists*, CEPR, Londra, 2021; F. MUNARI e L. CALZOLARI, *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall’ennesimo travaglio di un’Unione incompiuta*, in *Eurojus*, numero speciale ‘L’emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell’Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive’, 2020, pp. 15 ss.

Nella letteratura economica, si rinvia a M. MAZZUCATO, *Missione economia. Una guida per cambiare il capitalismo*, Laterza, Bari, 2021.

momento più drammatico della crisi per tutelare i settori economici più colpiti² e preservare gli *asset* strategici nel territorio europeo³.

La novità dell'approccio adottato dall'UE è ben visibile anche nella strategia di ripresa post-pandemica, che individua quali priorità la transizione ecologica e digitale, nonché la tutela delle fasce sociali più esposte alle crisi economiche e climatiche⁴. È evidente la distanza rispetto alla gestione della precedente crisi (bancaria), in cui erano stati privilegiati la stabilità economica e l'equilibrio di bilancio dei paesi membri, comprimendo, ove necessario, le prestazioni di welfare erogate ai cittadini⁵.

Ai fini della presente trattazione, il profilo più rilevante delle riforme in atto è l'innovativa struttura delle fonti di finanziamento del *Piano per la ripresa*

² In generale, sull'applicazione derogatoria del controllo sugli aiuti di Stato durante l'emergenza COVID, si veda il report di J. VAN HOVE, *Impact of state aid on competition and competitiveness during the COVID-19 pandemic: an early assessment*, studio realizzato per il parlamento europeo, 2020 e accessibile su: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658214/IPOL_STU\(2020\)658214_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/658214/IPOL_STU(2020)658214_EN.pdf).

In dottrina, si rinvia a A. BIONDI, *Governing the interregnum: State aid rules and the COVID-19 crisis*, in *M&CLR*, 2020, in corso di pubblicazione, e *KCL Legal Studies Research Paper Series*, 2020 n. 48; C. MASSA, *COVID-19 e aiuti di Stato: il Quadro temporaneo introdotto dalla Commissione e le misure di sostegno adottate dagli Stati membri*, in *Eurojus*, I, 2021, pp. 149; M. MEROLA, A. COGONI, *Emergenza Covid-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Ibid*, pp. 49 ss.

³ Si fa, ovviamente, riferimento alla disciplina sullo screening degli investimenti esteri, come disciplinata nel Regolamento (UE) 2019/452 del 19 marzo 2019 del Parlamento e del Consiglio che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, GU L79I, 21 marzo 2019, p. 1.

Con particolare riferimento all'applicazione dell'istituto durante la crisi COVID, A. S. GINEVRI, *I golden powers tra Stato e Mercato ai tempi del Covid-19*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2021, II, 282; B. RAGANELLI – F. MARCONI, *Emergenza, crisi economica e golden power*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, pp. 131 ss.

⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni 'Il momento dell'Europa: riparare i danni e preparare il futuro per la prossima generazione', COM(2020) 456 final, p. 12, «L'UE garantirà che l'uguaglianza sia al centro della ripresa. Un'Europa prospera e sociale dipende da tutti noi, a prescindere dal sesso, dalla razza o dall'origine etnica, dalla religione o dalle convinzioni personali, dalla disabilità, dall'età o dall'orientamento sessuale. E questo è doppiamente importante in una crisi che ha avuto un impatto spropositato su tanti gruppi sociali».

L'attenzione alle conseguenze sociali della crisi economica trova conferma anche negli studi OECD, come testimoniato dal documento *Social economy and the COVID-19 crisis: current and future roles*, 30 luglio 2020.

⁵ Ex multis, v. L. BUENDIA - P. J. GÓMEZ SERRANO – R. MOLERO-SIMARRO, *Gone with the Crisis? Welfare State Change in Europe Before and Since the 2008 Crisis*, in *Social Indicators Research: An International and Interdisciplinary Journal for Quality-of-Life Measurement*, 2020, I, pp. 243 ss.

dell'Europa⁶. L'ingente debito comune contratto per finanziare la ripresa, infatti, sarà ripagato tramite la riscossione di nuove «tasse europee»⁷. Il nuovo corso della fiscalità UE si fonda, quindi, sul connubio tra disciplina del bilancio UE e armonizzazione delle normative tributarie nazionali, due profili fino ad oggi considerati separatamente dalle Istituzioni europee.

La fisionomia che i tributi in parola assumeranno rimane ancora incerta ma è già possibile tentare di anticipare le conseguenze più rilevanti per il controllo sugli aiuti di Stato. Lo sviluppo di forme di integrazione positiva in materia di fiscalità diretta, destinate a consolidarsi negli auspici della Commissione anche oltre la gestione dell'emergenza⁸, rappresenta, infatti, un indubbio punto di svolta per l'istituto, la cui

⁶ Il Piano si articola in una pluralità di azioni, raggruppate in due grandi strumenti: il *Next generation EU* ed il *Quadro Finanziario Pluriennale* ('QFP') 2021 – 2027. All'interno del primo, va segnalato il *Dispositivo di ripresa e resilienza*, il cui ammontare è di 724 miliardi, e che costituisce il principale strumento di sostegno ai piani di ripresa nazionali. Inoltre, va segnalato il fondo *React-EU*, il secondo in ordine di stanziamento di risorse.

Dentro il QFP si segnalano *Orizzonte Europa*, il *Fondo InvestEU*, il *Fondo per lo sviluppo rurale*, il *Fondo per la transizione giusta* ed il *RescEU - Meccanismo di protezione civile dell'Unione*.

⁷ Il termine è evidentemente utilizzato in maniera atecnica per indicare l'introduzione di tributi armonizzati, aventi struttura eterogenea e la cui riscossione sarà parzialmente o totalmente devoluta a ripagare il debito contratto dalla Commissione europea.

Ci si limita qui a richiamare quanto indicato dalla Commissione stessa nelle comunicazioni pubbliche relative al *Piano di ripresa per l'Europa*, rinviando alle pagine successive l'analisi più dettagliata delle singole proposte.

Innanzitutto, a luglio 2021 la Commissione ha formalizzato la proposta di introdurre un sistema di controllo per lo scambio di carbonio alla frontiera tramite dazi, volto ad impedire la concorrenza al ribasso praticata da paesi extra-UE nella produzione di beni e servizi in modo più inquinante e poi importati nel Mercato interno. Analogamente a quanto previsto in materia di dazi doganali, il ricavato di tali tributi verrà destinato a finanziare il bilancio UE come risorsa propria. (Cfr. la proposta di Regolamento del 14 luglio 2021 per stabilire un sistema di controllo del carbonio alla frontiera, COM(2021) 564 final). Inoltre, nello stesso giorno, la Commissione ha reso pubblica la proposta di modifica dell'attuale sistema di scambio delle quote di emissione, volto ad estendere le categorie di soggetti tenuti al rispetto di tali vincoli ambientali, come le compagnie di trasporto aereo e marittimo. Infine, il prelievo sul digitale, inizialmente annunciato per fine 2021, è stato posticipato per non ostacolare le trattative in sede OECD (Cfr. la proposta di Direttiva del 14 luglio 2021 che modifica Directive 2003/87/EC che istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nell'Unione, la Decisione (EU) 2015/1814 relativa all'istituzione e al funzionamento di una riserva stabilizzatrice del mercato nel sistema dell'Unione per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra ed il Regolamento (EU) 2015/757, COM(2021) 551 final).

Quanto alle proposte più a lungo termine, la Commissione prevede di introdurre una tassa sulle transazioni finanziarie, un contributo per il settore societario ed una nuova base imponibile consolidata per l'imposta sulle società.

⁸ E. TRAVERSA – G. BIZIOLI, *Solidarity in the European Union in the Time of COVID-19: Paving the Way for a Genuine EU Tax?*, in *Intertax*, 2020, VIII/IX, pp. 743 ss.

interpretazione si è fino ad oggi sviluppata in totale assenza di armonizzazione. La futura costituzione di una cornice normativa di diritto derivato impone, quindi, di riflettere sulla relazione tra controllo sugli aiuti di Stato e modelli tributari armonizzati.

L'analisi qui svolta si fonda, per quanto possibile, su atti già divenuti vincolanti. Quanto alle proposte, si prescindereà dai contenuti di dettaglio – inevitabilmente soggetti a modifiche in sede di discussione parlamentare o in Consiglio – per privilegiare l'impianto generale della riforma. In particolare, richiamando le categorie consolidate in materia di diritto tributario europeo⁹, si ricorrerà a due casi di studio: l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in settori coperti da armonizzazione parziale (*infra* sez. 2 del capitolo 6) ed in caso di integrazione massima, risultante nell'introduzione di modelli tributari uniformati (*infra* sez. 3 del capitolo 6).

⁹ Si veda, per tutti, A. DI PIETRO, *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul diritto tributario. Cinquant'anni di dialettica tra imposizione nazionale e mercato europeo*, in L.S. ROSSI - G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, pp. 291-304.

6.1 La “nuova fiscalità europea” ed il controllo sugli aiuti di Stato

Le fonti di finanziamento del *Piano di ripresa per l'Europa* sono il necessario punto di partenza delle riflessioni relative al futuro del controllo sugli aiuti di Stato fiscali. L'emersione di una tassazione diretta “europea” si colloca, infatti, al centro di una radicale riforma della fiscalità dell'Unione¹⁰, innovativa tanto sotto il profilo politico che più propriamente giuridico.

Sotto il profilo politico, la novità più rilevante riguarda la scelta di legare la riforma del bilancio UE a quella della fiscalità diretta, sfruttando il consenso politico imposto dalla necessità di fronteggiare l'emergenza da COVID-19¹¹. L'armonizzazione delle normative fiscali nazionali non è più “unicamente” funzionale a ridurre le distorsioni nel mercato interno; a ciò si accompagna l'obiettivo di rafforzare la stabilità finanziaria dell'Unione tramite il parziale trasferimento del gettito raccolto da tali tributi al bilancio UE, ampliando così le fonti di entrata attualmente previste¹². Per la prima volta, dunque, si abbandona la tradizionale prospettiva “mercantilistica” sulla fiscalità¹³ per valorizzare i profili solidaristici insiti nel prelievo fiscale. I tributi vengono, infatti, considerati quali fonti di gettito per

¹⁰ I precedenti tentativi di riforma della fiscalità diretta sono numerosi e, fino ad oggi, tendenzialmente infruttuosi. L'assenza di sufficiente consenso tra gli Stati membri per armonizzare le fattispecie tributarie sostanziali ha spinto la Commissione a concentrarsi sulla lotta agli abusi, iniziativa culminata nell'adozione delle Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, GU L 193, 2016, p. 1, e contro la pianificazione fiscale aggressiva, formalizzata nella Raccomandazione del 6 dicembre 2012, 2012/772/EU sulla pianificazione fiscale aggressiva, GU L 338, 2012, p. 41.

¹¹ Si veda, tra i contributi più noti in dottrina, F. VANISTENDAEL – G. BIZIOLI – I. BURGERS – F.A. GARCIA PRATS – F. GUTMANN – P. ESSERS – W. HASLEHNER – G. KOFLER – H. KUBE – A. MARTÍN JIMÉNEZ – W. NYKYEL – P. PISTONE – E. REIMER – E. TRAVERSA, Op. Ed. - *European Solidarity requires EU Taxes*, apparso su EULawLive il 21 aprile 2020.

¹² Tale profilo era già stato evidenziato, prima che fosse approvato il *Piano di ripresa per l'Europa*, sulla base delle sole comunicazioni della Commissione e delle discussioni in seno al Consiglio da A. CORDEWENER, *The COVID-19 Crisis: An Opportunity for EU Budget and Tax Reform*, in *EC Tax Review*, 2020, VI, pp. 258 ss. e J. LE CACHEUX, *Funding the EU Budget with a Genuine Own Resource: The Case for a European Tax*, Research paper n. 57, 2020, pp. 3-10.

¹³ Cfr., *ex multis*, E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTTE, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, in S. DE LA ROSA – F. MARTUCCI – E. DUBOUT (a cura di), *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne. L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 343-380.

ripagare un debito comune a tutti gli Stati membri, dividendo i relativi oneri in base ai criteri espressivi di capacità economica ed agli obiettivi di politica pubblica perseguiti dall'Unione¹⁴.

La mutata prospettiva politica si dovrebbe, a parere di chi scrive, riverberare direttamente sulla qualificazione giuridica dei vantaggi fiscali nell'ordinamento UE. Lo sconto fiscale indebito concesso alle imprese non sarebbe, infatti, più rilevante unicamente quale distorsione della concorrenza. Il comportamento statale andrebbe piuttosto considerato quale sottrazione delle risorse destinate al bilancio dell'Unione e, di conseguenza, quale lesione alla sua stabilità finanziaria. A ciò dovrebbe seguire la possibilità di sussumere il 'vantaggio selettivo' concesso dallo Stato, oltre che all'interno dell'art. 107 TFUE, anche nell'art. 325 TFUE, relativo alle attività lesive degli interessi finanziari dell'Unione¹⁵.

Benché tali novità siano potenzialmente in grado di influenzare l'applicazione del controllo sugli aiuti di stato sotto più profili, la concreta evoluzione dell'istituto dipenderà dalla volontà di Commissione e Corte di giustizia di valorizzare i caratteri della "nuova fiscalità UE" nell'interpretazione dell'art. 107 TFUE. A tal proposito, due sono le possibili linee evolutive che occorre fin d'ora evidenziare. In primo luogo, l'introduzione di modelli tributari europei tramite atti di diritto derivato potrebbe condizionare i tre passaggi del "test di discriminazione", rendendoli più logici e

¹⁴ Sotto il primo profilo, relativamente agli indici di capacità economica comuni, è sufficiente anticipare che le proposte della Commissione concernono l'economica digitale, il settore finanziario e quello societario. Quanto al secondo profilo, relativo agli obiettivi politici diversi dalla capacità contributiva, vanno richiamati i cd. «tributi verdi», quali il meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera, l'ampliamento dei settori soggetti allo scambio di Co2 e la nuova tassa sulla plastica (*infra* sez. 1.1-1.2 del presente capitolo su tali profili).

¹⁵ Si veda, in generale, sul punto L. SALAZAR, 'Commento all'Art. 325', in A. TIZZANO (a cura di) *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 2415 – 2425.

Il par. 1 dell'art. 325, richiamato anche dall'art. 310 par. 6 TFUE, impone agli Stati membri di «combattere contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione». La dazione di aiuti di Stato non può certamente essere qualificata quale frode diretta agli interessi finanziari dell'UE ma costituisce un'«attività illegale», seconda fattispecie presupposta all'applicazione dell'art. 325 TFUE. Infatti, ai sensi dell'art. 108.3 TFUE, l'esecuzione data dallo Stato membro ad una misura di aiuto senza previa notifica alla Commissione costituisce una violazione del Trattato, suscettibile di generare responsabilità risarcitoria nei confronti dello Stato membro (*supra* sez. 3 del capitolo 5).

rigorosi¹⁶. In secondo luogo, la necessità di tutelare gli interessi finanziari dell'UE potrebbe spingere la Corte a proporre un'interpretazione meno formalistica dell'art. 107(1) TFUE di quella più recentemente affermata (*supra* sez. 3.4 del capitolo 2 e 3.3 del capitolo 3), che sia capace di colpire efficacemente i comportamenti elusivi degli Stati membri in tale ambito.

6.1.1 La riforma del bilancio UE tra sfide globali e conflitti interni all'Unione

Il bilancio UE è uno degli ambiti tradizionalmente più divisivi della politica dell'Unione¹⁷. Il modello per lungo tempo affermato si fondava su tre fonti di entrate: dazi doganali e prelievi agricoli, una minima percentuale dell'IVA e un contributo parametrato sul PIL dei singoli Stati membri¹⁸. Le gravi e molteplici debolezze di tale struttura¹⁹ hanno spinto la Commissione a proporre numerosi progetti di riforma, l'ultimo dei quali è stato presentato nel 2018²⁰ e fatto oggetto di successive modifiche fino alla sua approvazione nel dicembre 2020.

L'iter di approvazione della riforma è stato influenzato dagli sviluppi politici più generali riguardanti l'Unione e, segnatamente, dai diversi fronti di crisi aperti.

¹⁶ Si rinvia alla sezione 2 del capitolo 5, per una esposizione delle criticità interpretative che ad oggi minano la logicità e la coerenza dell'interpretazione della Corte di giustizia in materia di aiuti di Stato.

¹⁷ Si veda, *ex multis*, G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2018, I, pp. 121 e ss.; A. SOMMA, *Il bilancio dell'Unione europea tra riforma del sistema e delle risorse proprie e regime di condizionalità*, in *DPCE*, 2018, p. 873-888.

¹⁸ In generale, si veda il report di A. SCHWARCZ, *Reform of the EU own resources*, preparato per il parlamento europeo, commissione bilancio, marzo 2021, pp. 6 ss.

¹⁹ Quelle più frequentemente segnalate sono l'assenza di autonomia dell'UE e di effettività della spesa pubblica. Ancora, è stato più volte criticato il comportamento miope dei singoli Stati membri, più interessati ad assicurarsi una quantità di risorse almeno pari alla propria contribuzione per non divenire "contribuenti netti" piuttosto che allo sviluppo di programmi finanziari ambiziosi.

²⁰ Proposta di decisione del Consiglio relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea, COM(2018) 325 final.

Ambiente²¹, Stato di diritto²² e pandemia da COVID-19²³ hanno, infatti, orientato le scelte politiche sia per quanto concerne le nuove fonti di entrate che le decisioni di spesa. È, a tal fine, sufficiente richiamare l'introduzione di nuovi contributi fondati sull'utilizzo di plastiche non riciclabili, sull'ampliamento del regime sulle quote di emissione CO2 ed il meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera²⁴. Guardando al versante della spesa, la novità più rilevante è rappresentata dal collegamento tra bilancio UE e strategia di ripresa post-pandemica, fondata su ambiziosi programmi di investimento volti a rispondere alla crisi economica in atto ed avviare la riforma digitale e verde dell'UE. O, ancora, va menzionata la condizionalità sullo Stato di diritto per l'accesso ai fondi UE²⁵.

Gli atti che hanno formalizzato la riforma in commento sono stati approvati tra dicembre 2020 e febbraio 2021: la citata decisione 2020/2053 del Consiglio in merito alle risorse proprie²⁶; l'approvazione del *Quadro finanziario pluriennale 2021-2027*

²¹ Già prima della pandemia, la Commissione europea aveva proposto l'introduzione di una *plastic tax* all'interno dell'iniziativa 'Green deal'. Tale proposta è stata poi recepita all'interno della Decisione 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea e che abroga la decisione 2014/335/UE, GU L 424, 2020, pp. 1 ss., art. 2 lett. c).

²² Cfr. il Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, GU, L 433 I, 2020, p. 1.

Si veda, in dottrina, M. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli stati membri*, Bari, 2020; O. PORCHIA, *Le respect de l'État de droit dans les états membres: la complémentarité des initiatives politiques et le rôle de la Cour de justice*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 769 ss. L. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'art. 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del primato dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020; M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *Diritto dell'Unione europea*, fasc. 3, 2019; U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in *Freedom Security Justice*, fasc. 1, 2020, pp. 10 -27;

Si veda, più di recente, sull'azione in carenza proposta dal Parlamento europeo contro la Commissione per la mancata approvazione del citato Regolamento 2020/2092, M. LANOTTE, *La mancata applicazione del meccanismo di condizionalità: carenza o incoerenza?*, su *Blogdue*, 16 novembre 2021.

²³ Cfr. Regolamento 2020/2053, cit., considerando 14 -19.

²⁴ *supra* nt. 7 e 20.

²⁵ Si veda, *ex multis*, M. CARTA, *Qualche considerazione sulla tutela dello stato di diritto attraverso gli strumenti finanziari nell'Unione Europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2019, p. 308-321; A. CIRCOLO, *È la Rule of law a proteggere il bilancio dell'Unione o viceversa? La nuova proposta di regolamento «sulle carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto»*, in *Diritto dell'Unione europea*, II, 2019, pp. 395-409.

²⁶ *supra* nt. 20.

da parte del Consiglio e del Parlamento²⁷; e, infine, l'adozione del Regolamento 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza²⁸.

Il collegamento tra disciplina di bilancio UE ed armonizzazione della fiscalità diretta degli Stati membri, cui prima si è fatto cenno, trova espresso riconoscimento nel mandato contenuto nella citata decisione del Consiglio 2020/2053 rivolto alla Commissione ad allargare le fonti di entrata per il bilancio UE tramite nuove «tasse europee»²⁹. Il bilancio UE assume, dunque, una dimensione parzialmente solidaristica, superando la sterile divisione tra Stati contributori e beneficiari netti. E ciò grazie al collegamento individuato *ab origine* tra competenza fiscale nazionale e stabilità finanziaria dell'intera Unione.

6.1.2 La “nuova fiscalità europea”

L'attenzione mediatica alla strategia di ripresa economica UE è attualmente concentrata sugli investimenti e le decisioni di spesa proposte dagli Stati membri. Rimane in ombra il profilo più problematico, ossia la restituzione dell'imponente debito contratto dalla Commissione tramite contrattazioni sul mercato finanziario³⁰. L'elefante nella stanza, secondo la nota espressione anglosassone, è quindi la necessità di accompagnare all'entusiasmo per le ingenti risorse da investire l'effettiva

²⁷ Per una disamina dell'iter di approvazione del Piano Finanziario Pluriennale 2021-2027, si veda la nota tematica del Parlamento europeo del settembre 2021, accessibile al link: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/29/quadro-finanziario-pluriennale>.

²⁸ Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021 che istituisce uno strumento di sostegno tecnico, GU L 57, 2021, pp. 1 ss.

²⁹ Decisione 2020/2053, cit., considerando 8: «Il Consiglio europeo del 17-21 luglio 2020 ha preso atto che, come base per risorse proprie supplementari, nel primo semestre 2021 la Commissione presenterà proposte relative a un meccanismo di adeguamento del carbonio alla frontiera e a un prelievo sul digitale ai fini della loro introduzione non oltre il 1o gennaio 2023. Il Consiglio europeo ha invitato la Commissione a presentare una proposta riveduta sul sistema di scambio delle quote di emissione dell'UE, eventualmente estendendolo ai settori del trasporto aereo e marittimo. Ha concluso che nel corso del quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 («QFP 2021-2027») l'Unione lavorerà all'introduzione di altre risorse proprie, che potrebbero comprendere un'imposta sulle transazioni finanziarie».

³⁰ La somma totale ad oggi prevista è di 806,9 miliardi di euro, quanto al *Next generation EU*, e di 1074 nel bilancio a lungo termine 2021-2027.

trasformazione della politica fiscale dell'Unione, che vada ben oltre le nuove risorse proprie già approvate.

A tal fine, la riforma della fiscalità diretta nazionale è un passaggio necessario nella prospettiva della Commissione europea³¹. Quest'ultima, benché non abbia ancora formalizzato in maniera definitiva la propria strategia, ha già annunciato l'intenzione di sottoporre a Consiglio e Parlamento numerose proposte: un'imposta sulle transazioni finanziarie³², un contributo per il settore societario e una nuova base imponibile comune per l'imposta sulle società, oltre al già citato prelievo sul digitale, inizialmente bloccato dalle pressioni statunitensi³³ ed ora destinato a tornare attuale a seguito della recente approvazione in sede OECD di una proposta di tassazione minima per le società multinazionali attive nel settore digitale³⁴.

In attesa che le proposte passino al vaglio del legislatore, è possibile esaminare il fenomeno prescindendo dai contenuti di dettaglio che gli atti assumeranno. Ai nostri fini, infatti, è sufficiente far ricorso alle categorie di analisi classiche relative al ravvicinamento delle legislazioni e distinguere tra le misure aventi carattere di uniformazione o armonizzazione totale rispetto a quelle di armonizzazione parziale o selettiva, in cui rimane un margine di discrezionalità in capo agli Stati membri per gli elementi non coperti dall'atto di diritto derivato³⁵.

Nonostante l'utilizzo di procedure consolidate – in assenza di una (improbabile) modifica del Trattato sarà necessario ricorrere all'art. 115 TFUE – la differenza rispetto alle precedenti proposte di armonizzazione è netta. L'ineliminabile

³¹ Si veda l'intervista concessa da B. ANGEL, capounità presso TAXUD alla rivista Forbes, *The European Commission's Year Ahead In Tax*, apparso su Forbes il 30 marzo 2021.

³² Si veda, per una disamina dei tentativi passati e delle attuali proposte per introdurre un'imposta sulle transazioni finanziarie in UE, G. LAGOS RODRÍGUEZ, *Financial Transaction Tax in Europe*, in *EC Tax Review*, 2021, IV, pp. 150 ss.

³³ J. H. VELA, *EU to postpone digital tax proposal*, apparso su Politico del 12 luglio 2021.

³⁴ Cfr. OECD, *International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age*, 8 ottobre 2021, per il riassunto dei punti dell'accordo ed il rinvio al documento ufficiale.

Si veda la proposta della Commissione del 22 dicembre 2021, on ensuring a global minimum level of taxation for multinational groups in the Union, COM(2021) 823 final.

³⁵ Si veda, sul punto, C. AMALFITANO, Voce '*Ravvicinamento delle legislazioni [Dir. UE]*', in *Enciclopedia Treccani*, 2015.

collegamento con il mercato interno, imposto dalla citata base giuridica³⁶, si accompagnerà alla finalità solidaristica di ripagare l'ingente debito comune contratto per finanziare la ripresa UE, superando così la prospettiva "classica" sulla fiscalità³⁷, fino ad oggi rivelatasi inadeguata³⁸.

6.1.3 Le linee di sviluppo del controllo sugli aiuti di Stato fiscali

Così tratteggiato il quadro politico e giuridico che sembra delinarsi in materia di bilancio e fiscalità diretta UE, è possibile evidenziare alcuni profili relativi al futuro del controllo sugli aiuti di Stato³⁹.

Innanzitutto, è prevedibile che le citate riforme non limiteranno l'applicazione dell'art. 107 TFUE. Benchè la funzione fino ad oggi assunta dall'istituto sia stata quella di sopperire alla mancata armonizzazione, la nota "adattabilità" del controllo sugli aiuti di Stato⁴⁰ permetterà a Commissione e Corte di giustizia di impiegare l'istituto a supporto dell'integrazione positiva, aggiornando il relativo test. In altre

³⁶ L'art. 115 TFUE individua la funzione della disposizione nel realizzare il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno».

³⁷ Cfr. E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTTE, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit.,

L'approccio classico è quello fondato sull'integrazione negativa, per cui i tributi sono esaminati unicamente nella prospettiva del gioco concorrenziale piuttosto che quali necessarie fonti di entrata. A ciò corrisponde l'indagine dei soli effetti del tributo sull'attività economica delle imprese piuttosto che sulla dimensione costituzionale della spesa pubblica, come invece avviene negli ordinamenti nazionali.

³⁸ Cfr. nt. 11, per il collegamento tra riforma della tassazione diretta degli Stati membri e principio di solidarietà.

L'approccio cd. mercantilista classico dell'UE è tendenzialmente indifferente alle finalità per cui i tributi sono imposti e riscossi per concentrarsi sull'effetto (economico) degli stessi sui flussi commerciali tra Stati membri ed i rapporti microeconomici di concorrenza tra imprese.

V. in senso critico, R. SEER, *Le fonti del diritto comunitario ed il loro effetto sul diritto tributario*, in A. DI PIETRO (a cura di), *Per una costituzione fiscale europea*, CEDAM, Padova, 2008, pp. 31 ss.

³⁹ Accanto ai profili espressamente considerati nel presente contributo, va evidenziato come la 'Strategia UE per la ripresa' presenti ulteriori elementi di contatto con il controllo sugli aiuti di Stato. Innanzitutto, l'allocazione dei fondi ai singoli Stati membri segue la logica da tempo consolidata in materia di aiuti per lo sviluppo regionale, fondata su popolazione, PIL pro capite e tasso di disoccupazione del paese beneficiario. In secondo luogo, quanto all'attuazione dei piani nazionali, l'art. 107 TFUE è lo strumento tramite cui la Commissione intende monitorare il corretto utilizzo dei fondi da parte degli Stati membri.

⁴⁰ A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, cit.

parole, la prevedibile evoluzione del controllo sugli aiuti di Stato sarà di carattere qualitativo più che quantitativo.

Tale previsione non trova ostacolo nel carattere “europeo” dei nuovi tributi, rispetto ai quali è comunque previsto l’intervento dello Stato, sia come legislatore, in caso di armonizzazione parziale, che come amministrazione fiscale, rispetto ai tributi uniformati (*infra* sez. 2 e 3 del capitolo 6). Infatti, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, l’esistenza di un obbligo giuridico imposto dal diritto dell’Unione⁴¹ non esclude l’applicabilità dell’art. 107 TFUE, a patto che lo Stato conservi comunque un margine di discrezionalità nell’implementazione della misura⁴².

Tale modifica “qualitativa”, derivante dal collegamento tra tutela del bilancio UE e della concorrenza, potrebbe rafforzare la legittimazione politica dell’attività decisionale della Commissione. Il generico riferimento a concorrenza e mercato interno si è, infatti, dimostrato insufficiente a sostenere le iniziative più ambiziose di lotta alla concorrenza fiscale a ribasso, tanto da aver spinto il Tribunale e la Corte ad annullare alcune decisioni della Commissione in materia di imposte sul fatturato e *tax ruling*, pur a fronte di normative palesemente strutturate in maniera tale da aggirare il controllo sugli aiuti di Stato⁴³.

⁴¹ Nel caso di specie, l’obbligo di dare attuazione agli obblighi contenuti in atti di diritto derivato, sia tramite modifiche normative ai codici tributari nazionali che, in caso di armonizzazione massima, tramite l’attività delle amministrazioni fiscali.

⁴² Si veda la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all’articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea, C/2016/2946, OJ C 262, 2016, p. 1, punti 44-45 e *giuris* *ivi* cit. «la misura non è imputabile a uno Stato membro se questo ha l’obbligo di applicarla in base al diritto dell’Unione senza disporre al riguardo di alcun potere discrezionale. In tal caso, la misura deriva da un atto del legislatore dell’Unione e non è imputabile allo Stato. Ciò non vale tuttavia nei casi in cui il diritto dell’Unione consente semplicemente di adottare determinate misure nazionali e lo Stato membro ha discrezione i) sull’opportunità di adottare le misure in questione o ii) nel definire le caratteristiche della misura concreta che sono rilevanti sotto il profilo degli aiuti di Stato».

⁴³ Ci si riferisce, ovviamente, alla sentenza *Apple*, (Tribunale del 15 luglio 2020, in cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2020:338) ed alle sentenze sulle imposte ungheresi e polacche, (rispettivamente Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa C-596/19 P, *Commissione c. Ungheria*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:202 e Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in causa C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:201).

L'approccio dovrebbe essere, a parere di chi scrive, ben diverso ed incisivo, qualora il comportamento dello Stato membro fosse qualificato come minaccia alla stabilità finanziaria dell'intera Unione piuttosto che «semplice» violazione della concorrenza. Sarebbe, in questa prospettiva, auspicabile un approccio differente da parte della giurisprudenza, che non ha, del resto, esitato a porre in discussione lo stesso principio di legalità in materia penale quando lo ha ritenuto necessario a contrastare le frodi IVA⁴⁴.

Il secondo profilo di interesse riguarda l'analisi tecnico-giuridica della selettività fiscale in relazione ai tributi parzialmente armonizzati. Fino ad oggi, come più volte evidenziato, l'interpretazione della Corte si è sviluppata unicamente con riguardo alle disposizioni della normativa nazionale, con notevoli criticità in termini di certezza del diritto per la vaghezza del relativo "giudizio di discriminazione". L'introduzione di elementi armonizzati, anche solo parzialmente, permetterebbe alla Corte di interpretare la nozione di aiuto di Stato in maniera meno astratta e trasformare l'analisi condotta da Commissione e Corte in un giudizio di compatibilità dei comportamenti nazionali rispetto ad un modello fiscale uniforme sancito dall'UE (*infra sez. 2.2 del capitolo 6*).

⁴⁴ È sufficiente, sul punto, richiamare la celebre 'saga Taricco', iniziata con la sentenza della Corte di giustizia del 8 settembre 2015, in causa C-105/14, *Taricco e a.*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2015:555, seguita dalla risposta della Corte costituzionale italiana tramite ordinanza 24 del 2017, con cui è stato portato all'attenzione della Corte di giustizia il possibile conflitto tra l'interpretazione proposta nella sentenza Taricco ed i principi fondanti l'ordinamento italiano, segnatamente i principi di legalità e di prevedibilità in materia penale. Alla questione ha risposto la Corte tramite sentenza del 5 dicembre 2017, in causa C-42/17, *MAS e MB*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:C:2017:936.

Si veda, in dottrina, C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, in *Forum costituzionale*, 5 ottobre 2016.

6.2 Il controllo sugli aiuti di Stato fiscali nei tributi parzialmente armonizzati

La strategia di ripresa UE include la riforma tramite armonizzazione della fiscalità diretta degli Stati membri. Si dà attuazione, in tal modo, ad una delle misure di integrazione positiva più importanti e necessarie per lo sviluppo del progetto europeo. Come già evidenziato al capitolo 4, l'armonizzazione in tale ambito è stata a lungo frenata dal peso attribuito dagli Stati membri alla propria "sovranità fiscale", che questi hanno accettato di mettere (comunque parzialmente) in discussione solo perché costretti a fronteggiare le conseguenze economiche della pandemia.

Quanto all'impatto dell'armonizzazione sul controllo degli aiuti di Stato, è possibile prevedere il passaggio da un'applicazione *praeter legem* dell'istituto⁴⁵ alla sua sovrapposizione con le categorie tributarie contenute negli atti di diritto derivato. Pare, a tal fine, particolarmente utile il raffronto con la materia delle imposte indirette⁴⁶ e con il mercato bancario⁴⁷, ambiti in cui l'art. 107 TFUE è stato utilizzato come strumento di controllo sulla coerente attuazione da parte degli Stati membri delle scelte politiche contenute negli atti di diritto derivato.

L'introduzione di una cornice normativa armonizzata va salutata con estremo favore, non solo perché essa rappresenta il necessario completamento "in positivo" dell'integrazione fiscale UE, ad oggi sviluppatasi principalmente tramite strumenti di

⁴⁵ L'analisi condotta dalla Corte di giustizia tramite il 'test in tre fasi' evidenzia come il diritto nazionale sia considerato una questione di fatto dalla Corte di giustizia, che, interpreta unicamente l'art. 107 TFUE, sussumendo gli atti nazionali all'interno del diritto primario tramite il test di discriminazione in tre fasi.

V., sul punto, Corte di giustizia del 28 giugno 2018, in causa C-203/16 P, *Dirk Andres*, in Raccolta digitale (Raccolta generale) ECLI:EU:C:2018:505, punto 78: «Pertanto, riguardo all'esame, nell'ambito di un'impugnazione, delle valutazioni del Tribunale in merito al diritto nazionale che, nel settore degli aiuti di Stato, costituiscono valutazioni di fatto, la Corte è competente solamente a verificare se vi sia stato uno snaturamento di tale diritto».

⁴⁶ Si veda, sul punto, J. ENGLISCH, *EU State Aid Rules Applied to Indirect Tax Measures*, in *EC Tax Review*, 2013, I, pp. 9 ss. B.J.M. TERRA, *Value Added Tax and State Aid Law in the EU*, in *Intertax*, 2012, II, pp. 101 ss.

⁴⁷ Si veda, *ex multis*, F. LAPRÉVOTE – A. CHAMPSAUR, *Hand in hand or parallel paths? Reflections on the future coexistence of State aid control and bank resolution in the EU*, in F. LAPRÉVOTE, J. GRAY – F. DE CECCO (a cura di), *Research Handbook on State Aid in the Banking Sector*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 538 ss.

integrazione negativa; la stessa, se adeguatamente valorizzata da Commissione e Corte di giustizia, permetterebbe di ridurre le più importanti criticità attualmente presenti nell'applicazione dell'art. 107 TFUE al settore fiscale: l'incertezza giuridica che circonda le categorie concettuali elaborate dalla Corte (*supra* sez. 2 del capitolo 5) e la capacità degli Stati membri di eludere il controllo della Commissione tramite un utilizzo sapiente della propria competenza fiscale.

Prima di esaminare il caso di studio dell'uniformazione normativa (*infra* sez. 3 del presente capitolo), è opportuno considerare la relazione tra controllo sugli aiuti di Stato ed armonizzazione parziale.

6.2.1 L'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato e l'integrazione positiva

Il diritto derivato dell'Unione condiziona fortemente l'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato, e ciò benché la disciplina di quest'ultimo sia contenuta all'interno del Trattato e nella giurisprudenza della Corte di giustizia, fonti evidentemente sovraordinate al primo. Il legame tra l'istituto e gli atti di armonizzazione si manifesta tanto in maniera esplicita, nel giudizio sulla compatibilità della misura operato ai sensi dei par. 2 e 3 dell'art. 107 TFUE⁴⁸, che, più sottilmente, nell'interpretazione della nozione di 'aiuto' compiuta dalla Corte di giustizia.

Quanto al primo ambito, la Commissione è tenuta, non solo a valutare se i benefici apportati dall'aiuto siano superiori ai danni cagionati all'equilibrio concorrenziale del mercato ma anche accertare che, autorizzando l'aiuto in questione, non vengano violate altre disposizioni o principi generali dell'ordinamento UE globalmente considerato, includendo, quindi, anche gli atti di diritto derivato⁴⁹. Si

⁴⁸ Si veda, in generale sul giudizio di compatibilità, T. M. RUSCHE, C. MICHEAU - H. PIFFAUT - K. VAN DE CASTEELE, *Compatibility of State Aid with the Internal Market*, in J. FAULL - A. NIKPAY (a cura di), *The EU Law of Competition*, parte IV, § 17 Oxford University Press, Oxford, 2014.

⁴⁹ Il principio è stato affermato nella nota sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1977, in causa c. 74/76, *Iannelli c. Meroni*, in Raccolta, 1977, p. 557, ECLI:EU:C:1977:51, punti 14-17. Si veda, di recente sul punto, A. BIONDI, *State aid and Free Movement*, in L. HANCER - J. J. PIERNAS LÓPEZ (a cura di), *Research Handbook on European State aid law*, 2021, Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 87 ss.

tratta, come più volte affermato dalla Corte, dell'applicazione pratica del «principio generale di coerenza» nell'azione delle Istituzioni⁵⁰.

Quanto al secondo ambito, occorre soffermarsi sul carattere evolutivo della giurisprudenza della Corte. Come correttamente evidenziato dalla dottrina⁵¹, dietro la presunta “oggettività” della nozione di ‘aiuto’⁵², si cela una giurisprudenza estremamente dinamica, necessaria a garantire l'effettività dello scrutinio della Commissione nonostante l'evoluzione dell'ordinamento UE. Il diritto derivato orienta lo sviluppo della nozione di ‘aiuto’, ad esempio aprendo determinati mercati alla concorrenza, profilo rilevante tanto per la nozione di ‘impresa’⁵³ che per la valutazione

Con particolare riferimento alla materia della tassazione diretta, la *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, GU C 384, 1998, p. 3, punti 28-29 « Una misura fiscale che costituisca un aiuto ai sensi dell'articolo 92, paragrafo 1, può comunque beneficiare, alla stessa stregua degli aiuti concessi in altre forme, di una delle deroghe al principio dell'incompatibilità con il mercato comune previste dall'articolo 92 [107 TFUE], paragrafi 2 e 3 (...). La Commissione non potrebbe tuttavia autorizzare aiuti che violino sia norme del trattato, in particolare quelle relative al divieto di discriminazione e al diritto di stabilimento, sia disposizioni di diritto derivato in materia fiscale. Aspetti siffatti di un aiuto possono, parallelamente, essere oggetto di una procedura distinta ex articolo 169 [258 TFUE]. Secondo la giurisprudenza, le modalità di un aiuto indissolubilmente legate all'oggetto dell'aiuto stesso e che violino disposizioni del trattato diverse dagli articoli 92 e 93, devono ciononostante essere valutate secondo la procedura di cui all'articolo 93 nel quadro di un esame globale della compatibilità o meno dell'aiuto.

⁵⁰ Si veda, in generale, C. NK FRANKLIN, *The Burgeoning Principle of Consistency in EU Law*, in *Yearbook of European Law*, 2011, pp. 42 ss. e J. LANGER – W. SAUTER, *The Consistency requirement in EU Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, pp. 39 ss.

Sia consentito, sul punto, il rinvio a R. FEDERICO, *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, in *Eurojus*, 2021, II, pp. 172 e ss, e giurisprudenza ivi cit., per la recente applicazione del principio di coerenza tra dichiaratoria di compatibilità degli aiuti di Stato disciplina del mercato interno negli aiuti concessi alle compagnie aeree durante la pandemia da COVID-19.

⁵¹ Si veda, A. BIONDI – E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL – D. CHALMERS (a cura di), *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 670 e, più di recente, M. MEROLA – F. CALIENTO, *Is the notion of aid broadening or shrinking over time, and if so, why? A subjective view on the rationale of the case law*, in P. L. PARCU – G. MONTI – M. BOTTA (a cura di) *EU State Aid Law. Emerging Trends at the National and EU Level*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2020, pp. 18 ss.

⁵² *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto*, cit., punto 3.

⁵³ Si veda, per l'impatto della liberalizzazione del mercato sanitario slovacco sull'accertamento della presenza di un'impresa, ai sensi del diritto della concorrenza, Corte di giustizia del 11 giugno 2020, in cause riunite, C-262/18 P and C-271/18 P, *Commissione c. Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s.*, in Raccolta generale, ECLI:EU:C:2020:450; Cfr., analogamente per il mercato italiano, Tribunale del 2 giugno 2021, n causa T-223/18, *Casa Regina Apostolorum della Pia Società delle Figlie di San Paolo c. Commissione europea*, in Raccolta generale, ECLI:EU:T:2021:315, la cui impugnazione è attualmente pendente di fronte alla Corte di giustizia, C-4921/21 P.

dell'«effetto dell'aiuto su mercato e concorrenza»⁵⁴. Ancora, l'impatto del diritto derivato è ben visibile nel celebre test *Altmark*⁵⁵, in cui la Corte ha sostanzialmente trasferito i principi consolidati in materia di appalti all'interno della gestione dei Servizi di interesse economico generale⁵⁶.

Entrambe tali dimensioni sono rilevanti nel contesto fiscale.

Quanto all'impatto sulla nozione di 'aiuto', le disposizioni di diritto derivato dovrebbero influenzare il giudizio di discriminazione/deroga dal sistema di riferimento, sostituendo così il riferimento esclusivo alla cornice normativa interna⁵⁷ (*infra* sez. 2.2 del presente capitolo). A sostegno di tale previsione, va evidenziato come la sola volontà politica di armonizzare la tassazione dei servizi digitali già condizioni l'applicazione dell'art. 107(1) TFUE, come avvenuto nel già citato caso delle imposte ungheresi e polacche, in cui l'interpretazione restrittiva della Corte trova ragione, secondo la dottrina maggioritaria, nell'ottica di non ostacolare lo sviluppo di un modello di tassazione UE basato sul fatturato⁵⁸.

⁵⁴ Si veda, sul punto, la sentenza del Tribunale del 15 giugno 2000, in cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a 607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta e a. c. Commissione*, in Raccolta, 2000, II, 02319, ECLI:EU:T:2000:151, con nota di G. CONTE, *The EC rules concerning existing aid: substantial and procedural aspects*, in AA. VV. (a cura di) *EC State aid Law. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Wolters Kluwer International, Alphen aan den rijn, 2008, pp. 289 ss.

⁵⁵ Corte di giustizia del 24 luglio 2003, in causa C-280/00, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, in Raccolta, 2003, I, p. 7747, ECLI:EU:C:2003:415, punto 95.

⁵⁶ In generale, sul punto, si rinvia a D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010. In particolare, sul ruolo del controllo sugli aiuti di Stato, pp. 714 ss.

Si veda, per tutti, sulla relazione tra controllo sugli aiuti di Stato e normativa sugli appalti, A. SANCHEZ-GRAELLS, *State Aid and EU Public Procurement: More Interactions, Fuzzier Boundaries*, in L. HANCHER & J.J. PIERNAS LÓPEZ (a cura di), *Research Handbook on European State Aid Law* (2nd edn, Edward Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 329 ss.

⁵⁷ Si veda, oltre alle riflessioni già svolte alla sezione 2 del capitolo 5, l'opinione fortemente critica sul punto dell'AG H. Saugmandsaard Øe del 19 settembre 2018, in causa C-374/17, *Finanzamt B c. A-Brauerei*, in Raccolta generale (Raccolta digitale), ECLI:EU:C:2018:1024.

⁵⁸ Si veda, sul punto, R. SZUDOCZKY – B. KÁROLYI, *Progressive Turnover Taxes under the Prism of the State Aid Rules: Effective Tools to Tax High Financial Capacity or Inconsistent Tax Design Granting Selective Advantages?*, in *European State aid Law Quarterly*, 2020, III, pp. 251 ss.

Pare condivisibile la lettura operata dalla dottrina sulle pronunce in esame. La Commissione, infatti, aveva correttamente applicato i consolidati precedenti in materia a proposito dell'incoerenza intrinseca del regime fiscale, e segnatamente il caso Corte di giustizia del 15 novembre 2011, in causa C-106/09P, *Commissione c. Governo di Gibilterra (Gibraltar)*, in Raccolta, 2011, I, 11113, ECLI:EU:C:2011:732.

Quanto al giudizio di compatibilità, la previsione appare più complessa, in quanto non si può realmente prescindere dal contenuto specifico che assumeranno gli atti di diritto derivato. Inoltre, le scarse indicazioni contenute nella *Comunicazione sull'applicazione degli aiuti di Stato in materia di tassazione diretta del 1998*⁵⁹ non sono sufficienti ad identificare un approccio chiaro sul punto. Si può però già prevedere che il settore potenzialmente più problematico sarà quello della fiscalità ambientale, in cui la compatibilità degli sgravi fiscali “verdi” andrà valutata alla luce della complessa normativa (non solo fiscale) di settore⁶⁰.

6.2.2 Dal divieto «generico» di discriminazioni fiscali al controllo sulla corretta attuazione dei modelli tributari UE

La prima e più rilevante conseguenza dell'introduzione di modelli tributari armonizzati sarà la modifica del test di accertamento del ‘vantaggio fiscale selettivo’, rispetto al quale, come già accennato, sussistono notevoli criticità.

Il test attuale si fonda su tre passaggi logici distinti: identificazione della cornice normativa di riferimento; accertamento di una deroga rispetto a tale cornice; valutazione di eventuali giustificazioni addotte dallo Stato membro (*supra* sez. 1 del

La scelta formalista della Corte di giustizia non può, a ben vedere, che giustificarsi alla luce della proposta di introdurre tasse sul digitale basate sul fatturato, la cui discussione era già in atto al momento di apertura dei giudizi in esame.

⁵⁹ La *Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese*, cit., dedica alla compatibilità della misura solo i punti 31 – 33, considerando peraltro profili molto diversi, quali la chiarezza del progetto cui è subordinato lo sgravio fiscale, il divieto di concedere aiuti al funzionamento, il carattere decrescente del sussidio fiscale. Si tratta, a ben vedere, di disposizioni generiche, che prescindono da contenuti di dettaglio sulla corretta fisionomia che un incentivo fiscale dovrebbe assumere per essere compatibile con il Mercato interno.

⁶⁰ Si pensi, ad esempio, alla necessità che i sistemi di approvvigionamento energetico finanziati tramite aiuti di Stato fiscali siano aperti all'acquisto di energia prodotta in altri Stati membri per evitare discriminazioni a favore dei produttori nazionali. Si veda la *Comunicazione della Commissione ‘Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore dell'ambiente e dell'energia 2014-2020’*, (2014/C 200/01), punto 29 «se una misura di aiuto o le condizioni alle quali l'aiuto è subordinato (ivi compreso il metodo di finanziamento quando esso è parte integrante dell'aiuto) comportano in maniera indissociabile una violazione del diritto dell'Unione, l'aiuto non può essere dichiarato compatibile con il Mercato interno. Ad esempio, in materia di energia tutti i prelievi intesi a finanziare misure di aiuto di Stato devono essere, nello specifico, conformi alle disposizioni degli articoli 30 e 110 del trattato. Con particolare riferimento agli aiuti fiscali in materia energetica, *ibid.*, punti 167 – 180.

capitolo 2). L'analisi di tali passaggi viene, ad oggi, condotta sulla base del quadro normativo nazionale, come imposto dalla necessità di rispettare la competenza fiscale degli Stati in una materia non armonizzata⁶¹. Ciò, tuttavia, genera grande incertezza per gli interpreti ed effetti dirompenti per la posizione delle ignare imprese beneficiarie di aiuti fiscali, incapaci di prevedere se una determinata disposizione fiscale ricada all'interno dell'art. 107 (1) TFUE (*infra* sez. 2 del capitolo 5). Inoltre, l'assenza di categorie armonizzate indebolisce l'effettività del controllo sugli aiuti, oggi, come detto, messa in pericolo dall'utilizzo sapiente della propria competenza fiscale da parte degli Stati membri.

L'introduzione di atti di diritto derivato armonizzati potrebbe certamente ovviare a tali criticità, fornendo alla Corte di giustizia una «cornice di riferimento» univoca ed autonoma dai modelli tributari nazionali. Per quanto concerne gli elementi non armonizzati, infine, la discrezionalità residua in capo agli Stati membri dovrebbe essere esercitata nel rispetto dei principi generali emergenti dalla struttura del tributo armonizzato, prevenendo così il rischio di aggiramento delle norme.

La previsione appena formulata, relativa all'abbandono di parametri nazionali, si fonda sull'analogia con l'applicazione dell'art. 107 TFUE nel settore delle imposte indirette, come noto, fortemente armonizzato⁶². Va, in particolare, richiamato il caso *Heiser*⁶³, concernente una normativa austriaca che consentiva di richiedere un'esenzione IVA sui beni strumentali dell'impresa nonostante l'attività svolta dal professionista fosse esente da imposta per il consumatore finale. Il sig. Heiser, odontoiatra basato in Austria, chiedeva l'applicazione dell'esenzione in parola sui beni

⁶¹ Così, W. SCHÖN, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1999, pp. 17 ss., p. 23. «Of course the most effective way of fighting tax incentives would be to elaborate from a Community perspective an autonomous general description of a 'normal' tax system regardless of the individual traditions and policies of the Member States in order to provide the Commission and the Court with a fixed starting point. But this approach is prohibited because it would interfere with the unquestioned sovereignty of States to decide in general which economic transactions shall be subject to tax».

⁶² Si veda, per una panoramica degli atti di integrazione positiva in materia di tributi indiretti, P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2017, capitolo 9, pp. 217 ss.

⁶³ Corte di giustizia del 3 marzo 2005, in causa C-172/03, *Heiser*, in *Raccolta* 2005, I, p. 1627, ECLI:EU:C:2005:130.

da lui acquistati, in ottemperanza alla normativa nazionale, che, tuttavia, si poneva in contrasto con i principi intrinseci al sistema normativo contenuto nella sesta direttiva IVA. A tale richiesta si opponeva l'amministrazione fiscale nazionale, evidenziando il conflitto tra normativa interna e l'art. 107 TFUE.

La risposta della Corte di giustizia al quesito posto dal giudice del rinvio in tale controversia evidenzia la modalità di analisi seguita in materia di tributi armonizzati. Il sistema normativo di riferimento ed i relativi principi di funzionamento vengono individuati unicamente nell'atto di diritto derivato (la già citata sesta direttiva IVA⁶⁴), senza alcuna considerazione per la normativa nazionale di attuazione. Quest'ultima, piuttosto, diviene rilevante unicamente per identificare la presenza di una deroga dal paradigma regolamentare UE.

Ciò è confermato dallo stesso dispositivo della sentenza⁶⁵, che riproduce il consolidato principio in materia di IVA, per cui il compimento di operazioni esenti (a valle) da parte dell'imprenditore non permette a questo di chiedere l'esenzione dal tributo sull'acquisto dei macchinari acquistati (a monte) per lo svolgimento di tale attività⁶⁶. Il generico riferimento al principio di non discriminazione viene, quindi, sostituito dall'accertamento della violazione del modello tributario sovranazionale, un esito indubbiamente auspicabile anche in materia di tassazione diretta per le ragioni più sopra evidenziate.

⁶⁴ Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari – Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, GU L 145, 1977, p. 1.

⁶⁵ Così il dispositivo: «L'art. 92 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 107 TFUE) deve essere interpretato nel senso che deve essere qualificata come aiuto di Stato una disciplina come quella disposta dall'art. XIV, n. 3, della legge federale 21/1995, nella versione di cui alla legge federale 756/1996, vale a dire una disciplina secondo cui il passaggio dei medici dal regime di operazioni soggette all'imposta sulla cifra di affari al regime di operazioni esenti da detta imposta non implica la riduzione, prevista dall'art. 20 della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, della detrazione già effettuata in rapporto a beni che continuano a essere impiegati nell'impresa».

⁶⁶ Si veda, per un inquadramento sul punto, A. CARINCI – T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 166-168.

6.2.3 La funzione di supporto all'integrazione positiva

L'introduzione di una cornice normativa parzialmente armonizzata non si tradurrà solo in un innalzamento qualitativo dell'analisi tecnico-giuridica condotta dalle Istituzioni. A ben vedere, la sovrapposizione tra art. 107(1) TFUE e diritto derivato condizionerà, più nel profondo, la stessa funzione dell'istituto nella regolazione del mercato interno.

Attualmente, il controllo sugli aiuti di Stato mira a sanzionare gli abusi manifesti della competenza fiscale nazionale, realizzati tramite la concessione di sconti fiscali discriminatori. Si tratta, evidentemente, di una tipica espressione di integrazione negativa, analogamente alla disciplina sulle libertà fondamentali⁶⁷ ed agli art. 116 e 117 TFUE⁶⁸. Benché utile a limitare le distorsioni del mercato più macroscopiche, l'istituto appare inadeguato, in quanto tale, a fondare una politica fiscale europea, che non può prescindere da una evoluzione "in positivo"⁶⁹.

L'introduzione di una normativa tributaria di diritto derivato potrebbe influenzare tale profilo, rendendo il controllo sugli aiuti di Stato uno strumento di supporto all'integrazione positiva. L'interpretazione dell'istituto, infatti, non potrà prescindere dall'analisi delle categorie tributarie introdotte dal diritto derivato. Questo passaggio si rivela necessario a definire la cornice di riferimento all'interno della quale accertare la presenza di una discriminazione e di una eventuale giustificazione. Così facendo, oltre alla funzione tipica "in negativo" dell'istituto, si unisce lo sviluppo interpretativo dei principi inerenti al modello tributario armonizzato, da applicare a situazioni non espressamente coperte dalle disposizioni di diritto derivato.

Tale evoluzione si coglie con particolare evidenza in relazione al rinvio pregiudiziale interpretativo, che può essere richiesto dall'amministrazione fiscale nazionale per paralizzare la pretesa allo sgravio fiscale avanzata dal contribuente.

⁶⁷ Si veda, di recente, A. MAITROT DE LA MOTTE, *Taxation of business in the EU: general issues*, in C. HJI PANAYI – W. HASLEHNER – E. TRAVERSA (a cura di) *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, pp. 178 ss.

⁶⁸ M. F. NOUWEN, *The Market Distortion Provisions of Articles 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?*, in *Intertax*, 2021, I, pp. 14 ss.

⁶⁹ E. TRAVERSA – A. MAITROT DE LA MOTTE, *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, cit., pp. 357 ss.

L'attuale applicazione dell'istituto in relazione all'art. 107 TFUE, fondata sui tre noti passaggi logici, analizza unicamente la disciplina nazionale al fine di individuare una discriminazione nella normativa nazionale, senza sviluppare esplicitamente, se non in casi eccezionali⁷⁰, principi tributari autonomi. Al contrario, in caso di normativa armonizzata, la necessità di ricostruire la cornice di riferimento UE all'interno della quale analizzare la compatibilità della misura nazionale, si dovrebbe fondare su un'interpretazione diretta della normativa UE di diritto derivato, così sviluppando i principi ivi contenuti.

In conclusione, una delle possibili linee evolutive dell'istituto concerne la stessa funzione del controllo sugli aiuti di Stato, che passerebbe da un "classico" strumento di integrazione negativa, volto a sanzionare gli interventi legislativi confliggenti con il principio di non discriminazione ad uno strumento ausiliario all'integrazione positiva, tramite il quale sviluppare i principi tributari contenuti negli atti di diritto derivato ed estenderne analogicamente l'applicazione a situazioni non espressamente tipizzate dal legislatore UE.

⁷⁰ La sentenza della Corte di giustizia del 8 settembre 2011, in cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Paint Graphos e a.*, in Raccolta 2011, I, p. 7611, ECLI:EU:C:2011:550, in cui la Corte analizzò la normativa fiscale italiana alla luce delle disposizioni del Regolamento (CE) n. 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della Società cooperativa europea. La cornice di riferimento viene, dunque, individuata tramite la normativa domestica ma il secondo passaggio del test, relativo alla discriminazione tra cooperative ed altre società, viene condotto integrando i parametri del Regolamento sulla SE.

6.3 Chi controlla i controllori? Aiuti di Stato, tributi pienamente armonizzati ed amministrazioni fiscali nazionali

L'attività delle amministrazioni fiscali nazionali è già stata esaminata in relazione agli sconti fiscali concessi da alcuni Stati membri tramite transazioni fiscali alle imprese multinazionali (*supra* sez. 2.3 del capitolo 3.). L'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato in tale settore, tuttavia, presenta caratteristiche solo parzialmente sovrapponibili al caso di studio, di seguito esaminato, dei tributi totalmente armonizzati.

Prima di evidenziare gli elementi di novità, occorre accennare al cd. prelievo sul digitale⁷¹, il tributo principale candidato ad essere oggetto di uniformazione normativa. L'imposta, inizialmente introdotta da alcuni Stati membri⁷², era stata poi inclusa dalla Commissione all'interno di un piano più ambizioso di riforma delle politiche fiscali nazionali, volto a adattare la cornice normativa domestica alle sfide dell'economia digitale⁷³. Lo scenario è, tuttavia, ulteriormente mutato a seguito della

⁷¹ Così il Consiglio europeo, nelle conclusioni del 25 marzo 2021, SN 18/21 «sottolineiamo la necessità di affrontare con urgenza le sfide fiscali derivanti dalla digitalizzazione dell'economia per assicurare che tutti gli operatori paghino la giusta quota di imposte. Ribadiamo la nostra decisa preferenza e il fermo impegno a favore di una soluzione globale per la tassazione internazionale del digitale e ci adopereremo per raggiungere una soluzione consensuale entro la metà del 2021 nel quadro dell'OCSE. Confermiamo che l'Unione europea sarà pronta a procedere qualora non si profili una soluzione globale. Ricordiamo che, quale base per una risorsa propria supplementare, nel primo semestre del 2021 la Commissione presenterà una proposta relativa a un prelievo sul digitale in vista della sua introduzione al più tardi entro il 1° gennaio 2023».

La proposta di tributo sul digitale annunciata dalla Commissione era stata momentaneamente sospesa per facilitare le trattative in sede OECD e, infine, riproposta il 22 dicembre. L'accordo di massima è stato raggiunto in data 8 ottobre 2021 e l'entrata in vigore dell'imposta è previsto a partire dall'anno 2023. L'accordo introduce due pilastri: il primo concerne la riallocazione della giurisdizione fiscale, attribuendo il diritto di tassare i profitti delle compagnie multinazionali del digitale alle giurisdizioni del luogo in cui i profitti sono stati generati; il secondo riguarda l'aliquota minima, individuata al 15% e riguarda solamente le compagnie con ricavi superiori a 750 milioni di euro all'anno.

⁷² G. LEALI, *Europeans, US agree on withdrawing digital taxes and retaliatory measure*, articolo apparso su Politico il 21 ottobre 2021.

Le proposte di tassazione sul digitale di Francia ed Italia sono state analizzate dalla dottrina anche in relazione al controllo sugli aiuti di Stato, che ne ha evidenziato la possibile incompatibilità con l'art. 107 TFUE. Cfr. S. LUDER, *Is a digital services tax State aid?*, in *European Tax Blog*, 24 maggio 2019; e P. IBANEZ COLOMO, *Digital Service Taxes and State aid: Chillin' in the media*, in *Chilling competition*, 17 luglio 2019.

⁷³ Il tributo in oggetto è molto meno ambizioso di quanto inizialmente proposto dalla Commissione, che intendeva introdurre una normativa tributaria completa sul digitale piuttosto che una tassazione mirata sulle sole imprese più redditizie. Così B. ANGEL, *'The European Commission's Year Ahead In Tax'*,

vittoria di Joe Biden alle elezioni americane, evento che ha riaperto il dialogo a livello internazionale sull'introduzione di una tassazione minima sui colossi del digitale. Il dibattito politico, di conseguenza, si è spostato dal consesso regionale a quello globale, in seno all'OECD, ed è stato raggiunto l'accordo di massima di introdurre un'aliquota minima al 15% per le prime cento aziende del mondo in termini di fatturato e redditività⁷⁴. Conclusosi l'*iter* in sede OECD, ha ripreso forma l'idea di introdurre un "tributo europeo sul digitale", il cui contenuto sarà indirettamente vincolato al rispetto delle determinazioni assunte nel consesso internazionale dagli Stati membri⁷⁵.

L'armonizzazione massima si realizza tramite l'introduzione di un modello tributario autonomo da quelli nazionali, caratterizzato da struttura e principi interamente definiti a livello sovranazionale. Inoltre, a differenza dell'IVA, che pure possiede tali caratteristiche⁷⁶, si esclude qualsiasi margine discrezionale nell'implementazione delle disposizioni in esame da parte degli Stati membri. In virtù dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, un tale grado di armonizzazione deve trovare giustificazione nel carattere sovranazionale del fenomeno regolato e nella necessità di evitare distorsioni concorrenziali conseguenti ad una anche parziale eterogeneità normativa tra le normative domestiche.

In tale contesto, il controllo sugli aiuti di Stato assume quale oggetto di analisi il comportamento delle amministrazioni fiscali nazionali. Infatti, la presenza di una normativa uniforme tra gli Stati membri esclude la possibilità dei parlamenti di abusare della propria discrezionalità politica e sposta l'indagine sulla quantificazione ed

cit. « We are therefore preparing a proposal that will be articulated with the OECD, that will have different purposes, and that will help also addressing our requirement, which is [to] generate a sufficient volume of own resource[s] for the union budget. Because this is a mandate that we have received from the head of state and governments, the Council of Ministers, and the EP».

⁷⁴Cfr. nt. 75.

⁷⁵ Non si tratta di un rapporto di gerarchia tra fonti omogenee dal momento che l'accordo internazionale in questione verrà firmato solamente dagli Stati membri e non dall'Unione, il che rende inapplicabile l'art. 216 TFUE, che, nel sancire la superiorità del diritto internazionale al diritto derivato, considera il ruolo degli accordi internazionali conclusi dall'Unione.

Il vincolo è, tuttavia, di natura indiretta, dal momento che l'introduzione da parte dell'Unione di una normativa armonizzata configurerà per gli Stati membri, tutti firmatari dell'accordo, una responsabilità internazionale per violazione del Trattato.

⁷⁶ A. DI PIETRO, *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sul diritto tributario*, cit., pp. 291 – 294.

effettiva riscossione del tributo. Tale profilo avvicina il caso di studio dei tributi uniformati allo scrutinio dei *tax ruling* ma occorre evidenziare due rilevanti differenze rispetto ai primi: in primo luogo, l'ambito di applicazione dovrebbe essere molto più ampio dei soli rapporti tributari internazionali per coinvolgere interamente l'attività delle amministrazioni fiscali in relazione al tributo armonizzato; in secondo luogo, l'analisi condotta dalla Commissione potrebbe prescindere totalmente dalla normativa fiscale nazionale per valutare la compatibilità del comportamento dello Stato rispetto al solo parametro UE.

Infine, e si tratta della differenza più rilevante, occorre considerare le potenzialità derivanti dalla sovrapposizione tra tutela della concorrenza e stabilità finanziaria UE (v. *supra* 6.1). La valorizzazione di tale profilo nell'interpretazione della nozione di aiuto di Stato fiscale dovrebbe, a parere di chi scrive, legittimare un'applicazione più coraggiosa dell'istituto rispetto a quanto avvenuto in relazione ai *tax ruling*⁷⁷, tale da fondare una nuova relazione istituzionale tra Commissione ed amministrazioni fiscali nazionali, congiuntamente impegnate a tutelare gli interessi finanziari dell'Unione, oltre che la concorrenza nel Mercato interno.

6.3.1 Il controllo sugli aiuti di Stato e l'uniformazione normativa

Il controllo sugli aiuti di Stato trova applicazione prevalentemente in settori fatti oggetto di armonizzazione parziale piuttosto che in quelli totalmente uniformati⁷⁸. Ciò, tuttavia, discende da una scelta di politica applicativa dell'istituto più che da vincoli

⁷⁷ Rinviando alla sez. 2 del capitolo 3 per un'analisi critica del caso Apple, è sufficiente qui ricordare che il Tribunale ha accolto i ricorsi presentati da Irlanda ed Apple, ritenendo che la Commissione abbia violato l'art. 107 TFUE. Nonostante la lacunosità della normativa domestica, infatti, la Commissione non avrebbe potuto concludere nel senso dell'illegittimità dei comportamenti dell'amministrazione fiscale irlandese in assenza di una chiara deroga dalla cornice di riferimento. Non è stato, invece, ritenuto rilevante il fatto che la normativa sia manifestamente costruita in maniera lacunosa dallo Stato membro per facilitare comportamenti elusivi da parte delle multinazionali.

⁷⁸ E', a tal proposito, sufficiente esaminare l'elenco dei settori di intervento della Commissione in cui questa ha formalizzato le proprie valutazioni sulla compatibilità dell'aiuto: settore energetico, bancario e servizi pubblici, solo per richiamare quelli più frequentemente esaminati. Per una panoramica dei settori di intervento, si veda, l'elenco riportato sul sito della Commissione, https://ec.europa.eu/competition-policy/sectors_it.

giuridici. L'art. 107 TFUE, infatti, viene spesso impiegato dalla Commissione a sostegno della regolamentazione di diritto derivato, per garantire che i margini di discrezionalità residui in capo agli Stati membri siano esercitati in maniera compatibile con gli obiettivi perseguiti tramite integrazione positiva⁷⁹.

Non sussistono, al contrario, ostacoli normativi all'applicazione dell'art. 107 TFUE in caso di armonizzazione totale. L'errata interpretazione ed applicazione delle disposizioni UE da parte degli organi nazionali, qualora determini un indebito vantaggio per le imprese, è perfettamente sussumibile entro l'art. 107(1) TFUE. In tal caso, tuttavia, l'esistenza di un aiuto di Stato va accertata considerando la diligenza dell'apparato statale deputato all'applicazione di tali disposizioni e non la discrezionalità politica dei parlamenti nazionali⁸⁰. A sostegno di tale lettura, è sufficiente richiamare il recente caso *Buonotourist*⁸¹, in cui l'aiuto di Stato è stato individuato nell'erronea applicazione del Regolamento 1191/69⁸² da parte del giudice amministrativo italiano in materia di compensazione per obblighi di servizio pubblico⁸³.

⁷⁹ Si prenda ad esempio il settore bancario, in cui la Commissione ha integrato obiettivi attinenti alla regolamentazione bancaria nella valutazione di compatibilità dell'aiuto. La Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria, 2013/C, p. 216/01, punti 15 ss., disciplina, infatti, l'istituto della condivisione degli oneri ('burden sharing'), considerato dalla Commissione in relazione alla "necessità" dell'aiuto di Stato nel contesto di crisi bancaria. Il medesimo principio si ritrova nella Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, GU L 173, 2014, p. 190, artt. 48 e 60, in relazione alla sequenza di svalutazione e conversione degli strumenti finanziari di soci ed obbligazionisti prima di poter accedere al supporto pubblico.

⁸⁰ Cfr. le conclusioni dell'AG Kokott del 9 novembre 2017, in cause riunite C-236/16 e C-237/16, *ANGED*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2017:854, punto 82.

⁸¹ Corte di giustizia del 4 marzo 2020, in causa C-586/18 P, *Buonotourist c. Commissione*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2020:152.

⁸² Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, GU L 156, 28.6.1969, p. 1.

L'atto è stato abrogato e sostituito da Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, GU L 315, 2007, p. 1

⁸³ *Buonotourist c. Commissione*, cit., punto 23.

Va, allora, evidenziata la peculiare fisionomia assunta dall'istituto in questo caso. L'art. 107 TFUE, infatti, sembra sovrapporsi al ricorso di infrazione, nella misura in cui entrambi sono volti ad assicurare il rispetto del diritto UE da parte degli Stati membri. L'ambito di applicazione del controllo sugli aiuti di Stato è, ovviamente, più limitato perché la violazione rilevante ai sensi dell'art. 107 TFUE è solo quella che attribuisce un «vantaggio selettivo» alle «imprese» beneficiarie⁸⁴, a differenza dell'art. 258 TFUE, che prescinde tanto dalla presenza del «vantaggio selettivo» che dal requisito soggettivo legato allo svolgimento di un'«attività economica» da parte del beneficiario. Pur a fronte di un ambito di applicazione più ristretto, l'istituto è però indubbiamente più efficace della procedura di infrazione grazie all'istituto del recupero dell'aiuto.

Trasferendo tali riflessioni nel settore fiscale, va allora ribadito come l'applicazione dell'istituto ai tributi uniformati subisca una modifica qualitativa, ancor più profonda di quanto visto in relazione all'armonizzazione parziale. L'art. 107 TFUE non si limita, infatti, ad “inquadrate” la competenza fiscale nazionale, reprimendo gli abusi più evidenti; il controllo della Commissione diviene il mezzo per assicurare l'effettiva applicazione dei modelli tributari UE da parte delle amministrazioni fiscali nazionali, il cui mandato si amplia fino a ricomprendere la tutela del bilancio UE.

6.3.2 La nozione di ‘vantaggio selettivo’ applicata all'attività delle amministrazioni fiscali nazionali

Gli aspetti qui accennati, se adeguatamente valorizzati nell'interpretazione dell'istituto da parte di Corte e Commissione, avrebbero rilevanti ripercussioni sull'analisi tecnico-giuridica relativa alla nozione di aiuto di Stato fiscale. Da un lato, il “test in tre fasi” dovrebbe considerare le peculiarità dell'attività di esazione - imposizione delle amministrazioni fiscali domestiche, che impediscono di estendere *tel quel* l'attuale test del «quadro di riferimento», relativo all'attività legislativa dei Parlamenti. Dall'altro,

⁸⁴ Per una analisi dei singoli elementi costitutivi della nozione di aiuto si rinvia alla *Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto*, cit.

va richiamato quanto detto più sopra in relazione all'armonizzazione parziale, a proposito dell'importanza delle categorie giuridiche uniformi che verrebbero così introdotte, tali da migliorare la coerenza dell'analisi condotta dalla Corte.

Come già anticipato, l'applicazione dell'art. 107 TFUE in relazione ai *tax ruling* è certamente l'ambito più simile a quanto si potrebbe verificare nelle fattispecie totalmente armonizzate. In entrambi i casi, infatti, si prescinde dall'esercizio della competenza legislativa domestica per esaminare la corretta quantificazione del tributo da parte dell'amministrazione fiscale.

Sussistono, tuttavia, importanti differenze nell'analisi giuridica condotta da Corte e Commissione nei due ambiti. Attualmente, il controllo sui *tax ruling* si fonda sulla cornice normativa interna e la Commissione è tenuta a dimostrare l'errata o negligente applicazione di questa da parte dell'amministrazione fiscale domestica (v. *supra* sez. 2.1 del capitolo 3). Se quest'ultima riesce a dimostrare di essersi mossa entro margini interpretativi legittimi secondo la normativa interna, non sussiste alcun «vantaggio selettivo»⁸⁵, e ciò, nonostante il carattere manifestamente lacunoso della normativa costituente il quadro di riferimento⁸⁶.

Al contrario, in presenza di una normativa totalmente armonizzata, l'amministrazione fiscale perderebbe l'eventuale margine di discrezionalità concesso dal diritto interno, tale da permettere allo Stato di rinunciare al gettito fiscale di alcuni grandi contribuenti per favorire la competitività del territorio nazionale. La quantificazione del tributo dovuto diverrebbe, cioè, esercizio di potere totalmente vincolato, come imposto dalla necessità di perseguire l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria UE.

⁸⁵ Tribunale del 15 luglio 2020, in cause T-778/16 e T-892/16, *Irlanda e a. c. Commissione*, punti 179-182, in cui il Tribunale richiama l'interpretazione data alla normativa interna da parte della Corte costituzione irlandese.

⁸⁶ Sia consentito il rinvio, in senso critico a R. FEDERICO, *EU Commission to appeal the Apple State aid judgement: the best is yet to come*, in *Regulating for globalization*, blog post del 6 ottobre 2020. Per un commento più articolato sulle incongruenze della pronuncia del Tribunale, S. DALY, *The Power to Get It Wrong*, in *Law Quarterly Review*, 2021, 137(2), p. 280 ss.

Alla luce di questo, sarebbe auspicabile l'abbandono del consolidato "test in tre fasi", ancora utilizzato con alcuni adattamenti, nello scrutinio dei *tax ruling*⁸⁷. In questo caso, infatti, il test risulterebbe ingiustificatamente macchinoso, dal momento che la deviazione a ribasso rispetto alla corretta interpretazione dell'atto UE sarebbe *in re ipsa* una deroga dal sistema di riferimento o, detto altrimenti, una discriminazione rispetto ai contribuenti tenuti al pagamento integrale del tributo. L'analisi più lineare parrebbe, piuttosto, quella vista nel già citato *Buonotourist*, in cui la Commissione si è limitata a constatare l'errore interpretativo sulla disposizione UE compiuto dall'organo nazionale ed il nesso causale tra tale errore ed il vantaggio ottenuto dall'impresa beneficiaria.

6.3.3 L'art. 107 TFUE come controllo amministrativo di secondo livello

L'ultima riflessione che interessa sviluppare concerne le ripercussioni sul piano istituzionale dell'applicazione dell'istituto, ossia la nuova relazione tra Commissione ed amministrazioni pubbliche degli Stati membri in caso di uniformazione normativa. L'assenza di discrezionalità residua in capo agli Stati membri renderebbe, di fatto, l'art. 107 TFUE uno strumento di controllo amministrativo di secondo grado sulla corretta applicazione del diritto dell'Unione.

La differenza rispetto all'attuale applicazione dell'istituto è, a ben vedere, netta. In assenza di una cornice armonizzata, l'art. 107 TFUE realizza infatti un «inquadramento» della competenza nazionale, operando un bilanciamento tra le prerogative regolamentari degli Stati membri ed il modello virtuoso di tassazione che la Corte intende affermare. Al contrario, l'uniformazione normativa, eliminando ogni spazio per la competenza normativa domestica, influirebbe sul ruolo della Commissione, chiamata ad assicurare la corretta applicazione della scelta politica già compiuta dalle Istituzioni. Nel primo caso, si tratta del consolidato esercizio di

⁸⁷ Il metodo di analisi seguito dalla Commissione è schematizzato in *DG Competition working paper on State aid and Tax rulings* del 3 giugno 2016.

“ingegneria costituzionale” tipico dell’integrazione negativa⁸⁸; nel secondo, invece, l’obiettivo è assicurare l’effettiva applicazione del diritto secondario dell’Unione.

Se tali profili sono presenti in ogni ambito caratterizzato da armonizzazione totale, il collegamento tra fiscalità diretta e bilancio UE (v. *supra* 6.1) connoterà in misura ancor più netta il rapporto tra Commissione ed amministrazioni fiscali nazionali. Accanto all’obiettivo di garantire la parità di trattamento tra imprese contribuenti, già inerente all’attuale applicazione dell’istituto, la Commissione sarebbe chiamata a tutelare la solidità del bilancio UE tramite il controllo sull’operato delle amministrazioni fiscali nazionali, su cui graverebbe, in prima battuta, la responsabilità di riscuotere correttamente i nuovi «tributi europei».

Le potenzialità in termini di effettività dell’evoluzione normativa qui descritta non devono, tuttavia, far dimenticare le criticità che tuttora caratterizzano l’applicazione dell’istituto, avuto riguardo alla tutela dei diritti dei soggetti coinvolti nei procedimenti di fronte alla Commissione (*supra* sez. 2 e 3 del capitolo 5). In questa prospettiva, se l’art. 107 TFUE può essere uno strumento adeguato a coordinare le prime fasi di sviluppo della «nuova fiscalità europea», sarà necessario, in un secondo momento, affidare il ruolo di controllo sulla corretta riscossione dei tributi in parola ad un’agenzia *ad hoc*, prevedendo, al contempo, meccanismi adeguati a garantire i diritti sostanziali e procedurali dei contribuenti. La stabilità e l’autorevolezza della «nuova fiscalità europea» non potrebbero, infatti, prescindere da un adeguato bilanciamento tra tutela dei diritti dei singoli e perseguimento degli interessi pubblici dell’Unione.

⁸⁸ Si veda, per tutti, K. LENAERTS, *Federalism and the Rule of Law: Perspectives from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2011, V, pp. 1338 ss.

Conclusioni

Il presente lavoro ha tentato di fornire nuove chiavi di lettura sull'applicazione de controllo sugli aiuti di Stato in materia fiscale. Lo si è fatto, valorizzando la duplice natura dell'art. 107 TFUE, ad un tempo pilastro della Costituzione economica dell'Unione e strumento di regolazione del mercato, coinvolto nella quotidiana attività di amministrazioni pubbliche ed imprese.

La tesi ha, innanzitutto, contestualizzato la categoria della 'selettività' all'interno di una riflessione più ampia in merito al controllo sugli aiuti di Stato (capitolo 1). L'analisi della giurisprudenza ha confermato le riflessioni della più attenta dottrina in merito al carattere "evolutivo e resiliente" della nozione di 'aiuto'. Quest'ultima, infatti, si è di volta in volta adattata agli obiettivi ed alle sfide contingenti affrontate dall'Unione, come il contrasto al tentativo degli Stati membri di mantenere forme surrettizie di protezionismo o, più recentemente, le strategie di concorrenza fiscale al ribasso.

Il secondo elemento di teoria generale che trova conferma nella giurisprudenza in materia di 'selettività fiscale' attiene alla *ratio* dell'istituto, che è stata identificata nella regolazione del mercato interno più che nella tutela della concorrenza tra imprese. In particolare, tramite l'applicazione dell'art. 107 TFUE, Commissione e Corte di giustizia hanno tentato di "inquadrare" l'esercizio della competenza fiscale degli Stati membri, per assicurare che questo non confligga con il progetto europeo¹.

Da ciò consegue l'impossibilità di eccepire l'esistenza di "competenze riservate" agli Stati membri come limite all'applicazione del controllo sugli aiuti di Stato. Tale profilo, assolutamente consolidato fino a pochi anni fa, è stato rimesso in discussione dalle recenti pronunce della Corte di giustizia relative alle imposte sul

¹ Si veda, per tutti, K. LENAERTS, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, I-II, pp. 19 ss.

fatturato introdotte da Ungheria e Polonia². I casi *FIAT* ed *Apple*³, che saranno decisi dalla Corte di giustizia nei prossimi mesi, offrono però l'opportunità di riaffermare i principi consolidati e negare l'esistenza di zone franche dall'applicazione dei Trattati. L'opposta ricostruzione, infatti, avrebbe il paradossale effetto di ridurre fortemente l'effettività dell'art. 107 TFUE, che diverrebbe mero strumento di controllo sulla coerenza intrinseca della normativa nazionale piuttosto che fattore di integrazione tra gli ordinamenti tributari nazionali.

Passando dai principi generali al tema, più specifico, della 'selettività', la ricostruzione dogmatica proposta ha enfatizzato la dimensione plurale della stessa (capitolo 2). Non esiste, cioè, un modello unitario di 'misura fiscale selettiva', corrispondente ad un "sussidio mascherato", quanto, piuttosto, una serie di utilizzi abusivi della competenza fiscale nazionale. La Corte di giustizia ha saputo valorizzare l'eterogeneità intrinseca alla materia fiscale, composta da istituti molto diversi, accomunati dalla comune presenza di una prestazione pecuniaria imposta *ex lege*.

È alla luce di tale presupposto che sono state proposte le categorie della 'selettività nelle normative tributarie con prevalente funzione fiscale', 'selettività nelle normative di finanziamento dei servizi pubblici', 'selettività nelle normative tributarie con funzione regolatoria' e, infine, la 'selettività nei corrispettivi di accesso alle infrastrutture'.

Tali categorie, oltre all'esistenza di molteplici declinazioni di 'selettività', dimostrano anche il carattere 'autonomo' dell'analisi condotta da Commissione e Corte. Le Istituzioni, infatti, non si limitano ad uno scrutinio di razionalità intrinseca della normativa domestica, come vorrebbero i fautori di un'interpretazione restrittiva di 'aiuto fiscale'. Al contrario, l'accertamento della selettività si accompagna sempre all'affermazione di 'modelli tributari impliciti', rispetto ai quali viene valutato il corretto esercizio della competenza fiscale nazionale.

² Sentenze della Corte di giustizia del 16 marzo 2021, in cause C-596/19 P, *Commissione c. Ungheria* e C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*, in Raccolta digitale (Raccolta generale), ECLI:EU:C:2021:202 e ECLI:EU:C:2021:201.

³ Il numero di registro rispettivamente assegnato ai ricorsi è C-885/19 P e C-465/20 P.

Quanto alla ‘selettività’ nei rapporti tra Stati membri ed imprese multinazionali (capitolo 3), sono state evidenziate le ambiguità che ancora, in attesa delle prime pronunce della Corte di giustizia, circondano la nozione di aiuto di Stato applicata ai *tax ruling*. Accanto all’incertezza che caratterizza il ragionamento della Commissione, l’elemento di maggior criticità appare la qualificazione giuridica solo parziale del fenomeno. Infatti, tanto la Commissione che il Tribunale hanno concentrato l’analisi sul solo rapporto “verticale” tra imprese multinazionali e Stati membri. È rimasto invece in ombra il tema dei rapporti “orizzontali” tra Stati, alterati da comportamenti opportunisti di alcuni Stati membri, dannosi per la stabilità finanziaria dell’intera Unione.

Si tratta di una criticità risolvibile sul piano interpretativo, senza necessità di modificare i Trattati, che già impongono il rispetto del principio di leale collaborazione tra i principi fondanti l’ordinamento dell’Unione. A tal fine, è stato proposto di qualificare espressamente le pratiche di concorrenza fiscale al ribasso come atti contrari all’art. 4(3) TUE, che potrebbe essere impiegato congiuntamente all’art. 107 TFUE nella lotta a tali fenomeni. Si tratta di una qualificazione del fenomeno più coerente con la cornice dei Trattati, come noto ben più complessa della sola dimensione mercantilista.

La seconda parte della ricerca ha considerato i profili più controversi dell’istituto alla luce della categorizzazione proposta nella prima parte del lavoro.

Quanto al dibattito sulla presunta lesione della ‘sovranità fiscale nazionale’ causata dall’interpretazione estensiva della dell’art. 107(1) TFUE (capitolo 4), si è innanzitutto evidenziata la correttezza della distinzione tra astratta ‘titolarità’ e concreto ‘esercizio’ della competenza fiscale nazionale. Tale distinzione, infatti, si rivela essenziale a separare gli utilizzi “fisiologici” della leva fiscale (corrispondenti alla finalità di reperire gettito ed attuare una forma di perequazione tra contribuenti) rispetto a quelli “abusivi” (in cui la diversa modulazione dell’onere fiscale risponde a finalità di politica industriale).

Nel merito, si è evidenziato come la giurisprudenza della Corte abbia saputo quasi sempre distinguere gli utilizzi fisiologici della competenza fiscale da quelli abusivi, facendo prevalere, nel primo caso, l'autonomia regolamentare degli Stati. La giurisprudenza più recente può, al contrario, essere criticata per eccessiva deferenza verso gli Stati membri, come evidenziato a proposito delle già citate imposte ungheresi e polacche.

Il profilo più problematico è stato individuato nella carenza di sufficienti garanzie procedurali e sostanziali per le imprese coinvolte nell'applicazione dell'istituto (capitolo 5). Si tratta di un elemento comune ad ogni settore in cui si applica l'art. 107 TFUE ma che, in materia tributaria, appare particolarmente problematico. I diritti dei contribuenti, infatti, rivestono importanza centrale, tanto negli ordinamenti domestici che nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di politica fiscale. Il controllo sugli aiuti di Stato, invece, considera la posizione di beneficiari e concorrenti totalmente recessiva rispetto al preminente interesse alla "riduzione al minimo degli aiuti fiscali illegali". I beneficiari, salvo circostanze eccezionali, rimangono esposti al recupero dell'aiuto per dieci anni dalla concessione, nonostante l'oggettiva ambiguità della giurisprudenza sulla nozione di 'aiuto'; i concorrenti, invece, vedono il proprio 'diritto a godere di una concorrenza non falsata' fortemente compresso, tanto da far dubitare della sua effettività.

Per far fronte a tali problematiche, si è proposta una duplice modifica interpretativa: da un lato, l'interpretazione estensiva dei principi generali del diritto in sede di recupero; dall'altro, l'applicazione analogica di alcuni istituti presenti nella Direttiva 104/2014 in tema di *private antitrust enforcement*⁴ e il coinvolgimento delle associazioni di categoria. Ciò al fine di spostare dalle imprese agli Stati, veri autori della violazione dei Trattati, il peso economico dell'infrazione.

⁴ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea. Testo rilevante ai fini del SEE, GU L 349, 2014, p. 1.

Infine, la ricerca ha proposto una riflessione sul “futuro” del controllo sugli aiuti di Stato (capitolo 6). Si è, infatti, tentato di prevedere in che modo le numerose proposte di riforma in materia di fiscalità diretta e di bilancio dell’UE si rifletteranno sull’applicazione dell’art. 107 TFUE. Attraverso l’esame di due casi di studio, quelli dell’armonizzazione parziale ed armonizzazione massima, si è evidenziato come l’integrazione positiva non ridurrà la rilevanza del controllo sugli aiuti di Stato ma ne determinerà una modifica qualitativa, migliorando le categorie di analisi utilizzate dalla giurisprudenza e rafforzando la legittimazione dell’istituto.

La panoramica delle questioni esaminate conferma l’importanza assunta dal controllo sugli aiuti di Stato in ogni settore di intervento e, in particolare, in materia fiscale.

L’istituto presenta delle innegabili criticità, che, tuttavia, non possono spingere l’interprete ad invocare “meno” controllo sugli aiuti di Stato. Come dimostrato dall’allentamento delle regole durante la pandemia, l’art. 107 TFUE è, oggi più che mai, essenziale a limitare le distorsioni del mercato interno. L’auspicabile riforma deve, piuttosto, andare nella direzione di un innalzamento qualitativo, tanto in termini di coerenza con la più ampia cornice dei Trattati che di garanzie per i singoli coinvolti nell’applicazione dell’istituto. I due profili, pur non coincidenti, sono intrinsecamente legati e trovano la propria sintesi nell’attività della Corte di giustizia.

In primo luogo, sarebbe auspicabile che questa esplicitasse gli obiettivi ed i principi fondanti l’applicazione dell’art. 107 TFUE in materia fiscale. L’attuale struttura argomentativa, basata sull’esclusivo riferimento ai propri precedenti ed implicite reinterpretazioni degli stessi, offre una sicurezza solo apparente e mina la legittimazione dell’istituto, oggetto di critiche sempre più pressanti da dottrina e dagli stessi Avvocati generali. L’auspicata maggior trasparenza argomentativa è, a ben vedere, un traguardo essenziale a riaffermare la legittimazione dell’istituto contro i frequenti tentativi degli Stati membri di sottrarsi ai doveri derivanti dall’appartenenza all’Unione.

A conferma del profilo in esame è sufficiente richiamare la recente presa di posizione della Corte costituzionale tedesca in relazione alla sentenza *Weiss*, in cui è

stata stigmatizzata proprio la scarsa comprensibilità della Corte come atto *ultra vires*. Occorre, allora, scongiurare tale minaccia in relazione all'art. 107 TFUE tramite una graduale apertura verso analisi giuridiche più trasparenti, che non costringano l'interprete ad una defatigante opera ricostruttiva.

Si tratta, infine, di uno sviluppo indispensabile al "futuro" del controllo sugli aiuti di Stato, quanto alla relazione tra l'istituto e l'armonizzazione della fiscalità diretta, auspicabilmente di prossima realizzazione. L'esplicitazione delle finalità che sostengono l'invasivo controllo realizzato dalla Commissione è, a ben vedere, il presupposto dell'interazione tra la nozione di 'aiuto fiscale' ed i modelli tributari definiti da Consiglio e Parlamento europeo.

L'abbandono dell'esclusivo riferimento ai propri precedenti appare altresì necessario in relazione ad un secondo profilo, legato alla valorizzazione della più ampia cornice costituzionale UE nell'interpretazione dell'istituto. L'evidente dinamicità del controllo sugli aiuti di Stato confligge, infatti, con alcuni retaggi del passato, quali il rifiuto di compiere un'interpretazione congiunta degli artt. 107(1) TFUE e 4(3) TUE oppure la scarsa valorizzazione dei principi generali del diritto nella fase di recupero dell'aiuto.

Occorre, invece, partire dalla centralità del controllo sugli aiuti di Stato nella regolazione pubblica dell'economia UE. La pervasività assunta dall'istituto mal si concilia con l'attuale prospettiva della Corte, che sembra valorizzare l'effetto utile della disposizione a discapito del necessario bilanciamento con gli altri valori ed obiettivi sanciti nella Costituzione europea.

L'auspicio con cui si chiude la ricerca concerne il principio di solidarietà reciproca tra Stati membri, espressamente individuato quale fondamento del controllo sugli aiuti di Stato nella giurisprudenza *Commissione c. Francia*⁵. Il futuro dell'art. 107 TFUE è, cioè, legato alla capacità di Commissione e Corte di giustizia di valorizzare le

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 1969, in cause riunite 6 e 11/69, in Raccolta, 1969, p. 523, ECLI:EU:C:1969:68, punti 16 e 17.

fondamenta costituzionali che ne sorreggono l'applicazione. Ciò imporrebbe di individuare i limiti all'autonomia regolamentare nazionale non già nella "sola" tutela del mercato da indebite distorsioni concorrenziali quanto, e soprattutto, nei doveri reciproci assunti alla firma dei Trattati istitutivi. Solo valorizzando tale dimensione solidaristica è possibile trovare la necessaria legittimazione alla penetrante opera di coordinamento che impegnerà Commissione e Corte di giustizia negli anni a venire.

Bibliografia

- ADAM R. - TIZZANO R., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2018.
- A. ALSTAADSÆTER – A. JOHANNESSEN – G. ZUCMAN, *Tax evasion and inequality*, in NBER Working Paper No. 23772, 2017.
- AMALFITANO C., *General principles of EU Law and the Protection of Fundamental Rights*, Elgar, Cambridge, 2018.
- ARENA A., *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, IV, 925.
- BACON K, *European Union Law of State Aid*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ---, *State aid and general measures*, in *17 Yearbook of European Union Law*, Oxford, 1997, 269.
- BAKER P.– SCHÖN W., *The BEPS Action Plan in the Light of EU Law*, in *British Tax Review*, 2015, III, 277.
- BARILE P, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1973, 2416.
- BARNARD C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BARUFFI M.C., Art. 4 in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2014, 17.
- BASSANINI F. – NAPOLITANO G. – TORCHIA L., *Lo Stato promotore*, Il Mulino, Bologna, 2021
- BIONDI A., *State aid and Free movement*, in L. HANCHER – J. J. P. LÓPEZ, *Research Handbook on European State Aid Law*, 2021, capitolo 5.
- ---, *The new chapter on subsidies regulation in the eu-uk tca: Some first impressions*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2021, I, 173 ss.
- ---, *Governing the Interregnum: State aid rules and the COVID-19 crisis*, in *M&CLR*, 2020, II, 6 ss.
- ---, *Per una teoria della gravità selettiva: evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia europea in materia di aiuti fiscali*, in AA. VV. (a cura di) *Liber amicorum in onore di Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l'Union. Le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, 126.
- ---, *Damages and Liability Actions in EU law*, in *Oxford Principles of European Union Law*, R. Schütze, T. Tridimas (a cura di), Oxford, 2018, 1040.
- ---, *State aid, Government spending and the virtue of loyalty*, in P. BIRKINSHAW-

- BIONDI A. (a cura di), *Britain Alone!: The implications and consequences of United Kingdom exit*, Kluwer international Law, Alphen aan den Rijn, 2016, capitolo 15.
- ---, RIGHINI E., *An evolutionary theory of State aid control*, in *The European Handbook of European Union law*, A. Arnulf, D. Chalmers (a cura di), Oxford, 2015, 671.
- ---, *State aid is falling down, falling down: an analysis of the case law on the notion of aid*, in *Common Market Law Review*, 2013 (50), 1719.
- ---, *Some Reflections on the notion of State resources in European Community State aid Law*, in *Fordham International Law Journal*, 2006, V, pp. 1426 ss.
- ---, *Minimum, adequate or excessive protection ? The impact of EC law on national procedural law*, in N. TROCKER – V. VARANO (a cura di), *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Giappichelli, Torino, 2005, 233 ss.
- ---, *The rationale of State aid control: a return to orthodoxy*, in *Cambridge yearbook of European Union Law*, 2010, XII, 35.
- ---, Eeckhout P., *State Aids and barriers to trade*, in A. Biondi, P. Eeckhout e J. Flynn (a cura di), *The Law of State aid in the European Union*, Oxford, 2004.
- BIZIOLI G., *Taking Eu Fundamental rights seriously: Does the anti-avoidance directive take precedence over the single market*, in *EC Tax review*, 2017, III, 167.
- BLANQUET M., *L'Article 5 du Traité C.E.E.: Recherche sur les Obligations de Fidélité des États Membres de la Communauté*, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), Parigi, 1994.
- BLAUBERGER M., *Of 'Good' and 'Bad' Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law*, in *West European Politics*, 2009, 32, 719.
- BOBBY C., *A Method inside Madness: understanding the European Union State aid and Taxation rulings*, in *Chicago Journal of International Law*, 2017, 18, 5.
- BOCCACCIO M., *L'evoluzione della politica della Commissione su aiuti di Stato e ruling fiscali*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2017, I, 204.
- BOFFANO S. – CABAZZI R., *Competizione fiscale europea versus giustizia distributiva: un dilemma sempre più attuale*, DPCE online, 2017, III.
- BORIA P., *Diritto tributario europeo*, Giuffrè, Milano, 2017.
- BRAUNER Y., *What the BEPS?*, in *Florida Tax Review*, 2014, II, 55.
- BRENNAN G. – J. M. BUCHANAN, *The Power to Tax: Analytical Foundations of a Fiscal Constitution*, Liberty Fund, Indianapolis, 2000.
- BUENDIA SIERRA JL., *Finding selectivity or the art of comparison*, in *European State aid Law Quarterly*, 2018, 1, 85 ss.

- ---, *Finding the right balance: state aid and services of general economic interest, in EC state aid law: Liber amicorum Francisco Santolalla 2013*, Alphen aan den Rijn.
- ---, SMULDERS B., *The limited role of the “refined economic approach”, in achieving the objectives of state aid control: time for some realism*, in *EC State aid law: Liber amicorum Francisco Santolalla*, 2008, Kluwer international law, Alphen aan den Rijn.
- BURIAK S. – LAZAROV I., *Between State aid and fundamental freedoms: the arm’s length principle and EU law*, in *Common Market Law Review*, 2019, 56, 905.
- CASOLARI F., *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione Europea. Studio sulla partecipazione all’Unione al tempo delle crisi*, Editoriale Scientifica, Bologna, 2020.
- ---, *EU Loyalty and the Protection of Member States’ National Interests-A Mapping of the Law*, in M. VARJU (a cura di) *Between Compliance and Particularism Member State Interests and European Union Law*, Springer, Berlino, 2019, pp. 49.
- CASSESE S., *Manuale di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2014, 338.
- ---, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari, 2012.
- CHALMERS D. – G. DAVIES - G. MONTI, *European Union Law: texts, cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, Bologna, 2015, capitolo 3, par. 5.
- CLIFT B. – WOLL C., *Economic patriotism: reinventing control over open markets*, in *Journal of European Public Policy*, 19, 307-323.
- CONSTANTINESCO V., *L’article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire*, in F. CAPOTORTI e a. (a cura di), *Du Droit Internationale au Droit de l’Intégration: Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos, BadenBaden, 1987, 97.
- CONTE D., *Imposizione fiscale e nuovi accordi preventivi per le imprese con attività internazionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 2016, V, 677.
- CRAIG P., *The ECJ and ultra vires action: A conceptual analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, II, p. 395 ss.
- GERBER D., *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *The American Journal of Competition law*, vol. 42, 1994, 25, disponibile su:
- ---, *The transformation of Europe through competition law*, in *Harvard International Law Journal* (35), 1994, 100.

- CROCIONI P., *Can State aid become more economically friendly?*, in *World Competition*, 2006, 1, 89.
- DALY S. – MASON R., *State Aid: The General Court Decision in Apple*, in *Tax Notes International*, 2020, pp. 1317 ss.
- DANIELE L., *Il Parlamento europeo dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Il Foro italiano*, 1987, IV, 316.
- ---, *Diritto del Mercato unico europeo e dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Giuffrè, Milano, 2016.
- DEAKIN S., *Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?*, in *European Law Journal*, 2006, 440.
- DERENNE J., *Commission v World Duty Free Group a.o.: Selectivity in (Fiscal) State Aid, quo vadis Curia?*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, V, p. 311.
- DEL FEDERICO L., *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DE CECCO F., *Member State interests in Eu State aid Law and Policy*, in Varju M. (a cura di), *Between Compliance and particularism – Member States interests in European Union Law*, Springer, Berlino, 2019, 129.
- ---, *Competition, Stability and Moral Hazard: the tension between financial regulation and State aid control*, in F. Laprévotte – J. Gray – F. de Cecco (a cura di), *Research Handbook on State Aid in the Banking Sector*, 2017, Elgar, Cheltenham, p. 20 ss.
- ---, *State Aid and the European Economic Constitution*, Oxford, 2012.
- ---, *The many meanings of competition in EC State aid Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2006, 111.
- DE CHARETTE D., *The Anti-Tax Avoidance Directive General Anti-Abuse Rule: A Legal Basis for a Duty on Member States to Fight Tax Abuse in EU Corporate Direct Tax Law*, in *EC Tax Review*, 2019, IV, 176.
- DE PIETRO C., *New perspectives on fiscal state aid: Legitimacy and effectiveness of fiscal state aid control*, Wolters Kluwer International, Aalphen Aan den Rijn, 2019
- DE WILMARS M., *La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire*, atti della conferenza del 26 marzo 1976 a Parigi, in *Cahiers de droit européen*,
- ---, *Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Cahiers de droit européen*, 1986, 5.
- DI FEDERICO G., *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea*, Editoriale scientifica, Bologna, 2017.

- ---, *Identità nazionale e controlimiti: l'inapplicabilità della 'regola Taricco' nell'ordinamento italiano e il mancato ricorso (per ora) all'art. 4, par. 2, TUE, Federalismi*, 20 febbraio 2019.
- DI PIETRO A., *Per una costituzione fiscale europea*, CEDAM, Padova, 2014 pp. 439 ss.
- DI PIETRO A. – MONDINI A., *Aiuti di Stato fiscali e giurisdizioni nazionali: problemi attuali*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 95 ss.
- DORIGO S., *Fiscalità, Mercato e solidarietà: la crisi economia globale ed il diritto dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2017, VI, 1531.
- DOS SANTOS A. C. – LOPES C. M., *Tax Sovereignty, Tax competition and the base erosion and profit shifting Concept of Permanent Establishment*, in *EC Tax*, 2016, 5-6, 296.
- DOURADO AP, *Aggressive tax planning and harmful tax competition*, in *Research Handbook on European Union Taxation Law*, cit., C. H. J. I. PANAYI e. a. (a cura di) *Research Handbook on European Union Taxation law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 390.
- ---, *The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?*, in *Intertax*, 2016, 5-6, 440.
- DREXL J., *La constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral*, in *Revue internationale de droit économique*, 2011,4, 419.
- DUNNE N., *Perspectives on Liberalisation*, in *LSE Law, in Society and Economy Working Papers 6/2017*.
- ENGLISH J., *Article 116 TFEU — The Nuclear Option for Qualified Majority Tax Harmonization?*, in *Ec Tax Review*, Vol. 29, 2020, pp. 58-61.
- FADIGA R., *Of Apples, Cars, and Coffee — Against the Commission's Remedy to Unlawful Tax Rulings*, in *European Journal of Legal Studies*, Vol. 10, 2018, II, pp. 209 – 231.
- FALSITTA G., *I principi di capacità contributiva e di eguaglianza tributaria nel diritto comunitario e nel diritto italiano tra "ragioni del fisco" e diritti fondamentali della persona*, in *Rivista di diritto tributario*, 2011, I, 519.
- FAULL J. – NIKPAY A., *The EU Law of Competition*, parte IV, § 17 Oxford University Press, Oxford, 2014.
- FEDELE A., *Ancora sulla nozione di capacità contributiva nella costituzione italiana e sui "limiti" costituzionali all'imposizione*, in *Rivista di diritto tributario*, 2013, XI, 1035.
- FEDERICO R., *Turbulences ahead: Nazionalismo economico o legittima tutela dell'economia nazionale negli aiuti di Stato al trasporto aereo?*, in *Eurojus*, 2021, 2, 166.

- ---, *Lucchini Revisited: When Judgements Harm Competition*, in *European State aid Law Quarterly*, 2021, I, 144 -149.
- ---, *Aiuti di Stato e concorrenza fiscale tra Stati: la crisi della sovranità fiscale nazionale durante l'emergenza COVID-19*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, 45
- ---, *EU Commission to appeal the Apple State aid judgement: the best is yet to come*, in *Regulating for globalization*, 6.10.2020.
- FONTANA C., *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, Giappichelli, Torino 2012.
- FORRESTER E., *Is State aid regime a suitable instrument to be used in the fight against harmful tax competition*, in *EC Tax*, 2018, I, 19
- FOX E., *When the State harms competition*, *NYU Law and economics working papers*, 4, 2013
- FRIEDERISZICK H. - VEROUDEN V., *European State Aid Control: an Economic Framework*, in P. BUCCIROSSI (a cura di), *Handbook of Antitrust economics*, MIT University Press, Boston, 2007.
- GALENDI JUNIOR R.A., *State Aid and Transfer Pricing: The Inherent Flaw Under a Supranational Reference System*, in *Intertax.*, vol. 46, 12, 2018, 994.
- GALLO F., *Il diritto tributario italiano in Europa: coerenza o resilienza?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2019, VI, 973.
- GALLO D., *I Servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, 5.
- GERBER D. J., *Constitutionalizing the economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, in the *American Journal of Competition law*, vol. 42, 1994, 25
- GIANNACCARI A. – VAN DEN BERGH R., *The More Economic Approach in European Competition Law: Is More Too Much or Not Enough?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, III, 393.
- GILLEARD M., *The BEPS Special*, in *International Tax Review*, 2016, 18.
- GINEVERI S. A., *I golden powers tra Stato e Mercato ai tempi del covid.19*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, II, 282.
- GIRAUD A. – PETIT S., *Bury them deep: The Court of Justice Annuls the Autogrill and Banco Santander Judgments of the General Court*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, II, 310.
- A. GIRAUD, *A study of the notion of legitimate expectations in State aid recovery proceedings: "Abandon all hope, ye who enter here"?*, in *Common Market Law Review*, 2008 (45), pp. 1399–1431.
- GORMSEN L.L., *European State aid and Tax ruling*, Elgar, Londra, 2019.

- GOVAERE I., *Interconnecting Legal systems and the Autonomous Eu legal order: a balloon dynamic*, in *College of Europe research papers*, 2018, 2.
- GRAELLS A. S., *Digging itself out of the hole: A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalise State aid enforcement after the crisis*, in *Journal of Antitrust enforcement*, 2016, I, pp. 157-187.
- GRIBNAU H., *General Introduction*, in THEODORA G. – MEUSSEN K. (a cura di), *The Principle of Equality in European Taxation*, 1999, Eucotax, Kluwer International law, Alphen Aan Den Rijn, 3.
- GUASTAFERRO B., capitolo 11 “*Loyalty and Constitutional Identity*”, in R. SCHÜTZE T. TRIDIMAS (a cura di) *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 350.
- HALBERSTAM D., *Of Power and Responsibility: the political morality of federal systems*, in *Virginia Law Review*, 731.
- HANCER L. – LÓPEZ J.J., *Research Handbook on European State Aid Law*, Elgar, Cheltenham, 2021.
- HASLEHNER W., *Transfer Pricing rules and State aid law*, in C. H. J. I. PANAYI e. a. (a cura di) *Research Handbook on European Union Taxation law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 430.
- ---, *Double Taxation Relief, Transfer Pricing Adjustements and State aid Law*, in I. RICHELLE – W. SCHÖN – E. TRAVERSA, *State aid Law and business taxation*, 133.
- HILDEBRAND D. – SCHWEINSBERG A., *Refined economic approach in State aid control – will it gain momentum?*, in *World Competition*, 2007, vol. 30, III, 449.
- HUESECKEN B. – OVERSECH M., *Tax Avoidance through Advance Tax Rulings Evidence from the LuxLeaks Firms*, in *FinanzArchiv: Public Finance Analysis*, 2019, 75, IV, 380.
- INGROSSO M. – TESAURO G., *Agevolazioni fiscali ed aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009.
- JACQUE J., *Les Verts v The European Parliament*, in L. M. P. P. MADURO – L. AZOULAI (a cura di), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, Londra, 2010, 316.
- JAEGER T., *From Santander to LuxLeaks – and Back*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, III, 345.
- JOERGENS C., *The European Economic constitution and its Transformation through the Financial Crisis*, in D. Patterson e A. Sodörsten, *A Companion to European Union Law and International Law*, Hoboken, 2015.
- JONES A., SUFRIN B., *Eu competition law*, Oxford, 2016, 6e, capitolo online.

- KASSIM H., LYONS B., *The new Political Economy of EU State aid policy*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, 2013, 13,1.
- KEMMEREN E.C.C.M., *Where is Eu Law in the OECD BEPS Discussion?* In *EC Tax Review*, 2014, 4, 190.
- KLAMERT M., *The principle of Loyalty in Eu Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- KYRIAZIS D. A., *Apple: One Case to Rule Them All*, in *Kluwer International Tax Blog*, post del 22 luglio 2020.
- ---, *From Soft Law to Soft Law Through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings*, in *European State aid Law Quarterly*, III, 2016, 428.
- LANDUYT A., *European Integration between history and new challenges*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- LENAERTS K., *Federalism and the Rule of Law: perspective from the European Court of Justice*, in *Fordham International Law Journal*, 2010, vol. 33, 1338.
- ---, *State aid and direct taxation*, in *Eu competition law in context: Essays in honour of Virpi Tili*, Oxford, 2009, 291.
- ---, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *American Journal of Competition Law*, 1990 (38), 205.
- LENAERTS K. – BERNARDEAU L., *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, I-II, 19.
- LENAERTS K. – GUTIERREZ-FONS J. A., "The European Union: A Constitutional Perspective", in *Oxford Principles of European Union Law*, in R. SCHÜTZE - T. TRIDIMAS (a cura di) *Oxford Principles of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, capitolo 4.
- ---, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, in *EUI Working papers series AEL 2013/9*.
- LIBERTINI M., *Politiche antitrust, ieri, oggi, domani*, in *Atti del convegno del 27 maggio 2016 all'Università Cattolica del Sacro cuore di Milano*, Torino, 2018, 1.
- ---, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, 569.
- ---, *Unione europea: Concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, relazione tenuta al convegno di Courmayeur Adolfo Beria di Argentine, 19-20 settembre 2014.
- ---, *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2013, 825.
- LIENEMEYER M. – TOMAT F., "Application to specific fields – fiscal aids", in PESARESI N.- VAN DE CASTEELE K. – FLYNN L. – SIATERLI C. (a cura di), *E*

- Competition Law – State aid*, Volume IV, libro I, Claeys & Casteels, Deventer, 2016, capitolo 14.
- LITTLEWOOD M., *Tax competition: harmful to whom?* In *Michigan journal of international law*, vol. 26, I, 412.
- LOEWENTHAL J-P., *La Théorie de la sélectivité des mesures fiscales entre discrimination et “analyse en trois étapes”*, in R.A.E., 2019, II, 233
- LÓPEZ J.J.P., *Tax Rulings and State Aid: Now or Never*, in *Guest State aid blog* del 27 novembre 2014.
- ---, *The Concept of State aid under EU law*, Oxford 2015.
- LUJA R., *Eu State aid restrictions to preferential tax treatment: size neutral incentives and Enforcement of general anti avoidance rules*, In H. Kube e E. Reimer (a cura di), *Heidelberger Beiträge zum Finanz- und Steuerrecht: Größenneutralität im Recht der Unternehmensbesteuerung*, 7, Heidelberg, 2018, 91.
- ---, *Taxation, State Aid and Distortions of Competition: General Report Topic II –FIDE Conference 2018*, vol. II, Almedina, Coimbra.
- ---, *State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple?*, in I. RICHELLE - W SCHÖN, E. TRAVERSA, *State aid Law and Business taxation*, cit., Springer, Berlino, 2016, 111.
- R. LYAL, *State aid, Tax integration and State sovereignty*, in in C. H. J. I. PANAYI e. a. (a cura di) *Research Handbook on European Union Taxation law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 410.
- MADURO M. P., *We the court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A critical reading of art. 30 EC*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- MADURO M. P. – AZOULAI, L., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MAJONE G., *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- MANZINI P., *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 1-14.
- MARINO G., *Note brevi sull’evoluzione del divieto di aiuti di Stato e sostenibilità dei sistemi fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2018, 393.
- MARTINICO G., *L’integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene editore, Napoli, 2008.
- MATTERA A., *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Jupiter, Parigi, 1990, II ed., 67.

- MCAULIFFE K., *Precedent at the Court of Justice of the European Union: the linguistic aspect*, in *Current Legal issues*, 2013, 15, 483.
- MELIS G., *L'interpretazione del diritto tributario europeo e internazionale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, 29.
- MEROLA M., *Rimedi per violazione delle norme sugli aiuti di Stato: misure repressive e di ripristino. Diritto positivo (post-modernizzazione) e scenari di riforma*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 301 *ess.*
- MEROLA M. – COGONI A., *Emergenza CODI-19 e disciplina degli aiuti di Stato: lezioni e sfide*, in *Eurojus*, 2020, 49.
- MEROLA M., *The rebus of selectivity in fiscal aid: a nonconformist view on and beyond the case law*, in *World competition*, 2016, 4, 533.
- MEROLA M. – CALIENTO F., *Is the notion of aid broadening or shrinking over time? And if so, why, a subjective view on the rationale of the case law*, in P. L. PARCU – G. MONTI – M. BOTTA (a cura di), *Eu State Aid Law: emerging trends at eu and national level*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 18.
- MICOSSI S., *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, in *Note e Studi ASSONIME*, 1/2017.
- MONTI M., *How state aid affects competition*, in *EC Tax Review*, 1999, IV, 208 *ss.*
- MONSENEGO J., *the Engie case: some open questions on the EU State aid rules and the prevention of tax avoidance*, 10 settembre 2018.
- MUNARI F. – CALZOLARI L., *Le regole del mercato interno alla prova del COVID-19: modeste proposte per provare a guarire dall'ennesimo travaglio di un'Unione incompiuta*, in *Eurojus*, numero speciale 'l'emergenza sanitaria COVID-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive', 2020, 15.
- NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, Milano, 2007.
- NICOLAIDES P., *State aid Rules and Tax Rulings*, in *European State aid law Quarterly*, 2016, 416.
- ---, *Excessive Widening of the Concept of Selectivity*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2017, 62.
- ---, *Do Member States grant state aid when they act as regulators?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2018 (17), I, 2.
- ---, *The definition of the reference tax system is still a puzzle*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2018 (17), III, 419.
- NINO C. S., *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996.
- NOUWEN M., *The Market Distortion Provisions of Articles 116-117 TFEU: An Alternative Route to Qualified Majority Voting in Tax Matters?*, in *Intertax*, 2021, I, 14.

- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2010.
- ODUDU O., *The meaning of undertaking within 81 EC*, in *Cambridge yearbook of European Legal Studies*, VII, 2005, 211.
- ORLANDI M., *Le discriminazioni fiscali e gli aiuti di Stato nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2018.
- ---, *Principio di libera concorrenza, interpellati e disciplina degli aiuti di Stato: un rapporto complesso*, 2017, III, 530
- LANG M. – PISTONE P. – SCHUCH J.– STARINGER C., *Introduction to European Tax Law: Direct taxation*, Spiramus, Londra, 2018.
- PALAN R., *Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty*, in *International Organization*, 56, I, 151.
- PANAYI HJI C. – HASLEHNER W. – TRAVERSA E., *Research Handbook on European Union Taxation Law*, Elgar, Londra, 2020.
- PASTOR-MECHANTE F., *The Role of Competitors in the Enforcement of State Aid Law*, Hart, Cheltenham, 2017, pp. 55 ss.
- PEETERS C., *Tax policy convergence and Eu Fiscal State aid control: in search of rationality*, in *EC Tax review*, 2019, I, 6.
- PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2017, 703.
- PEROTTO G., *La selettività negli aiuti fiscali: estensione della nozione e limiti alla discrezionalità fiscale nazionale*, in *European Papers*, 2017
- PERRONE A., *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione europea*, Cedam, Milano, 2019, 1.
- ---, *Sovranità tributaria, territorialità dell'imposizione e mercato globale: una sfida ancora aperta*, in V. MATROIACOVO (a cura di), *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pacini giuridica, Ospedaletto, 2019, 99.
- QUIGLEY C., *European State aid Law and policy*, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- RAGANELLI B. – MARCONI F., *Emergenza, crisi economica e golden power*, in *Concorrenza e Mercato*, 2020, 131.
- RICHELLE I. – SCHÖN W. – Traversa E., *State aid and business taxation*, Springer, Berlino, 2016.
- RIGHINI E., *Godot is Here: recovery as an effective State aid remedy*, in *EC State Aid Law. Le Droit des Aides d'Etat dans la CE. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Kluwer International Law, Alphen Aan Den Rijn, 2008, p. 265 ss.
- ROMANO C., *Advanced Tax Rulings and Principles of Law: towards a European tax ruling system*, IBFD, Amsterdam, 2002.

- ROSS M., *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1080.
- ---, *State aids and national courts: Definitions and other problems – A case of premature emancipation?*, in *Common Market Law Review*, 2000 (37), pp. 401-423.
- ROSSI-MACCANICO, *Fiscal State aids, Tax base erosion and profit shifting*, in *EC Tax*, 2015, II, 63.
- ---, P., *The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures*, in *EC TAX Review*, 2007, 2, 90.
- ROSSOLILLO G., *Fiscalità e sovranità: riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri ed Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2018, I, 120.
- RUBINI L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SABBI L., *I ruling e le norme procedurali*, in C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, Torino, Giappichelli, 2016, 333.
- SAEZ E. – ZUCMAN G., *Il Trionfo dell'ingiustizia. Come i ricchi evadono le tasse e come fargliele pagare*, Einaudi, Torino, 2020.
- SALVINI L., *I regime fiscali e la concorrenza fra imprese*, atti del convegno Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati, Courmayer, 2014.
- SAUTER W. – LANGER J., *The Consistency Requirement in EU Internal Market Law: Last Refuge of the Unimaginative or Legal Standard for Rational Administration?*, in TILEC Discussion Paper No. 2016-017.
- SCHARPF F. W., *Integrazione negativa ed integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998, I, 21.
- SCHAVIRO S., *The economics of tax law*, in *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 14 04*.
- SCHEPEL H. – SAUTER. W., *State and Market in European Union Law: The Public and Private spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Oxford University press, Oxford, 2009.
- SCHEPISI C., *Aiuti di Stato e giudici nazionali nella bozza di nuova Comunicazione della Commissione: alcune riflessioni a prima lettura*, in *Eurojus*, 2021, II, 1 ss.
- ---, voce *'Il private enforcement dell'art. 108 § 3 TFUE e i rimedi in capo al giudice nazionale'*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, Napoli, 2020, 599 ss.
- ---, *La legittimazione ad agire per il rimborso di oneri fiscali versati in esecuzione di aiuti illegali*, in C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011, 251 ss.

- SCHÖN W., *Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid. A Review of Five Years of European Jurisprudence*, in *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance Working Paper 2015 – 14*, 3
- ---, *Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law*, in SCHÖN W. – KONRAD K. (a cura di) *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, Springer, Berlino, 2012, 47.
- ---, *Transfer Pricing, the Arm's length Standard and European Union law* in RICHTER I.- SCHÖN W. - TRAVERSA E. (a cura di), *Allocating taxing powers within the European Union*, Springer, Berlino, 2013, 73.
- SCHÜTZE R., *European Union Law*, capitolo 17b online, 2018.
- STEFAN O., *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union: An Introduction*, Kluwer international law, Alphen aan den Rijn, 2012.
- STEVANATO D., *Are Turnover-based taxes a suitable way to target business profit?*, in *European Taxation, IBFD*, novembre 2019, 538.
- STÜRNER M., *Il rapporto tra il diritto dell'Unione europea e i principi fondamentali dell'ordinamento tedesco*, relazione del 23 aprile 2008 tenuta presso la Corte di Cassazione.
- SWEET A. S., *Constitutional Courts and Parliamentary Democracy*, in *West European politics*, 2002 (25), I, 77.
- R. SZUDOCZKY – B. KÁROLYI, *Progressive Turnover Taxes under the Prism of the State Aid Rules: Effective Tools to Tax High Financial Capacity or Inconsistent Tax Design Granting Selective Advantages?*, in *European State aid Law Quarterly*, 2020, III, 251.
- SZUDOCZKY R., *3M Italia: Tax Amnesty Aimed at Concluding Tax Litigation Prolonged for an Unreasonable Time Does Not Constitute State Aid*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2013, 159.
- SZYSZCZAK E., *Research Handbook on European State Aid Law*, Elgar, Cheltenham, 2012, 197.
- TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1990, 645.
- TERRA B. J. M. – WATTEL P. J., *European Tax law*, Kluwer international law, Alphen Aan Den Rijn, 2018.
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012.
- TIZZANO A., *Le competenze dell'Unione ed il principio di sussidiarietà*, in *Il diritto dell'Unione*, 1997, 1-2, 229.
- TRAVERSA E., *The Impact of BEPS on the Fight Against Harmful Tax Practices: Risks . . . and Opportunities for the EU*, in *British tax review*, 2015, 3, 396.

- TRAVERSA E. – MAITROT DE LA MOTT A., *Le fédéralisme économique et la fiscalité dans l'Union européenne*, in S. DE LA ROSE – F. MARTUCCI – E. DUBOUT (a cura di), *L'Union européenne et le fédéralisme économique*, Bruylant, Bruxelles 2015, 343.
- TRAVERSA E. – FLAMINI A., *Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2015, 32.
- TSEBELIS G. – GARRETT G., *The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union*, in *International Organization* (55), 2001, 2, 357.
- VAN APPELDORN L., *BEPS, State Sovereignty and global justice*, in *Critical review of International social and political philosophy*, 2018, IV, 478.
- VAN HOVE J., *Impact of State aid on competition and competitiveness during the COVID-19 pandemic: an early assessment*, studio realizzato per il parlamento europeo, 2020
- VAN DE WELDE, *Tax rulings in the EU Member States*, Study for the ECON Committee, 2015.
- VANISTENDAEL, BIZIOLI G., BURGERS I., GARCIA PRATS F.A., GUTMANN D., ESSERS P., HASLEHNER W., KOFLER G., KUBE H., MARTÍN JIMÉNEZ A., NYKYEL W., PISTONE P., REIMER E., TRAVERSA E., *Op-Ed: "European Solidarity Requires EU Taxes"*, pubblicato su Eu law live in data 21 aprile 2020.
- VILLANI U., *I controlimiti nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, II, 1297 ss.
- VON BOGDANDY A., *National legal scholarship in the European legal area – a Manifesto*, I • CON (2012), Vol. 10 No. 3, 614.
- WALKIE J. S., *Reflecting on the "Arm's Length Principle": What is the "Principle"? Where Next?*, in W. SCHÖN – K. A. KONRAD (a cura di), *Fundamentals of International Transfer pricing in Law and Economics*, 2012, Springer, Berlino, 137.
- WATTEL P.J., *Taxation in the internal market*, in P. KOUTRAKOS – J. SNELL (a cura di), *Research Handbook of the law of the EU's internal market*, 2017, Edward Elgar, Cheltenham, 319.
- --- *The Cat and the pigeons: some general comments on (TP) Tax rulings and State aid after the Starbucks and Fiat decisions*, in I. RICHELLE - W. SCHÖN, E. TRAVERSA (a cura di), *State aid Law and Business taxation*, Springer, Berlino, 2016, 185.
- ---, *Comparing criteria: State aid, Free Movement, Harmful tax competition and Market distorting disparities*, in Richelle I. – Schön W. - Traversa E. (a cura di) *State aid and business taxation*, Springer, Berlino, 2016, 59 ss.
- ---, *Stateless income, state aid and the (which?) arm's length principle*, in *Intertax*, 2016, 44, XI, 791.

- ---, *Forum: interaction of State aid, Free movement, policy competition and abuse control in direct tax matters*, in *World tax journal*, 2013, 128 ss.
- WEATHERILL S., *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- ---, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in O’Keeffe D.– Twomey P. M. (a cura di), *Legal issues of the Maastricht Treaty*, Chancery Lane Publishing, Londra, 1994, 13.
- WEILER J. H. H., *The EU, the WTO, and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- ---, *The Constitution of Europe: “do the new clothes have an emperor”?*, Oxford University press, Oxford, 1999.
- ---, *The Transformation of Europe*, in *Yale law journal*, 1991, vol. 8, 2405.
- WEITBRECHT A., *From Freiburg to Chicago and Beyond – the first 50 years of European competition law*, ECLR, 29, 2008, 81.
- WERNER P - Verouden V, *EU State Aid Control. Law and Economics*, Aalphen aan den Rijn, Kluwer international law, 2016.
- WITT. A. C., *The more economic approach to EU Antitrust Law*, 2016, Oxford.
- WITTENDORF J., *Transfer pricing and the arm’s length principle in international tax law*, Kluwer International Law, Alphen Aan Den Rijn, 2010.
- ZACCARIA G., *Voce “Interpretazione della legge”*, in *Annali dell’enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, V, 694.
- ZUCMAN G., *The Hidden Wealth of nations: the scourge of tax havens*, 2015, Chicago University Press, Chicago.

TAVOLA DELLA GIURISPRUDENZA

Corte di giustizia

- Conclusioni AG Pikamäe, 16 dicembre 2021, C-898/19 P, *Irlanda c. Commissione*
Conclusioni AG Pikamäe, 16 dicembre 2021, C-885/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Commissione*
Corte giust., 6 ottobre 2021, C-53/19 P, *Banco Santander c. Commissione*
Corte giust., 16 settembre 2021, C-337/19 P, *Commissione c. Magnetrol International*
Corte giust., 16 marzo 2021, C-596/19 P, *Commissione c. Ungheria*
Conclusioni AG Kokott, 15 ottobre 2020, C-596/19P, *Commissione c. Ungheria*
Corte giust., 16 marzo 2021, C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*
Conclusioni AG Kokott, 15 ottobre 2020, C-562/19 P, *Commissione c. Polonia*
Corte giust., 3 marzo 2020, C-75/18 *Vodafone Magyarország Mobil Távközlési*
Corte giust., 3 marzo 2020, C-323/18, *Tesco-Global Áruházak*
Corte giust., 23 gennaio 2019, C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo*
Conclusioni AG Wahl, 13 settembre 2018, C-387/17, *Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Fallimento Traghetti del Mediterraneo*
Corte giust., 19 dicembre 2018, C-374/17, *Finanzamt B c. A-Braurei*
Conclusioni AG Saugmandsgaard øe, 19 settembre 2018, C-374/17, *Finanzamt B c. A-Braurei*
Corte giust., 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P *Scuola Elementare Montessori c. Commissione*
Corte giust., 25 luglio 2018, C-135/15, *Georgsmarienhütte GmbH e a. c. Bundesrepublik Deutschland*
Corte giust., 28 giugno 2018, C-203/16 P, *Dirk Andres c. Commissione*
Conclusioni AG Wahl, 20 dicembre 2017, C-203/16P, *Dirk Andres c. Commissione*
Corte giust., 26 aprile 2018, C-236/16 e C-237/16, *ANGED c. Generalitat de Catalunya*
Conclusioni AG Kokott 9 novembre 2017, C-236/16 e C-237/16, *ANGED c. Generalitat de Catalunya.*
Corte giust. 20 settembre 2017, C-300/16 P, *Commissione c. Frucona Košice a.s*
Corte giust. 13 settembre 2017, C-329/15, *Enea c. autorità regolatrice dell'energia*
Corte di giustizia 21 dicembre 2016, C-164/15 P, *Commissione europea contro Aer Lingus Ltd e Ryanair Designated Activity Company*
Corte giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P, *Commissione c. World Duty Free Group SA (già Autogrill España SA), Banco Santander SA e Santusa Holding SL*

Conclusioni AG Wathelet, 28 luglio 2016, cause riunite C-20/15 P e C-21/15 P
Commissione c. World Duty Free Group SA (già Autogrill España SA), Banco Santander SA e Santusa Holding SL

Corte giust. 21 dicembre 2016, C-524/14 P, *Commissione c. Hansestadt Lübeck*
Conclusioni AG Wahl, 15 settembre 2016, C-524/16 P, *Commisisione c. Hansestadt Lübeck*

Corte giust., 4 giugno 2015, *Commissione c. MOL*, C-15/14
Corte giust., 6 ottobre 2015, C-66/14 *Finanzamt Linz c. Bundesgerichtshof e altri*
Conclusioni AG Kokott, 16 aprile 2015, C-66/14 *Finanzamt Linz c. Bundesgerichtshof e altri*

Corte giust. 14 gennaio 2015, C-518/13, *Eventech Ltd. c. The parking adjudicator*
Conclusioni AG Wahl 24 settembre 2014, C-518/13, *Eventech Ltd. c. The parking adjudicator*

Corte giust. 18 luglio 2013, C-6/12, *P Oy*
Corte giust. 30 maggio 2013 C-677/11 *Doux Élevage SNC e altri*
Corte giust. 5 giugno 2012 C-124/10 P *Commissione v EDF*
Corte giust., 29 marzo 2012, C-417/10, *Ministero dell'Economia e delle Finanza c. 3M Italia*

Corte giust. 15 novembre 2011, C-106/09 e 107/09, *Commissione v Gibilterra e altri*
Conclusioni AG Jaaskinen, 7 aprile 2011, C-106/09 e 107/09, *Commissione c. Gibilterra e altri*

Corte giust. 8 settembre 2011, C-279/08, *Commissione c. Paesi Bassi*
Corte giust. 8 settembre 2011, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Paint Graphos e altri*

Conclusioni AG Jaaskinen 8 luglio 2010, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Ministero economica e finanze c. Paint Graphos e altri*

Corte giust. 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*

Corte giust., 5 ottobre 2006, C-368/04 *Transalpine Ölleitung*
Corte giust. 6 settembre 2006, C-88/03 *Portogallo v Commissione ('Azzorre')*
Corte giust., 22 giugno 2006, C-182/03, *Belgio e a. c. Commissione*
Corte giust., 15 giugno 2006, procedimenti riuniti C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide c. Ville de Seraing e altri*

Corte giust. 30 marzo 2006, C-451/03, *Servizi ausiliari dottori commercialisti c. Giuseppe Calafiori*

Corte giust. 15 dicembre 2005, C-148/04, *Unicredito Italiano spa*
Corte giust. 3 marzo 2005, C-172/03, *Heiser*
Corte giust. 29 aprile 2004, C-308/01, *GIL insurance e altri c. Commissioner of customs and excises*

Corte giust. 24 luglio 2003, C-280/00 *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*

Corte giust. 8 novembre 2001 C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GbmH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH*

Conclusioni AG Mischo 8 maggio 2001, C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GbmH, Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH*

Corte giust. 13 marzo 2001, C-379/98, *PreussenElektra c. Schleweg AG*

Conclusioni AG Jacobs 26 ottobre 2000, C-379/98, *PreussenElektra c. Schleweg AG*

Corte giust. 19 settembre 2000, C-156/98, *Germania c. Commissione*

Corte giust. 16 maggio 2000, C-83/98 P, *Repubblica francese c. Commissione*

Corte giust. 17 giugno 1999, C-75/97, *Regno del Belgio c. Commissione*

Conclusioni AG La Pergola del 12 novembre 1998, C-75/97, *Regno del Belgio c. Commissione*

Corte giust. 26 settembre 1996, C-241/94, *Repubblica francese c. Commissione*

Corte giust. 15 marzo 1994, C-387/92, *Banco Exterior de Espana SA c. Ayuntamiento de Valencia*

Corte giust. 17 marzo 1993, C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*

Conclusioni AG Darmon 17 marzo 1992, C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun*

Corte giust. 3 marzo 1988, C-252/86, *Gabriel Bergandi c. Direttore generale dell'imposte*

Corte giust. 7 maggio 1985, C-18/84 *Commissione c. Francia*

Conclusioni AG Capotorti del 15 settembre 1982, C-249/81, *Commissione delle Comunità europee contro Irlanda*

Corte giust. 24 novembre 1982, C-249/81, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda*

Corte giust. 17 settembre 1980 C-730/79, *Philip Morris v Commissione*

Corte giust. C-74/76, *Iannelli e Volpi c. Meroni*

Corte giust. 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville*

Corte giust. 3 luglio 1974, C-9/74, *Casagrande*

Corte giust. 2 luglio 1974, C-173/73, *Italia c. Commissione*

Corte giust. c. 30-59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*

Tribunale

- Trib. UE, 15 luglio 2020, cause riunite T-778/16 and T-892/16, *Irlanda c. Commissione*
- Trib. UE, 24 settembre 2019, T-760/15, *Paesi Bassi c. Commissione*
- Trib. UE, 24 settembre 2019, cause riunite T-755/15 e T-759/15, *Lussemburgo c. Commissione*
- Trib. UE, 24 settembre 2019, T-636/16 *Starbucks et Starbucks Manufacturing Emea/Commission*
- Trib. UE, 27 giugno 2019, T-20/17, *Ungheria c. Commissione*
- Trib. UE, 16 maggio 2019, T-836/16 e T-624/17, *Polonia c. Commissione*
- Trib. UE, 16 febbraio 2019, T-679/16 e T-865/16, *Athletic Club c. Commissione e Fútbol Club Barcelona c. Commissione*
- Trib. UE, 19 March 2019, cause riunite T-98/16, T 196/16 and T-198/16 *Banca Popolare di Bari e altri c. Commissione*
- Trib. UE, 14 febbraio 2019, T-131/16 e T-263/16, *Belgio c. Commissione*
- Trib. UE, 7 novembre 2014, T-219/10, *Autogrill España c. Commissione*
- Trib. UE, 11 luglio 2014, T- 274/12 P, *Telefonica e altri c. Commissione*
- Trib. UE, 11 dicembre 2014 T-251/11 *Austria v Commissione*

TAVOLA DELLA LEGISLAZIONE

Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, GU L 57, 18.2.2021, 17 ss.

Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, GU L 79I, 21.3.2019, 1 ss.

Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, GU L 193, 2016, p. 1

Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, GU L 248 del 24.9.2015, 9 ss.

Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato Testo rilevante ai fini del SEE, in GU L 187 del 26.6.2014, 1 ss.

Direttiva 2014/104/UE relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, GU L 349, 2014, 1 ss.

Direttiva 2011/16/UE del Consiglio del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale, GU L 064 dell'11.3.2011, p. 1, come modificata dalla direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, GU L 332, 18.12.2015, 1 ss.

PROPOSTE ED ATTI DI SOFT LAW

Proposta di Regolamento del 14 luglio 2021 per stabilire un sistema di controllo del carbonio alla frontiera, COM(2021) 564 final.

Proposta di Regolamento del Parlamento e del consiglio del 5 maggio 2021 sui sussidi esteri che creano distorsioni nel mercato interno, COM(2021) 223 final.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio, An actio plan for a fair and simple taxation upporting the recovery strategy, COM(2020) 312 final.

Working paper della Commissione europea (DG COMP) ‘*on State aid and Tax rulings*’, 2016.

Raccomandazione del 6 dicembre 2012, 2012/772/EU sulla pianificazione fiscale aggressiva, GU L 338, 2012, 41 ss.

Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012, GU 2012 C 8.

DECISIONI

Decisione del 2 aprile 2019 SA.44896 Tax ruling CFC (UK)

Decisione del 20 giugno 2018 SA 44888 Tax ruling Engie Engie (Lussemburgo)

Decisione del 4 ottobre 2017 SA 38944 Tax ruling Amazon (Lussemburgo)

Decisione del 30 agosto 2016 SA. 38373 Tax ruling Apple (Irlanda)

Decisione del 21 ottobre 2015 SA 38374 Tax ruling Starbucks (Paesi bassi)

Decisione del 21ottobre 2015 SA 38375 Tax ruling FIAT(Lussemburgo)