

## Recenti sviluppi in tema di aiuti di Stato in materia fiscale

### Contenuti

1. La fattispecie oggetto di indagine
2. Elementi di novità e criticità delle decisioni di apertura
3. Conclusioni

La Commissione europea ha recentemente reso pubbliche due decisioni di apertura di istruttoria in materia di fiscalità e aiuti di stato, avviate in relazione ai *tax rulings* assunti dalle autorità fiscali di alcuni Stati membri della UE. Si tratta in particolare degli:

- accordi sui *transfer pricing* conclusi tra Fiat Finance and Trade Ltd. ("FFT") ed il Lussemburgo<sup>1</sup>;
- accordi sui *transfer pricing* conclusi tra Apple e l'Irlanda<sup>2</sup>.

Le istruttorie in oggetto, unitamente ad altre indagini avviate più o meno contestualmente<sup>3</sup>, si iscrivono nel solco della crociata lanciata recentemente dalla Commissione contro la concorrenza sleale praticata da alcuni Stati UE tramite regimi impositivi favorevoli. Il tema è delicato perché nella UE non esiste armonizzazione fiscale a livello di imposte di società e la materia continua ad essere competenza dei singoli Stati membri.

### 1. La fattispecie oggetto di indagine

Le indagini pendenti riguardano le decisioni nazionali con cui l'amministrazione fiscale di uno Stato membro convalida accordi sui prezzi di trasferimento, noti anche come *advance pricing arrangements* ("APP"). Gli APP sono accordi che determinano *ex ante* un insieme di criteri (quali il metodo di comparazione e gli aggiustamenti da apportare) per la determinazione dei prezzi di trasferimento nelle operazioni intra-gruppo, ossia i prezzi fissati per i beni venduti o i servizi forniti da una società del gruppo ad un'altra filiale dello stesso gruppo. Tramite tali accordi l'amministrazione fiscale concorda con l'impresa contribuente la base imponibile su cui quest'ultima sarà tassata.

Nelle decisioni di apertura istruttoria in oggetto, la Commissione nota innanzitutto come le multinazionali versino le imposte in più Stati che adottano aliquote diverse, con la conseguenza che, al fine di ridurre l'impatto fiscale, tali imprese sono in principio incentivate a ripartire l'utile tra le diverse società del gruppo allocando i maggiori profitti alle filiali stabilite in giurisdizioni che applicano un'aliquota inferiore. Ciò potrebbe, per esempio, essere realizzato aumentando in modo artificioso il prezzo delle merci vendute (o dei servizi offerti) da una controllata stabilita in una giurisdizione con un'imposizione fiscale inferiore ad una controllata stabilita in un paese con un'aliquota fiscale elevata.

Su tali presupposti, la Commissione ritiene che, qualora un'impresa manipoli il prezzo di una transazione intra-gruppo al fine di aumentare artificiosamente gli utili imponibili nella giurisdizione a tassazione più favorevole, con la complicità dell'amministrazione fiscale che convalida tale pratica per effetto di un *tax ruling*, tale pratica potrà comportare un aiuto di stato incompatibile – nella forma di uno sconto fiscale.

<sup>1</sup> Commissione europea, caso SA.38375 – *Aide presumée en faveur de FFT*.

<sup>2</sup> Commissione europea, caso SA.3873 – *Alleged aid to Apple*.

<sup>3</sup> Si veda il caso SA.34914 - *Alleged aid granted to offshore companies – Gibraltar Income Tax Act 2010*, non ancora pubblicata, in cui la Commissione ha esteso il campo di un'indagine pendente in materia fiscale, per includere l'istituto dei *tax rulings*; cfr. anche Commissione europea, caso SA.3874 – *Netherlands - Alleged aid to Starbucks*, non ancora pubblicata.

## 2. Elementi di novità e criticità delle decisioni di apertura

Sebbene le decisioni recentemente pubblicate nei casi FFT ed Apple siano solo atti preliminari di apertura dell'indagine – che in quanto tali non cristallizzano la posizione della Commissione, né formulano addebiti definitivi – esse ben chiariscono la cornice analitica entro cui la Commissione intende muoversi. Qui di seguito si esaminano sinteticamente i due profili di maggiore criticità.

### 2.1 Il quadro di riferimento per valutare la selettività

Il primo aspetto degno di menzione è che la Commissione appare distanziarsi dal criterio generalmente applicato nella propria prassi in materia per stabilire se una data misura fiscale costituisca o meno un aiuto di stato selettivo e quindi incompatibile. Al fine di stabilire la selettività di un aiuto fiscale, la prassi della Commissione prende difatti a riferimento l'imposizione normalmente applicabile alle imprese che si trovano in una situazione fattuale e giuridica comparabile a quella dell'impresa beneficiaria. E' in rapporto dunque a un regime fiscale di diritto comune che la Commissione valuta l'eventuale selettività del vantaggio concesso dalla misura fiscale considerata, dimostrando che quest'ultima deroga alla regola ed introduce differenziazioni tra operatori che si trovano in una situazione fattuale e giuridica paragonabile.

Per contro, nei casi in esame, la Commissione mette in causa la metodologia di *transfer pricing* convalidata dalle autorità fiscali lussemburghesi ed irlandesi nei *tax ruling* in favore rispettivamente di FFT ed Apple, ricorrendo ai *benchmark* delle Convenzioni OCSE, i quali prevedono il c.d. "principio di piena concorrenza" – ossia le condizioni applicabili ai trasferimenti tra società dello stesso gruppo non devono essere difformi rispetto a quelli applicati tra società tra loro indipendenti.

Nello sforzo di trovare un ancoraggio nei precedenti della Corte, la Commissione rinvia tra l'altro alla giurisprudenza sui centri di coordinamento belgi<sup>4</sup>, dove la Corte aveva in effetti stabilito che - se il metodo impositivo applicato ai trasferimenti infra-gruppo non rispetta il principio della piena concorrenza (*arms' length*) e conduce a una base fiscale imponibile inferiore – questo può costituire un vantaggio selettivo. Tuttavia, tale principio era affermato lasciando impregiudicata la valutazione comparativa con il regime fiscale di diritto comune – nell'ambito del quale va appunto ricercata la modalità con cui il legislatore ha declinato il principio della piena concorrenza in tema di *transfer pricings*, ossia la base imponibile normalmente applicata nell'ambito di trasferimenti infra-gruppo<sup>5</sup>.

### 2.2 L'applicazione del principio dell'investitore privato in economia di mercato

Il secondo aspetto singolare delle decisioni sui *tax rulings* è l'applicazione del principio dell'investitore privato in economia di mercato alla fiscalità, in base al quale lo Stato collettore d'imposta dovrebbe comportarsi come un investitore privato alla ricerca della massimizzazione del profitto (nella specie il gettito fiscale).

Nel caso irlandese, la Commissione contesta anche la dimensione "negoziale" del *tax ruling*, posto che le autorità fiscali si erano limitate ad accettare i calcoli effettuati dalla società, senza cercare di stabilire una base imponibile attraverso criteri oggettivi, applicando una metodologia di *transfer pricing* universalmente accettata; sicché l'approccio delle autorità irlandesi, secondo la Commissione, non sarebbe in linea con il comportamento di un investitore privato prudente operante in economia di mercato.

Nel caso lussemburghese, per contro, la Commissione censura il *tax ruling* anche per il fatto che le autorità fiscali avevano accettato una base imponibile per così dire fissa (*rectius* con uno scostamento massimo del 10%), per un periodo di cinque anni, il che secondo la Commissione è irrazionale perché presuppone che FFT non possa aumentare significativamente la propria attività<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte 22 giugno 2006, cause riunite C-182/03 e C-217/03, *Belgio e Forum 187 c. Commissione*.

<sup>5</sup> Il regime si applicava infatti solo ai gruppi internazionali aventi società controllate almeno in quattro paesi diversi, che disponevano di un capitale sociale e riserve uguali o superiori a BEF 1 miliardo e che realizzavano un fatturato annuale consolidato uguale o superiore a BEF 10 miliardi.

<sup>6</sup> La base imponibile così calcolata, infatti, non avrebbe subito alcuna modifica o aggiustamento per un periodo di cinque anni (v. par. 37 della decisione).

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi.

Esso non costituisce riferimento alcuno per contratti e/o impegni di qualsiasi natura.

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento Vi preghiamo di contattare:

#### Bruxelles

**Mario Todino**  
Tel. +32 2 3401550  
mtodino@gop.it

**Elisabetta Botti**  
Tel. +32 2 3401550  
ebotti@gop.it

#### Roma

**Luciano Acciari**  
Tel. +39 06 478751  
lacciari@gop.it

**Fabio Chiarenza**  
Tel. +39 06 478751  
fchiarenza@gop.it

#### Milano

**Vittorio Zucchelli**  
Tel. +39 02 763741  
vzucchelli@gop.it

Roma

Milano

Bologna

Padova

Torino

Abu Dhabi

Bruxelles

Londra

New York

Hong Kong

www.gop.it

Nell'introdurre il tema dell'investitore privato in una questione di fiscalità, la Commissione sembra ispirarsi a un principio posto dalla recente sentenza della Corte di giustizia nel caso *EDF*<sup>7</sup>, secondo cui, per valutare la compatibilità con la normativa aiuti di un'operazione contabile dai risvolti fiscali realizzata dallo Stato nei confronti di una società sua controllata, occorre altresì valutare se siffatta decisione, anche se concessa con strumenti di natura fiscale (un'esenzione d'imposta), costituisca una scelta razionale che avrebbe effettuato anche un investitore privato in economia di mercato.

Senonché, la Commissione sembra travisare il senso di tale sentenza, il cui contesto fattuale è molto diverso da quello delle decisioni in esame. Difatti, nel caso *EDF* la misura contestata riguardava una ristrutturazione contabile nell'ambito della quale lo Stato francese, in qualità di azionista di EDF, aveva deciso fosse economicamente più conveniente convertire un credito d'imposta in una ricapitalizzazione e successiva esenzione d'imposta. Nei casi in esame, per contro, i *tax rulings* incriminati sono espressione della potestà pubblica dello stato collettore d'imposta, mentre non c'è alcun coinvolgimento dello Stato azionista.

### 3. Conclusioni

Le decisioni in oggetto, sebbene costituiscano solo atti preliminari suscettibili di correzioni di rotta, emanano segnali abbastanza preoccupanti a giudicare dal grado di sostegno "politico" che tali azioni stanno raccogliendo negli ambienti comunitari. E' già chiaro, per esempio, che la nuova Commissione europea che si sta insediando perseguirà questi casi con priorità, come emerge sia dalle recenti dichiarazioni della Commissaria designata alla concorrenza Vestager al Parlamento, che dalla mission letter del presidente designato della Commissione Junker.

Si tratta inoltre di casi gravidi di pesanti conseguenze per un larghissimo numero di aziende multinazionali per le quali il sistema dei transfer pricing infra-gruppo rappresenta un rilevante aspetto della loro attività commerciale ed industriale nelle giurisdizioni UE. Per il solo Lussemburgo, la Commissione ha richiesto informazioni su ben ventidue tax rulings relativi ad aziende che versano presumibilmente in condizioni simili a quella di FIAT.

Va in proposito ricordato che un'eventuale decisione di accertamento assunta dalla Commissione ad esito delle indagini sarebbe corredata di un ordine di recupero degli aiuti indebiti percepiti dalle aziende beneficiarie degli "sconti fiscali", il che aprirebbe la complessa questione della quantificazione delle imposte oggetto di rimborso (sulla base della corretta determinazione della base imponibile) oltretutto delle giurisdizioni della UE presso cui tale gettito fiscale andrebbe versato.

Si segnala infine che le aziende potenzialmente interessate alle indagini in oggetto possono opportunamente attivarsi prima che le posizioni della Commissione si cristallizzino definitivamente. Al riguardo, la Commissione ha invitato tutti soggetti interessati a presentare le proprie osservazioni entro il termine di un mese.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte 5 giugno 2012, causa C-124/10 P, *Commissione c. Electricité de France ("EDF")*.