

DECLARATORIA SULLA TESI DI DOTTORATO

Il sottoscritto

COGNOME Giaconia

NOME Massimo

Matr. 1125624

Titolo della tesi:

La compatibilità degli aiuti di Stato in materia fiscale con il diritto comunitario

Dottorato di ricerca in Diritto Internazionale dell'Economia

Ciclo XXI

Tutor del dottorando Carlo Garbarino

Anno di discussione 2010

DICHIARA

sotto la sua responsabilità di essere a conoscenza:

- 1) che, ai sensi del D.P.R. 28.12.2000, N. 445, le dichiarazioni mendaci, la falsità negli atti e l'uso di atti falsi sono puniti ai sensi del codice penale e delle Leggi speciali in materia, e che nel caso ricorressero dette ipotesi, decade fin dall'inizio e senza necessità di nessuna formalità dai benefici previsti dalla presente declaratoria e da quella sull'embargo;
- 2) che l'Università ha l'obbligo, ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Decreto Ministeriale 30 aprile 1999 prot. n. 224/1999, di curare il deposito di copia della tesi finale presso le Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze, dove sarà consentita la consultabilità, fatto salvo l'eventuale embargo legato alla necessità di tutelare i diritti di enti esterni terzi e di sfruttamento industriale/commerciale dei contenuti della tesi;
- 3) che il Servizio Biblioteca Bocconi archiverà la tesi nel proprio Archivio istituzionale ad Accesso Aperto e che consentirà unicamente la consultabilità on-line del testo completo (fatto salvo l'eventuale embargo);
- 4) che per l'archiviazione presso la Biblioteca Bocconi, l'Università richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando alla Società NORMADEC (operante in nome e per

conto dell'Università) tramite procedura on-line con contenuto non modificabile e che la Società Normadec indicherà in ogni piè di pagina le seguenti informazioni:

- tesi di dottorato: La compatibilità degli aiuti di Stato in materia fiscale con il diritto comunitario;
 - di Massimo Giaconia ;
 - discussa presso l'Università commerciale Luigi Bocconi – Milano nell'anno 2010;
 - La tesi è tutelata dalla normativa sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche). Sono comunque fatti salvi i diritti dell'Università Commerciale Luigi Bocconi di riproduzione per scopi di ricerca e didattici, con citazione della fonte;
- 5) che la copia della tesi depositata presso la NORMADEC tramite procedura on-line è del tutto identica a quelle consegnate/inviata ai Commissari e a qualsiasi altra copia depositata negli Uffici dell'Ateneo in forma cartacea o digitale e che di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi;
- 6) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale realizzata dal sottoscritto e non compromette in alcun modo i diritti di terzi (legge 22 aprile 1941, n.633 e successive integrazioni e modifiche), ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura, civile, amministrativa o penale e sarà dal sottoscritto tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi;
- 7) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati; non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela, e quindi non è soggetta a embargo;

Data 3 febbraio 2010

F.to Massimo Giaconia

La compatibilità degli aiuti di Stato in materia fiscale con il diritto comunitario

INDICE

CAPITOLO 1

1. Introduzione

1.1 Premessa

1.2 Fonti del diritto in materia di aiuti di Stato

1.3 Il ruolo delle Istituzioni UE

1.3.1. La Commissione

1.3.2. Il Consiglio

1.3.3. Il ruolo della giurisprudenza

CAPITOLO 2

2. Evoluzione della nozione del divieto di aiuti di Stato in materia fiscale

2.1 Il divieto di aiuti di Stato nel Trattato

2.1.1. L'affermazione del principio di divieto

2.1.2. Il divieto in materia di aiuti fiscali

2.1.3. Le tasse di scopo

2.2 Dal Trattato al Rapporto sulla Concorrenza fiscale dannosa

2.2.1. Il periodo Monti: l'evoluzione del concetto di selettività

2.2.2. La selettività e la concorrenza fiscale

2.3 Gli aiuti di Stato in materia fiscale e la compatibilità con il diritto comunitario

2.3.1. Il divieto di aiuti di Stato e il principio di non discriminazione

2.3.1.1 L'ambito di applicazione

2.3.1.2 Le interazioni

2.3.2. Il divieto di aiuti di Stato in materia fiscale e le quattro libertà fondamentali

2.3.2.1 L'ambito di applicazione

2.3.2.2 Le interazioni

2.3.3. Le possibili giustificazioni

2.3.3.1 *Le giustificazioni alle restrizioni alle quattro libertà fondamentali*

2.3.3.2 *Le giustificazioni agli aiuti di Stato in materia fiscale*

2.3.3.3 *Analisi comparativa*

2.3.4. Commenti conclusivi

CAPITOLO 3

3. LE NUOVE TENDENZE

3.1 Premessa: la crisi finanziaria

3.2 La riaffermazione della sovranità Statale

3.2.1. Il federalismo fiscale

3.2.2. Manovre nazionali di “scudo fiscale”

3.2.3. Le norme antiabuso

CAPITOLO 4

4. Rassegna di recenti casi di aiuti di Stato in materia Fiscale

4.1 L’esperienza Italiana

4.1.1. Le fondazioni bancarie

4.1.2. Altri casi recenti

4.1.2.1 Aiuti alle società municipalizzate

4.1.2.2 Tecno-Tremonti

4.2 L’esperienza degli altri Stati Membri

4.2.1. Misure in materia di deducibilità degli interessi

4.2.1.1 Belgio

4.2.1.2 Paesi Bassi

4.2.1.3 Ungheria

4.2.2. Misure fiscali in materia di avviamento

4.2.2.1 Spagna

CAPITOLO 1

1. Introduzione

1.1 Premessa

Il Trattato che ha istituito la Comunità Economica Europea, nel testo del 1957, prevedeva che *“salvo deroghe contemplate dal presente Trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli 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”*. Questa formula è rimasta invariata nel testo consolidato a seguito del Trattato di Amsterdam, ed è stata infine confermata dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che è entrato in vigore l'1 dicembre 2009.

Peraltro, la realizzazione del mercato unico, creato con l'Atto unico europeo del 1986 ed operante dal 1° gennaio 1993, ha attribuito grande importanza al controllo degli aiuti di Stato, dal momento che interventi di tal genere possono determinare effetti distorsivi della concorrenza, della libera circolazione delle merci e dei servizi.

In generale, la finalità di garantire che la libera concorrenza non sia falsata dal mercato interno richiede che vi sia la leale cooperazione tra gli Stati e le istituzioni comunitarie, affinché le caratteristiche strutturali delle misure erogative pubbliche non siano dichiarate incompatibili con il mercato comune.

La nozione e la disciplina degli aiuti di Stato sono oggetto di normativa UE (articoli 107,108 e 109 del TFUE) e nell'ambito delle istituzioni UE, la Commissione ricopre un ruolo primario, invero, ha competenza esclusiva nell'esercizio del controllo di compatibilità sull'erogazione delle agevolazioni pubbliche, sottoposte alla sua verifica dagli stessi Stati membri, ovvero per le quali pervengono denunce di singoli.

Gli articoli 107, 108 e 109 del TFUE non enunciano una proibizione in senso assoluto degli aiuti di Stato, ma si limitano ad affermare l'incompatibilità di tali misure con il mercato interno, fatte salve le deroghe decise dalla Commissione alle condizioni previste dal TFUE e quelle attuate mediante le decisioni del Consiglio.

Per altro verso, la materia è oggetto di un controllo permanente della Corte di Giustizia europea (CGE) che comprende il Tribunale, in primo grado, e la Corte di Giustizia, in appello, lavori degli inquadramenti della Commissione europea e delle ricerche della dottrina, che tentano, tutti, di definire, con la minore approssimazione possibile, la nozione di "aiuto di Stato", che non è direttamente definita dal TFUE ma soltanto presunta, e di classificare i concreti interventi nazionali tra le varie categorie di compatibilità, incompatibilità e legalità delle misure di aiuto.

A ben vedere, infatti la nozione di aiuto desumibile dalle fonti comunitarie non presenta precisi caratteri, idonei a delimitare in maniera definita l'ambito di applicazione e le tipologie di aiuti ivi incluse. La giurisprudenza e la dottrina hanno quindi elaborato sulla scorta di casi singoli una nozione multi comprensiva d'aiuto, atta a ricomprendere ogni forma di prestazione, non solo di tipo positivo, ma tale da includere anche quegli interventi che, in varie forme, alleviano gli oneri che di norma gravano sul bilancio di un'impresa ed ai quali conseguono identici effetti. In questa prospettiva, la nozione di aiuto viene definita dagli effetti vantaggiosi che conseguono ad un'iniziativa dell'autorità pubblica¹.

In definitiva, un aiuto è ravvisabile quale misura agevolativa diretta ad assicurare a imprese pubbliche o private vantaggi economicamente apprezzabili, imputabili ad uno Stato ed alle sue risorse concessi dal legislatore, direttamente o indirettamente, mediante riduzioni di costi, sgravi d'interessi dovuti, concessione di tariffe preferenziali o di agevolazioni fiscali, avente l'effetto di favorire talune

¹ In tal senso, G., Tiralongo, "L'attualità degli aiuti di Stato" in *Il Fisco* n.1/2002.

imprese o produzioni attive su mercati aperti alla concorrenza, nella misura in cui essa è quindi idonea ad incidere sugli scambi tra Stati membri.

Per quanto di interesse del presente lavoro, si rileva che – attesa la generalità del divieto comunitario per come formulato - anche le misure fiscali nazionali e in particolare, i trattamenti fiscali preferenziali formano sempre più oggetto di scrutinio da parte della Commissione, perché potenziale forma di aiuto di Stato proibita dal Trattato².

In particolare, taluni regimi tributari - selettivamente più favorevoli rispetto al normale – possono risultare idonei ad alterare gli obiettivi europei della creazione di un unico mercato comune tra tutti gli Stati membri e la libera concorrenza fra le imprese. In tal senso, regimi tributari agevolati possono quindi essere considerati, in sede comunitaria, incentivi di Stato alle imprese.

In base al sistema di controllo delle misure statali alla luce degli articoli 107 e 108 del Trattato, gli Stati membri sono liberi di definire e modificare i rispettivi sistemi fiscali generali, ma le misure fiscali di vantaggio a favore di certe imprese o produzioni e che soddisfano le altre condizioni previste dall'articolo 107, devono essere notificate alla Commissione e possono essere messe in esecuzione solo se dichiarate compatibili.

Nel 1998, contestualmente all'adozione da parte del Consiglio di un Codice di Condotta sulla fiscalità diretta delle imprese³, inteso a coordinare l'azione degli Stati membri per limitare le misure di concorrenza fiscale dannosa, la Commissione ha reso pubblica una comunicazione⁴ con la finalità di chiarire l'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alla fiscalità delle imprese allo scopo di garantire trasparenza e uguaglianza tra gli Stati membri.

² In tal senso, P. Rossi-Maccanico, “*Fiscalità delle imprese ed aiuti di stato – parte I: fondamenti della nozione di aiuto fiscale*”, in *Fiscalità internazionale* n. 4/2008.

³ In *Gazzetta Ufficiale* 1998, C 2.

⁴ In *Gazzetta Ufficiale* 1998, C 384.

Da un punto di vista procedurale, i progetti di concessione dell'aiuto devono essere notificati a cura dello Stato erogante tempestivamente alla Commissione e, nelle more della decisione di autorizzazione - conseguente all'esame preliminare ove non sussistano immediatamente dubbi di compatibilità o successiva al procedimento d'indagine formale, ove si renda necessario acquisire elementi probatori ultronei - da parte dell'Autorità comunitaria, non sono suscettibili di esecuzione.

Ovviamente, la decisione dell'istituzione sovranazionale non si traduce nella mera dichiarazione di illegittimità delle assegnazioni in contrasto con le norme del Trattato, ma anche nell'obbligo nei confronti dell'ente erogatore di ripristino dello *status quo ante*, attraverso il recupero del vantaggio goduto dal beneficiario.

In altre parole, l'istituzione comunitaria, priva di competenza esclusiva in materia fiscale, tutela il rispetto degli obiettivi del mercato interno limitando le scelte di politica economica e di finanza pubblica degli Stati i quali, con l'adesione al mercato unico, accettano i vincoli all'esercizio della propria sovranità (ovvero alla propria potestà impositiva tributaria) se strumentali alla realizzazione della libera concorrenza, della libera circolazione dei servizi nonché dei capitali.

Dei poteri degli organi comunitari e del procedimento che si innesta all'atto di "progettazione" di una misura di aiuto in seno a ciascuno Stato membro si tratterà nel presente capitolo.

1.2 Fonti del diritto in materia di aiuti di Stato

Le fonti di diritto da cui promana la disciplina vincolistica degli aiuti di Stato risiedono principalmente negli articoli 107, 108 e 109 TFUE, (già articoli 87, 88 e 89 del TCE e ancor prima, negli articoli 92, 93 e 94 del Trattato CE del 1954), peraltro, rimaste sostanzialmente immutate. Tali norme hanno per lungo tempo

rappresentato l'unica fonte di normazione comunitaria⁵, prima che l'esperienza determinasse la necessità di adottare norme di diritto derivato a complemento delle disposizioni del Trattato

Preme da subito metter conto, per quanto di interesse nella presente trattazione, che non esiste una specifica disciplina in materia di aiuti di stato di carattere fiscale, pertanto tale tipologia può essere solo inquadrata all'interno della disciplina generale di seguito delineata.

Le fonti menzionate sono collocate all'interno del Titolo VII, capo 1, sezione 2 del TFUE, ossia tra le *“norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni”* e la ragione di tale collocazione è immediatamente evincibile dalla lettura dell'articolo 107 ove al paragrafo 1, è sancito, salve le esclusioni espressamente previste, il divieto degli aiuti *“concessi dagli Stati o mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minacciano di falsare la concorrenza”*. Pertanto, risulta di tutta evidenza la volontà del legislatore comunitario di evitare che, la concessione di incentivi da parte dello Stato alle imprese nazionali, possa determinare distorsioni della libera concorrenza tra le imprese dei diversi Stati Membri⁶, in virtù del principio comunitario per il quale *“l'azione degli Stati membri e dell'Unione è fondata sull'adozione di una politica economica [...] condotta*

⁵ In tal senso, A. Fantozzi in *“Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte Europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione UE”*, Atti del convegno di studi e testi delle relazioni svolte, in Rassegna Tributaria n. 6-bis, novembre-dicembre 2003.

⁶ Sul punto vedi F. Gallo in *“L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno”*, secondo cui *“ogni distorsione della concorrenza si traduce, infatti, nella creazione di barriere economiche alla libera circolazione delle merci e dei servizi. Ed è anche noto come distorsioni di questo genere possono essere determinate non solo da accordi di cartello e dagli abusi di posizione dominante, ma anche dagli incentivi di Stato alle imprese [...].la concessione di incentivi, comportando la riduzione dei costi di produzione, conferisce una posizione di vantaggio alle imprese nazionali destinatarie in quanto permette loro di determinare per gli stessi prodotti e servizi, prezzi più bassi di quelli praticati dalle imprese straniere, le quali pur presentando la stessa struttura dei costi, non beneficiano di incentivi”*.

conformemente al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza⁷".

Come già accennato in precedenza, all'enunciazione del divieto, nel corpo dello stesso articolo 107, fanno seguito le tipologie di aiuto compatibili *de iure* con il mercato interno e le categorie di aiuti, per le quali la Commissione ha il potere di valutare, in via discrezionale, la compatibilità degli aiuti con il mercato interno in funzione degli obiettivi perseguiti.

In particolare, a mente dell'articolo 107, paragrafo 2, sono considerati compatibili con il mercato interno:

- a) gli aiuti a carattere sociali concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;
- b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;
- c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

In sostanza, ancorché considerati compatibili, anche questi aiuti devono essere notificati alla Commissione affinché essa adotti una decisione formale di compatibilità dell'aiuto col mercato comune.

Ed infine, a mente del paragrafo 3, possono considerarsi compatibili con il mercato interno a discrezione della Commissione:

⁷ Cfr. Articolo 119, comma 1 e art. 120 del TFUE, per il quale “*gli Stati Membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119*”.

- a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all'articolo 349, tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale;
- b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c) gli aiuti destinati a agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;
- d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimoni, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza dell'Unione in misura contraria all'interesse comune;
- e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

Le previsioni del Trattato, dopo aver tracciato gli aspetti sostanziali, si occupano di definire gli aspetti procedurali della materia, sebbene le regole dettate abbiano carattere preminentemente generale ed infatti, prima che il Consiglio intervenisse con apposita regolamentazione, si è sviluppata una notevole prassi a cura delle istituzioni comunitarie.

Tornando alle previsioni del Trattato, si rileva che l'articolo 108 del TFUE ha costituito per lungo tempo l'unica fonte normativa delle regole procedurali e delle modalità attraverso cui si estrinseca il controllo sugli aiuti di Stato da parte della Commissione. Nel corpo di tale norma, assumono rilievo in particolare: l'obbligo di comunicare alla Commissione "*i progetti diretti a istituire o modificare aiuti*" e il divieto da parte degli Stati Membri di dare attuazione alle misure di aiuto prima che sia intervenuta la decisione della Commissione (cosiddetto *standstill*).

Con riferimento alla procedura di controllo degli “aiuti nuovi”, il processo decisionale si articola in due fasi. Nella prima fase la Commissione, dopo aver acquisito tutte le informazioni necessarie alla verifica, compie un esame preliminare della misura progettata, notificata dallo Stato membro e laddove valuti *che non sussistono dubbi in ordine alla compatibilità con il mercato interno della misura notificata*, adotta la decisione finale. Per contro, laddove l’Esecutivo nutra dubbi sulla compatibilità della misura, avvia la fase di indagine formale che si caratterizza per il maggiore approfondimento e per il maggiore grado di certezza e trasparenza del processo di valutazione, che peraltro, può assumere carattere interlocutorio. Tale fase termina con la decisione che autorizza, non autorizza o indica le condizioni cui la misura deve conformarsi affinché sia considerata compatibile con il mercato interno.

Per quanto concerne gli aiuti esistenti, la norma prevede che la Commissione proceda con gli Stati membri “*all’esame permanente dei regimi di aiuti esistenti*”. Dal lato pratico, a seguito dell’acquisizione di tutte le informazioni che la Commissione ritenga necessarie per l’espletamento del controllo, procede con l’indagine al termine della quale possono manifestarsi due situazioni: a) la misura è dichiarata ancora compatibile con il mercato interno; b) la misura non è più compatibile. In tale ultimo caso, la Commissione può proporre le modifiche da apportare alla misura affinché sia nuovamente compatibile, mediante apposita raccomandazione. Laddove lo Stato si conformi alle indicazioni ricevute dalla Commissione, la procedura di controllo si considera esaurita, invece, laddove ciò non avvenga, ha inizio l’indagine formale secondo le medesime modalità previste per gli aiuti nuovi, già illustrata in precedenza.

L’articolo 108 del TFUE inoltre prevede una peculiare forma di controllo in capo al Consiglio, che viene avviata su specifica richiesta dello Stato Membro in presenza di “*circostanze eccezionali*”. Tuttavia nessuna norma qualifica nello specifico le “*circostanze eccezionali*” che giustificano tale intervento in tema di controllo sugli aiuti di Stato. Nella prassi, il Consiglio è stato chiamato a intervenire in materia prevalentemente su richiesta dei soggetti potenzialmente beneficiari degli aiuti.

La disposizione dell'articolo 109 del TFUE da ultimo conferisce al Consiglio il potere di adottare, a maggioranza qualificata, i regolamenti che ritenga necessari per la corretta applicazione degli articoli 107 e 108. Tale potere, dal lato pratico, è stato esercitato scarsamente sino al 1998 ed infatti, per lungo tempo, gli aspetti relativi al controllo degli aiuti di stato hanno trovato le loro fonti primarie prevalentemente nella prassi della Commissione e nell'elaborazione della CGE⁸.

A partire dal 1998, al fine di “*salvaguardare la trasparenza e la certezza del diritto*”, il Consiglio è intervenuto emanando due importanti regolamenti intesi rispettivamente: il regolamento n. 994 del 1998⁹ a introdurre le esenzioni di previa notifica di alcune tipologie di aiuti di Stato e il regolamento n. 659 del 1999,¹⁰ di carattere più generale avente ad oggetto le modalità applicative per l'adozione degli aiuti di Stato. Il fine di tali regolamenti, per le ragioni dianzi già accennate, è stato quello di evitare che le regole generali in materia di aiuti di Stato venissero specificate da un *corpus* di regole desunte man mano dai principi elaborati dalle istituzioni comunitarie, anziché da una disciplina generale codificata e stabilizzata in apposita regolamentazione.

Con riferimento al regolamento n. 994 del 1998, il Consiglio ha conferito alla Commissione il potere di emanare regolamenti atti a dichiarare la compatibilità col il mercato comune e a prevedere l'esonero dall'obbligo di notifica - e dell'ordinaria procedura di controllo - di alcune categorie di aiuti di Stato. Pertanto, in tal senso, la Commissione ha iniziato ad emanare una serie di regolamenti tra il 1999 e il 2006¹¹ in ottemperanza alla predetta delega. L'obiettivo del Consiglio -

⁸ In tal senso, A. Fantozzi “*Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte Europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione UE*” cit.

⁹ Cfr. Regolamento del Consiglio n. 994/98 del 7 maggio 1998 recante “Modalità di applicazione degli articoli 92 e 93 [oggi articoli 107 e 108 del TFUE] del Trattato CE su alcune categorie di aiuti orizzontali” in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, n. L 142 del 14 maggio 1998.

¹⁰ Cfr. Regolamento del Consiglio n. 659/98 del 22 marzo 1999 recante “Modalità di applicazione dell'articolo 93 [oggi articolo 108 TFUE] del Trattato CE” in Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, n. L 83 del 27 marzo 1999 ed il relativo Regolamento di esecuzione n. 794/2004 della Commissione del 21 aprile 2004.

¹¹ Cfr. Regolamento della Commissione n. 68/2001 del 12 gennaio 2001, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE [oggi articoli 107 e 108 del TFUE] agli aiuti destinati alla formazione in

come peraltro osservato in dottrina¹² – è stato quello di limitare l’ampiezza del potere attribuito alla Commissione, invitando quest’ultima a emanare atti che non siano solo giuridicamente rilevanti, ma anche dettagliati nel contenuto.

Nell’ambito della sistematica delle fonti comunitarie, un’ultima menzione la meritano le cd. “comunicazioni” elaborate dalla Commissione. Infatti, come già accennato, a lungo tempo il potere regolamentare del Consiglio non è stato esercitato, pertanto la Commissione è intervenuta più volte, a dettare regole attuative della normativa generale con le comunicazioni che, tutt’oggi costituiscono un punto fondamentale di riferimento nella disciplina. Peraltro, la diffusione di tali atti nella materia degli aiuti di Stato, è anche stata influenzata dalla stessa CGE¹³ che, ha ammesso la possibilità di adottare tali atti atipici, sebbene non previsti da alcuna norma comunitaria.

Prescindendo da ogni tentativo di classificazione delle comunicazioni, dal lato degli effetti giuridici, si evidenzia che tali atti sono inidonei a produrre effetti vincolanti per i relativi destinatari, in quanto non sono suscettibili di creare in capo a questi ulteriori obblighi rispetto a quelli già previsti dalle norme comunitarie. Tuttavia merita in ogni caso rilevare che, mediante le comunicazioni, la Commissione svolge un importante ruolo interpretativo sia delle previsioni normative, sia degli orientamenti giurisprudenziali manifestati i cui risultati, sono inevitabilmente rilevanti nell’orientare il comportamento dei soggetti interessati.

Sulla base di quanto sinora illustrato, sorgono alcune riflessioni, alla luce della peculiare articolazione delle fonti e della compatibilità della disciplina (di

Gazzetta Ufficiale CE, n. L 10 del 13 gennaio 2001; Regolamento della Commissione n. 70/2001 del 12 gennaio 2001, con riferimento all’applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE [oggi articoli 107 e 108 del TFUE] agli aiuti di Stato a favore delle piccole e medie imprese, in gazzetta Ufficiale n. L 10 del 13 gennaio 2001; Cfr. Cfr. Regolamento della Commissione n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, relativo all’applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE [oggi articoli 107 e 108 del TFUE] a favore dell’occupazione, Gazzetta Ufficiale CE, n. L 337 del 13 dicembre 2002.

¹² In tal senso, V. Caputi Jambrenghi, “*Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*” in Rivista italiana di diritto pubblico comparato, 1998.

¹³ In tal senso, cfr. sentenza della Corte di Giustizia, del 24 febbraio 1987, C-310/85; sentenza del 9 ottobre 1990, C-366/88, sentenza del 16 giugno 1993 C-325/91.

fonte comunitaria) con gli interessi propri di ciascuno Stato Membro. Va da sé che i principi e le regole in ambito UE vincolano gli ordinamenti giuridici nazionali ed è oramai consolidata la prevalenza della norma comunitaria sul diritto nazionale¹⁴, tuttavia è altrettanto innegabile che gli interessi alla base dei due ordinamenti siano il più delle volte differenti, giacché il diritto comunitario si fonda su obiettivi di carattere economico propri del sistema di libero scambio e la fiscalità appare come potenziale causa di distorsione della concorrenza e delle libertà fondamentali, mentre nell'ordinamento nazionale il tributo viene considerato sotto gli aspetti distributivi ed acquisitivi¹⁵. Al riguardo, in dottrina e in giurisprudenza si è diffusa una certa teoria dei “controlimiti”¹⁶ che l'ordinamento nazionale potrebbe far valere su quello comunitario, ove quest'ultimo fosse in contrasto con i principi costituzionali, tuttavia tale teoria nella prassi non ha trovato concreta applicazione. Si pensi, ad esempio, al limite “inderogabile” del divieto comunitario di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno per gli Stati che intendano declinare i propri sistemi tributari al fine di avvantaggiare imprese penalizzate in virtù del loro insediamento geografico ed economico, senza alcun successo di fronte al giudizio di incompatibilità che può esprimere la Commissione in sede di controllo.

1.3 Il ruolo delle Istituzioni UE

1.3.1. La Commissione

La Commissione è l'organo deputato a promuovere l'interesse generale dell'UE ed in tal senso, adotta le misure all'uopo necessarie. Inoltre, ha il compito istituzionale di vigilare sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati stessi e di vigilare sull'applicazione del diritto dell'Unione da parte della CGE, ai sensi dell'articolo 17 del TUE.

¹⁴ Cfr. in tal senso P. Biavati, “*La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*”, in *Rassegna Tributaria* n. 4/2007, pag. 1591.

¹⁵ Cfr. in tal senso A. Dagnino, in “*Agevolazioni fiscali e potestà normativa*”, Ed. Cedam, 2008., pagg. 130 e segg.

¹⁶ Cfr. Gallo F. in “*Ordinamento comunitario, ordinamento nazionale e principi fondamentali tributari*”, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2006 pag. 1137 ss.

Pertanto è di tutta evidenza che la Commissione svolga un ruolo strategico nella disciplina degli aiuti di Stato nell'esercizio delle sue funzioni. .

Esaminando nel dettaglio i poteri della Commissione con riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato, sono due i momenti che assumono maggior rilievo nell'ambito della sua attività: il primo riguarda la qualificazione di una misura come aiuto di Stato e il secondo riguarda la valutazione della compatibilità di una misura qualificata come aiuto di Stato con le previsioni comunitarie¹⁷.

Allo scopo di meglio comprendere l'attività di qualificazione svolta dalla Commissione, conviene prendere le mosse dalla nozione di aiuto così come è stata delineata dal dettato normativo, nonché dalla prassi delle istituzioni comunitarie; in particolare, in base a un orientamento che si è progressivamente affermato, il disposto dell'articolo 107 TFUE "*non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in base agli effetti*¹⁸", pertanto ciò che l'Esecutivo UE esegue, con non poche difficoltà interpretative, è individuare se la misura in esame attribuisca un potenziale vantaggio al soggetto destinatario, al punto da accrescerne la competitività rispetto a soggetti concorrenti nel mercato interno, non rilevando né la forma, né gli obiettivi dell'intervento.

Si pensi al caso specifico di una misura di carattere fiscale, l'esame che la Commissione esegue, al fine di stabilire la natura di aiuto, si sostanzia in una serie di accertamenti, in base ai quali verifica in prima battuta se la misura costituisca una deroga rispetto al sistema fiscale generale tale da configurare una fattispecie che ricade nel divieto comunitario di aiuti di Stato, successivamente, se la misura avvantaggia solo certe imprese ovvero produzioni, cioè è selettiva, ed infine se mancano giustificazioni interne od esterne al sistema fiscale per tale selettività.

¹⁷ Cfr. In tal senso L. Salvini, in "*Aiuti di Stato in materia fiscale*", cit. pag. 20 ss.

¹⁸ In tal senso vedi CGE del 2 luglio 1974, causa C – 173/173, Italia c. Commissione. Tra l'altro lo stesso orientamento è stato confermato in CGE, 29 febbraio 1996, causa C-56/93, Belgio c. Commissione, par. 79; CGE, 26 settembre 1996, causa C – 241/94, Francia C. Commissione, par. 20, CGE del 13 febbraio 2003, causa C-409/00, Spagna c. Commissione par. 46.

Il riconoscimento di un intervento statale come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 TFUE determina l'avvio del successivo esame di compatibilità con riferimento alle ipotesi in cui la misura analizzata configuri una delle deroghe previste nel paragrafo 2 ovvero nel paragrafo 3 della norma. In particolare, nel caso in cui il giudizio sia incentrato a qualificare una deroga contemplata al paragrafo 2, la Commissione si limita a eseguire una mera attività di qualificazione di una fattispecie, che è già definita sul piano normativo e all'esito di tale valutazione, adotta una decisione di compatibilità dell'intervento statale con il mercato interno.

Differente è la valutazione che esegue ai sensi del paragrafo 3, in quanto in tal caso, la Commissione ha un vero e proprio potere discrezionale di valutazione e gli effetti conseguenti al provvedimento emanato si producono come la conseguenza dell'esito positivo di tale giudizio che è – in ogni caso - informato agli interessi comunitari e alle finalità fissate dalla norma. Nella specie, l'Esecutivo UE incentra il proprio giudizio sull'idoneità dell'aiuto a realizzare gli obiettivi rilevanti sotto il profilo comunitario, individuati dagli inquadramenti sulla compatibilità adottati della stessa Commissione, quali quelli sulla promozione dello sviluppo regionale, sulla tutela del patrimonio culturale ovvero sull'incentivazione della ricerca. La discrezionalità della Commissione si limita al momento del giudizio e non coinvolge il momento successivo della scelta delle modalità più opportune per il perseguimento delle finalità rilevanti, salvo le considerazioni che seguono. Infatti, può accadere che la versione progettata di aiuto non soddisfi i criteri di valutazione, e in tal caso, la Commissione può intervenire sul piano della scelta dell'intervento statale fornendo indicazioni che lo Stato Membro è tenuto a rispettare se intende, dar corso alla misura notificata¹⁹. Tale modalità di intervento ha suscitato alcune discussioni in merito alla natura del potere in discorso: se trattasi, in particolare di

¹⁹ Per un esempio di decisione condizionale, si rinvia a decisione della Commissione n. 97/789/CE del 15 luglio 1997, in G.U.C.E. L 322 del 25 novembre 1997, n. 44-62, relativa alla ricapitalizzazione dell'Alitalia SpA. In tal caso la Commissione ha condizionato l'erogazione della restante parte dell'aiuto al rispetto di alcune condizioni indicate.

discrezionalità tecnica²⁰ ovvero mista²¹, e pare prevalere in dottrina questa ultima tesi, in quanto sarebbe l'azione congiunta della Commissione e dello Stato Membro a determinare la forma di intervento statale più opportuna al conseguimento degli scopi comunitari essenziali.

Un'ultima riflessione sul delicato ruolo della Commissione riguarda la questione relativa alla conciliazione degli interessi dell'UE con quelli di ciascuno Stato Membro che, a prima vista, paiono diametralmente opposti, in quanto gli uni tesi al rispetto e alla salvaguardia della concorrenza sui mercati e gli altri anche al perseguimento di finalità di tipo sociale. In realtà, a ben vedere e come la stessa Corte Costituzionale Italiana ha affermato, “*i principi comunitari del mercato e della concorrenza non devono essere svincolati da un'idea di sviluppo economico e sociale*”, pertanto gli interessi apparentemente contrapposti (pare) trovano un punto di incontro²².

Inoltre, si rileva che la stessa Commissione ha da sempre avvertito l'esigenza di prevenire i possibili conflitti che – in virtù di questa contrapposizione – potrebbero sorgere tra giurisdizioni nazionali e l'UE, peraltro, in tal senso ha elaborato una Comunicazione *ad hoc* – di cui si approfondirà di seguito – riguardante l'applicazione da parte dei giudici nazionali delle regole sugli aiuti statali²³, in considerazione del fatto che le regole in materia di compatibilità di aiuti di Stato non sono decentrabili a livello nazionale e che il controllo è prerogativa esclusiva della Commissione a livello sovranazionale²⁴.

²⁰ In tal senso, cfr. C. Pinotti in “*Aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*” e Della Canarea in “*Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*” in Rivista italiana di diritto pubblico comparato, 1993, pagg. 410 ss.

²¹ Cfr. F. Caringella in Corso di diritto amministrativo, Milano 2004

²² Vedi sentenza della Corte Costituzionale n. 14 del 13 gennaio 2004.

²³ Vedi Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei Giudizi nazionali, in GU n. C85 del 9 aprile 2009, pag. 1. La Comunicazione sostituisce la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato del 1995, GU n. C 312 del 23 novembre 1995

²⁴ Cfr. in tal senso, P. Rossi-Maccanico “*Riflessi fiscali dell'applicazione a livello nazionale delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato*” in Fiscalità internazionale, n. 3/2009, pag. 210.

1.3.2. Il Consiglio

Sebbene ricopra un ruolo sicuramente non protagonista nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato, il Consiglio, composto dai rappresentanti degli Stati membri, svolge un ruolo funzionale all'attuazione di alcune previsioni di carattere generale²⁵ e un ruolo di rilievo in tema di controllo di compatibilità degli aiuti²⁶.

Entrando nel merito dei poteri riconosciuti dal Trattato in capo al Consiglio, occorre in primo luogo distinguere il potere di “*stabilire tutti i regolamenti utili ai fini dell'applicazione degli articoli 107 e 108 e fissare [...] le condizioni per l'applicazione dell'articolo 108, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti dispensate da tale procedura*” dal potere previsto dall'articolo 107, paragrafo 3 relativo alla determinazione, in base a una deliberazione all'unanimità, della compatibilità con il mercato interno delle c.d. “*altre categorie di aiuto*”.

Come già accennato in precedenza, il potere normativo del Consiglio, a lungo non esercitato, si è concretamente sostanziato nell'adozione di due importanti regolamenti: il regolamento n. 994 del 7 maggio 1998, di delega alla Commissione all'emanazione di regolamenti e il Regolamento n. 659 del 22 marzo 1999 che ha un rilievo preminente nell'ambito delle procedure di controllo in materia di aiuti di Stato.

Per quanto concerne il potere riconosciuto con riferimento alla determinazione della compatibilità delle “*altre categorie di aiuti*” preme rilevare che, sul piano pratico, tale potere ha una funzione meramente residuale, anche se invece da un punto di vista sistematico potrebbe costituire la base per l'aggiornamento delle deroghe contemplate dalla norma e in particolare, delle finalità che possono considerarsi meritevoli di tutela in base alle condizioni del mercato²⁷.

²⁵ Vedi articolo 107, paragrafo 3, lettera e) e articolo 109 TFUE.

²⁶ Vedi articolo 108, paragrafo 2, terzo e quarto comma TFUE..

²⁷ Cfr. in tal senso, L. Salvini, “*Aiuti di Stato in materia fiscale*”, cit. pag. 29 ss.

Oltre ai poteri già citati, il Consiglio può dichiarare compatibili singoli aiuti o progetti di aiuto, qualora uno Stato Membro ne faccia richiesta, in presenza di “*circostanze eccezionali*”. Tale potere decisionale deve essere esercitato entro tre mesi dalla richiesta. Da un punto di vista procedurale, tale modalità di controllo si presenta come eccezionale rispetto a quella ordinaria e peraltro, produce l’effetto di sospendere la procedura eventualmente avviata in seno alla Commissione, istituzionalmente preposta a tale funzione. Tuttavia, qualora, il Consiglio non adotti la decisione entro il termine perentorio di tre mesi, la Commissione si “riappropria” della normale competenza di controllo circa la compatibilità degli aiuti col mercato interno .

Entrando nel merito della procedura, si segnala che tale controllo viene attivato dall’azione dello Stato interessato alla decisione solo quando “circostanze eccezionali” lo richiedano. La definizione di tali “circostanze” sfugge a qualsivoglia inquadramento giuridico ed è riconducibile a ragioni di matrice squisitamente politica. Infatti, a differenza della valutazione giuridica di compatibilità affidata alla Commissione, il giudizio in seno al Consiglio non implica necessariamente un bilanciamento di interessi in prospettiva comunitaria, ed al contrario, pare piegarsi alle esigenze di opportunità che gli Stati arrivano ad esprimere in seno al Consiglio. La stessa esperienza ha dimostrato uno spostamento degli interessi, da quelli di più ampio respiro comunitario a quelli più particolari locali dei soggetti interessati, laddove il Consiglio adotta le proprie decisioni in materia di aiuti²⁸ .

²⁸ A conferma di quanto detto, si veda decisione del Consiglio n. 212/114/CE del 21 gennaio 2002 con cui è stata dichiarata la compatibilità dell’aiuto portoghese agli allevatori di suini in considerazione dell’incidenza negativa che il rimborso avrebbe potuto determinare sulla “*vitalità economica dei numerosi beneficiari*” e sull’*impatto sociale molto negativo in determinate regioni*”, e la decisione n. 2005/531/CE del 16 luglio 2003 che ha dichiarato la compatibilità dell’aiuto fiscale per alcuni centri di coordinamento stabiliti in Belgio sulla base della considerazione che alcuni gruppi internazionali “*senza il nuovo aiuto che il Belgio intende applicare[...] potrebbero essere costretti a porre fine alle loro attività sul pese*” e in considerazione delle “*conseguenze economiche e sociali per il Belgio*”.

1.3.3. Il ruolo della giurisprudenza

La Corte di giustizia europea, che si compone del Tribunale in primo grado e della Corte di giustizia in appello, è l'organo deputato ad assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario, in virtù del principio statuito dall'articolo 19 del TUE.

Tale controllo giurisdizionale è svolto sia in via diretta, in quanto azionato dagli Stati Membri, dalle istituzioni ovvero dai singoli soggetti interessati, sia in via indiretta, concretandosi nella cooperazione tra giudice comunitario e giudice nazionale.

Nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato, il controllo da parte degli organi giurisdizionali si manifesta in prevalenza in via diretta, ed infatti, accade sovente che i soggetti interessati alla tutela giurisdizionale e alla salvaguardia dei propri interessi ricorrano alla CGE contestando la legittimità degli atti comunitari ed in particolare, delle decisioni della Commissione.

Peraltro, si consideri che i giudicati della CGE rivestono un'importanza preminente in quanto, l'effetto delle sentenze emanate condiziona non solo i soggetti direttamente interessati, ma anche gli stessi Stati Membri, i quali si vedono costretti a recepire nel proprio ordinamento i principi di matrice giurisprudenziale, in ossequio al principio per cui l'interpretazione del diritto comunitario fornita dalla CGE è direttamente applicabile nell'ordinamento interno. Da un punto di vista pratico, spetta al giudice nazionale il compito di disapplicare le disposizioni dell'ordinamento interno che siano in contrasto o incompatibili con i principi sanciti dalla CGE²⁹.

Il notevole sviluppo giurisprudenziale ha fatto sì che la Commissione avvertisse l'esigenza, in linea alle interpretazioni giurisprudenziali adottate dalla

²⁹ Cfr. M. Migiarra, "Recenti sentenze della Corte UE in materia di agevolazioni fiscali alla ricerca", in *Fiscalità internazionale*, n. 1/2008.

CGE³⁰, di chiarire la pratica comunitaria con riferimento all'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, ma soprattutto di offrire una piattaforma di assistenza, mutua collaborazione e scambio di informazioni tra le giurisdizioni nazionali e la Commissione stessa³¹, anche al fine di contenere il contenzioso comunitario in materia con la Comunicazione del 9 aprile 2009. L'obiettivo della Comunicazione è quello di riprovare a dare slancio alla collaborazione con i giudici nazionali, atteso che con una precedente comunicazione del 1995 i risultati non furono soddisfacenti³².

Tale Comunicazione ha messo ancora una volta in rilievo la forte interrelazione che esiste tra l'attività della Commissione e quella della CGE, in quanto *“organi che si influenzano l'un l'altro, così che il risultato dei processi decisionali di una istituzione è incorporato come input nei processi decisionali dell'altro”*³³.

Inoltre, la stessa Commissione ha avuto modo di rilevare che l'efficacia delle comunicazioni, relative alla disciplina degli aiuti di Stato, è tanto maggiore, quanto più *“dispongano di una solida base giuridica”* quale quella rappresentata dalla *“giurisprudenza della Corte di Giustizia”*³⁴.

³⁰ Tra gli orientamenti giurisprudenziali, spicca la causa CELF, CGE, sentenza 12 febbraio 2008, causa C-199/06, CELF e Ministre de la Culture et de la Communication. Tale causa concerne una complessa serie di ricorsi nazionali contro un regime di aiuto illegalmente messo in esecuzione dalla Francia all'atto dei ricorsi e successivamente dichiarato compatibile con il mercato comune attraverso successive decisioni della Commissione, a causa di un primo annullamento della decisione da parte del tribunale di prima istanza.

³¹ Ci si riferisce alla Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in GU C 85 del 9 aprile 2009. Questa Comunicazione ha sostituito la precedente comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione in materia di aiuti di Stato del 1995, GU C 312 del 23 novembre 1995.

³² Vedi in tal senso, Circolare Assonime n. 37 del 9 settembre 2009 *“Applicazione negli Stati membri della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato: ruolo dei giudici e recupero degli aiuti illegali”*.

³³ Cfr. in tal senso F. Snyder *“Soft law e prassi istituzionale nella Comunità Europea”*, in Società e diritto n.79 ss, 1993.

³⁴ In tal senso, la Comunicazione della Commissione n. 260 del 23 maggio 2001 *“La politica fiscale dell'Unione Europea - Priorità per gli anni a venire”*.

Con buona probabilità, la tendenza a rendere evidente tale rapporto tra i due organi da parte della Commissione potrebbe anche essere finalizzata principalmente a conferire maggiore risonanza alle proprie comunicazioni, in modo da indirizzare più efficacemente i comportamenti sia degli Stati Membri, sia delle imprese interessate.

Come accennato, la citata Comunicazione ha inoltre avuto modo di definire più nello specifico il ruolo del giudice nazionale nell'ambito della disciplina degli aiuti di Stato.

Il giudice nazionale, in virtù del “*principio di leale cooperazione*” sancito dall'articolo 4 del TUE ed inoltre, in base ad un orientamento espresso dalla Corte di Cassazione³⁵, è anche giudice comunitario ed il suo compito, è anche quello di verificare la compatibilità del diritto interno con le norma comunitaria. In virtù di tale potere, pertanto, il giudice nazionale può stabilire se un intervento statale costituisca una misura di aiuto secondo le previsioni dell'articolo 107, paragrafo 1 del Trattato, per contro, non può pronunciarsi sulla sua compatibilità con il mercato interno, in quanto tale potere rappresenta prerogativa esclusiva della Commissione, come già ampiamente rappresentato in precedenza³⁶.

Nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato, la Commissione e il giudice nazionale svolgono ruoli complementari: la Commissione ha il potere di valutare in via esclusiva la compatibilità di un aiuto con il mercato interno sulla base dei criteri enunciati, mentre al giudice nazionale spetta, tra i vari compiti, quello di tutela dei singoli nei casi in cui lo Stato abbia concesso aiuti senza osservare la clausola di sospensione (*standstill*).

Inoltre i giudici svolgono anche un'importante funzione quando la Commissione adotta una decisione di recupero di un aiuto illegalmente concesso. In particolare, quando ciò avviene, la Commissione ingiunge allo Stato Membro interessato di recuperare l'aiuto concesso presso il beneficiario e pertanto in questo

³⁵ Cfr. in tal senso Corte di Cassazione, Sez. Trib, sentenza del 9 giugno 2000, n. 7909.

³⁶ Cfr. F. Tesaro, “*Processo tributario e aiuti di Stato*”, in *Corriere Tributario* n. 45/2007.

caso, il coinvolgimento dei giudici nazionali deriva dalle azioni, eventualmente esperite dai beneficiari degli aiuti, al fine di ottenere il riesame della legittimità della richiesta di rimborso. Rimane in ogni caso fermo il potere del giudice nazionale di chiedere il rinvio pregiudiziale di validità di una decisione della Commissione alla CGE ai sensi dell'articolo 263 del TFUE, ovvero il rinvio pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'articolo 267 TFUE o qualora sorgano questioni di interpretazioni del Trattato, di atti comunitari ovvero di decisioni di recupero.

CAPITOLO 2

2. Evoluzione della nozione del divieto di aiuti di Stato in materia fiscale

2.1 Il divieto di aiuti di Stato nel Trattato

2.1.1. L'affermazione del principio di divieto

Perché l'art. 107 TFUE pone un divieto generale alla concessione di aiuti? Il divieto di concessione degli aiuti risponde a una precisa volontà del legislatore comunitario di evitare le conseguenze e gli effetti di una politica statale fondata su forme di protezionismo e incentivazione a favore di talune imprese (ovvero produzioni) in base all'iniziativa unilaterale di ciascuno Stato membro. Infatti, gli aiuti di stato necessariamente implicano situazioni di concorrenza sleale tra le imprese; possono inoltre comportare forme di protezionismo negli scambi intracomunitari e favorire la delocalizzazione delle imprese verso gli Stati che li concedono; possono, anche, favorire forme di assistenzialismo che danneggiano le imprese sane a favore di concorrenti poco efficienti che non sono spinti a innovare o a ristrutturarsi. Per altro verso, va anche rilevato che, gli aiuti che rispondono a determinate caratteristiche hanno un effetto positivo sull'economia e lo sviluppo, che la Commissione può apprezzare o meno nell'ambito dell'esame di compatibilità.

La filosofia liberista e di welfare cui è ispirato il Trattato UE si rispecchia nella politica della concorrenza. L'azione dell'Unione in questo settore, particolarmente vicino al mondo delle imprese e agli interessi dei cittadini, è indirizzata verso più direzioni. Se è fondamentale porre l'accento sui comportamenti delle imprese, in modo da consentire a queste di competere ad armi pari, non sono certo meno rilevanti le norme che hanno come immediati destinatari gli Stati membri, dirette ad evitare che le imprese di uno determinato Stato si

vengano a trovare in una situazione privilegiata e sopportino minori costi di produzione per effetto di una politica nazionale di intervento pubblico³⁷.

Il principio generale di divieto degli aiuti di Stato, individuato dall'articolo 107 del Trattato non va letto come norma a sé stante, ma al contrario, va considerato congiuntamente ad altre norme comunitarie, nella logica di solidarietà tra gli Stati Membri dell'Unione e di tutela del regime di libera concorrenza all'interno del mercato europeo, prevista dal Trattato. Peraltro, è lo stesso Trattato ad attribuire giusto rilievo ai profili "solidaristici" e di interesse alla "socialità" nel panorama comunitario³⁸.

Tali profili emergono dalla lettura degli articoli 3 e 6 del TUE, aventi un indubbio ruolo centrale nel sistema dell'Unione Europea. Infatti, la prima disposizione citata attribuisce funzione strumentale alla creazione di uno spazio di libertà senza frontiere interne in un quadro di sviluppo sostenibile basato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, ed invece l'articolo 6 sottolinea l'importanza del rispetto dei diritti, libertà e principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³⁹, in aggiunta, all'enunciato del rispetto delle libertà fondamentali, contenuto in altre norme.

La volontà del legislatore comunitario pare quella di declinare l'originaria prospettiva di mera tutela dei valori di mercato a favore di un processo più generale orientato alla tutela del valore sociale dello sviluppo economico, dove i vincoli a carico delle politiche sociali nazionali si presentano come la conseguenza del tutto necessitata di una tale volontà.

Il tema degli aiuti di Stato si presenta oggi di estrema rilevanza. Il Trattato stabilisce il principio di base della presunzione di incompatibilità, consistente nel

³⁷ In tal senso, P. Valente, "Gli incentivi fiscali dividono l'Europa" in *Il Sole 24 ore* del 11 settembre 2000.

³⁸ In tal senso, P. Russo, in "L'applicazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Sezione Tributaria della Corte di Cassazione, Capitolo 3: Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale".

³⁹ Vedi Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo.

divieto di erogare aiuti che non siano stati preventivamente dichiarati dalla Commissione compatibili con il mercato interno. In questa prospettiva, si inserisce l'orientamento di certa dottrina che tende ad interpretare tale divieto come una riserva di competenza prevista dallo stesso Trattato a favore delle istituzioni UE di ogni decisione in materia⁴⁰.

Tale assunto deriva da una serie di disposizioni: la previsione che permette agli organi dell'UE di stabilire misure di sostegno a favore delle imprese in connessione al raggiungimento di determinati obiettivi ai sensi dell'articolo 173 del Trattato, la constatazione che le misure di aiuti preesistenti al Trattato non sono senz'altro vietate così come, d'altro lato sono definiti già dalla norma alcune forme di sostegno statale alle imprese compatibili *de iure* con il mercato, ed infine la considerazione che il divieto di aiuti di Stato può cumularsi, ma rimane distinto rispetto al divieto di discriminazione fra imprese appartenenti a Stati diversi.

Come accennato in precedenza, il divieto comunitario di concessione di aiuti da parte dello Stato non è stato disposto solo al fine di evitare la lesione dell'interesse UE all'integrazione economica degli Stati membri, ma anche in funzione del principio di tutela della concorrenza fra le imprese. Infatti, ogni forma di trasferimento che gli Stati attuano a favore delle imprese realizza forme di discriminazione giuridica ed economica in favore dei beneficiari dei contributi ed a svantaggio di coloro che non hanno goduto di tali aiuti. Pertanto, in un'ottica di solidarietà tra gli Stati Membri dell'Unione Europea, tali forme di "finanziamento" da parte dello Stato devono essere limitate al massimo e comunque, la loro concessione deve essere sottoposta a regole comuni ed uniformi⁴¹.

Tuttavia, il principio di tutela della concorrenza non va inteso in senso assoluto, in quanto, talune forme di intervento statale, potenzialmente distorsive della concorrenza, sono espressamente contemplate in virtù del conseguimento di quei principi di sviluppo economico e sociali già accennati.

⁴⁰ In tal senso, P. Russo in "*Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*" cit.

⁴¹ In tal senso A. Dagnino, cit, pagg. 133 e ss.

In altri termini, gli interventi di sostegno e di favore ammessi dal Trattato sono coerenti con la tutela di finalità sociali ed economiche ivi previste, d'altro lato, le forme di intervento "incompatibili" sono tali in quanto, decise dai singoli Stati Membri in materie differenti da quelle considerate "compatibili" ovvero in quanto adottate fuori dall'ordinaria procedura di controllo, e come tali, assunte indipendentemente da una considerazione globale dei problemi dello sviluppo e della concorrenza che solo le istituzioni UE hanno il potere di svolgere.

2.1.2. Il divieto in materia di aiuti fiscali

Nel sistema delineato dal Trattato, la potestà impositiva tributaria, per quanto concerne l'imposizione diretta, costituisce prerogativa esclusiva degli Stati membri che la esercitano in piena autonomia, tuttavia, l'esigenza di assicurare il raggiungimento degli obiettivi del mercato interno ha indotto il legislatore comunitario a prevedere una serie di limiti ovvero divieti cui gli Stati devono attenersi nell'esercizio della propria potestà tributaria⁴².

In questo quadro, si inserisce la disciplina sugli aiuti di stato che trova applicazione anche laddove un intervento statale avvenga attraverso l'adozione di una misura fiscale, atteso che l'articolo 107 del Trattato si applica agli aiuti concessi "sotto qualsiasi forma". Peraltro, se si escludesse di applicare la disciplina degli aiuti di Stato in ambito fiscale, si rischierebbe di svuotare di efficacia il principio comunitario del divieto, in quanto gli Stati riuscirebbero facilmente ad aggirare tale divieto mediante la concessione di contributi e sovvenzioni, sotto forma di agevolazioni fiscali

E' oramai pacifico in dottrina e nella giurisprudenza della CGE l'orientamento secondo cui il concetto di aiuto debba essere inteso in senso ampio, ricomprendendo non solo le prestazioni positive consistenti nel trasferimento diretto di risorse da parte dello Stato, ma anche qualsiasi altro intervento che riduca gli oneri normalmente gravanti su un'impresa e che, al contempo, determini un

⁴² Sul punto, M. Monti "How state aid affects tax competition" in EC Tax Review 1999/4, pagg. 208 e ss.

mancato introito per lo Stato⁴³. In quest'ottica, le agevolazioni fiscali, eliminando dal bilancio delle imprese beneficiarie una voce di costo che altrimenti sarebbe stata presente, produce l'effetto di determinare una disparità di trattamento tra beneficiari e altri soggetti passivi e al contempo, riduce il gettito a favore dello Stato.

Secondo la prevalente dottrina⁴⁴, le due categorie di misure fiscali che possono entrare in conflitto con la disciplina degli aiuti di Stato sono le agevolazioni fiscali e i tributi di scopo, cui si fa rinvio nel prossimo paragrafo.

Si osserva che il concetto di agevolazione fiscale è più ampio di quello di aiuto fiscale, poiché un aiuto fiscale è sempre un'agevolazione, mentre non è vero il contrario, in quanto un'agevolazione non sempre è atta a configurare un tipo normativo sindacabile sotto il profilo del divieto comunitario sugli aiuti di Stato⁴⁵. Da ciò discende l'esigenza di analizzare attentamente ogni norma che introduca un'agevolazione fiscale, alla luce della disciplina degli aiuti di Stato e degli orientamenti della Commissione e della CGE⁴⁶.

La Commissione è intervenuta in materia con una comunicazione *ad hoc*, animata dall'obiettivo di fornire indicazioni utili a ridurre le distorsioni sulla concorrenza che possono essere determinate da forme d'intervento da parte dello Stato, sotto forma di misure di tipo fiscali⁴⁷. In particolare, il tentativo della Commissione è stato quello di tracciare una linea di demarcazione tra le misure fiscali non qualificabili come aiuti di Stato e quelle ivi ricomprese.

In generale, la nozione di aiuto è molto ampia poiché è stabilita sulla base degli effetti di una misura pubblica anziché sul *nomen*, perciò può riguardare qualsiasi vantaggio concesso mediante risorse pubbliche, sotto qualsiasi forma,

⁴³ Sul punto vedi CGE, sentenza del 15 marzo 1994, causa C-387/92.

⁴⁴ Sul punto P. Russo, cit.

⁴⁵ In tal senso, A. Dagnino, cit.

⁴⁶ In tal senso, P. Coppola, "Le attuali agevolazioni fiscali a favore del Mezzogiorno alla luce dei vincoli del Trattato CE poste a tutela del principio della libera concorrenza tra Stati", in *Rassegna Tributaria*, 6/2007, pagg. 1677 ss.

⁴⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 1998, sull'applicazione delle norme relativi agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta alle imprese.

inclusa ogni forma di trattamento fiscale preferenziale, avente l'effetto di favorire certe imprese ovvero certe produzioni⁴⁸.

Per quanto larga la nozione di aiuto, la fattispecie oggetto di esame dovrà in ogni caso integrare i criteri previsti dall'articolo 107 TFUE onde assumere i connotati di aiuto di Stato.

In primo luogo, la misura deve conferire ai beneficiari un "vantaggio" che alleggerisca gli oneri normalmente gravanti sul loro bilancio. Tale vantaggio può risultare da una riduzione della base imponibile, una riduzione totale o parziale dell'ammontare dell'imposta (esenzioni e credito di imposta), un differimento oppure un annullamento, o anche una rinegoziazione eccezionale del debito fiscale.

In secondo luogo, il vantaggio deve essere "*concesso dallo Stato o mediante risorse statali*", in tal senso, una perdita di gettito viene equiparata al consumo di risorse statali sotto forma di spesa fiscale e tale criterio viene applicato anche agli aiuti concessi da enti regionali e locali degli Stati membri.

In terzo luogo, la misura deve "*incidere sulla concorrenza e sugli scambi tra gli Stati membri*". Tale criterio presuppone che il beneficiario dell'aiuto eserciti un'attività economica, a prescindere dalla sua forma giuridica o dalle modalità di finanziamento⁴⁹. Pertanto, il semplice fatto che una misura rafforzi la posizione di un'impresa rispetto alle imprese concorrenti negli scambi intracomunitari permette di concludere che l'aiuto incide sugli scambi. Alcune eccezioni possono essere riscontrate con riferimento ai cosiddetti *aiuti de minimis*, che sono esclusi dalla portata applicativa del divieto, in quanto è stato convenuto che soglie minime di intensità di aiuti non producono l'effetto di incidere in maniera significativa sugli scambi intracomunitari.

⁴⁸ In tal senso, P. Rossi-Macchiano, "*Fiscalità delle imprese e aiuti di Stato parte II: questioni procedurali*", in *Fiscalità internazionale* 5/2008.

⁴⁹ Sul concetto di svolgimento di attività economica, ai fini dell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, si veda CGE, sez. II, 10 gennaio 2006, causa C- 222/04, in *Diritto e pratica tributaria*, 2, pag. 35 con nota di M. Tenore.

In quarto luogo, la misura deve essere specifica o selettiva, nel senso di favorire solo “*talune imprese o talune produzioni*”. Il vantaggio selettivo deve rappresentare un’eccezione all’applicazione del sistema tributario, pertanto, per qualificare una misura come aiuto di Stato è necessario accertare che l’intervento costituisca una deroga rispetto al sistema fiscale generale, idonea a favorire solo taluni beneficiari individuati o individuabili.

Da quanto sin qui detto emerge che, nel processo interpretativo di una misura fiscale alla luce della disciplina sugli aiuti di stato, sono notevoli le difficoltà che ne possono derivare. Secondo il sistema tributario italiano la categoria delle agevolazioni fiscali comprende ogni fenomeno di non applicazione o riduzione del prelievo, in deroga ai principi di generalità e progressività ovvero al principio contributivo. D’altro lato, sono da considerare estranee a tale categoria tutte quelle forme di riduzione del prelievo che rappresentano una delimitazione del presupposto o della base imponibile e che, non si pongono come deroga ai principi menzionati, ma che sono la conseguenza di un’attenuazione di capacità contributiva. Si pensi per esempio, al caso delle fondazioni bancarie, in cui talune norme agevolative sono state introdotte in virtù del riconoscimento di differenze oggettive relative all’attività svolta, tali da non rendere equiparabili la capacità contributiva di una fondazione rispetto a quella di altri soggetti operanti sul mercato⁵⁰.

Anche senza entrare nel dettaglio della nozione sostanziale di aiuto di Stato è possibile concludere che non è sempre agevole determinare in che misura certi regimi fiscali perseguano obiettivi generali di sviluppo economico aperti a tutte le imprese, ovvero adattano il prelievo alle specificità di certi settori economici o di certe forme giuridiche, od invece abbiano tutti i criteri per essere considerate censurabili sotto il profilo della disciplina degli aiuti di Stato.

In particolare, l’attività di qualificazione di una misura di tipo fiscale alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato, occorre in primo luogo definire il sistema di tassazione di riferimento e il livello generale di tassazione, per disporre degli

⁵⁰ Si veda in tal senso, P. Russo cit.

strumenti necessari a individuare ogni eccezione ovvero deroga alla struttura normativa del sistema fiscale di un determinato Stato alla stregua di un vantaggio da considerare come spesa fiscale ovvero sussidio indiretto a carico del bilancio pubblico e quindi come aiuto di Stato⁵¹.

In secondo luogo, occorre verificare che la misura favorisca esclusivamente, perché formalmente indirizzata a certi beneficiari, oppure prevalentemente, perché, di fatto, rivolta principalmente verso certi soggetti, certe imprese o produzioni.

Infine occorre verificare se la selettività della misura si giustifica per la natura e struttura del sistema fiscale, cioè se il trattamento fiscale selettivo è necessario e sufficiente a perseguire un obiettivo specifico che discende direttamente dal sistema fiscale di riferimento, ovvero se la selettività non si giustifica e costituisce quindi l'elemento caratterizzante di un aiuto concesso sotto forma fiscale.

2.1.3. Le tasse di scopo

A conclusioni parzialmente diverse si giunge esaminando la categoria delle tasse di scopo sotto il profilo della disciplina in materia degli aiuti di Stato. Trattasi di un'altra categoria astrattamente idonea ad essere considerata nel campo di applicazione della disciplina degli aiuti di Stato. Le tasse di scopo rappresentano, come precisato dalla Commissione⁵², quei tributi che *“riguardano un settore specifico e servono a finanziare talune operazioni del settore medesimo”*.

Ricadono sotto la definizione di tasse di scopo, i tributi caratterizzati da un vincolo di destinazione del relativo gettito al finanziamento di determinate spese, in evidente deroga al principio di unità del bilancio, secondo cui le entrate erariali finanziano tutte le spese indistintamente.

⁵¹ In tal senso, P. Rossi- Maccanico, *“Fiscalità delle imprese ed aiuti di Stato – parte I: fondamenti della nozione di aiuto fiscale”*, in *Fiscalità internazionale* n. 4/2008, pagg. 340 ss.

⁵² Si veda Commissione della Comunità Europea, Quarto censimento sugli aiuti di Stato nell'Unione Europea nel settore manifatturiero ed in taluni altri settori, Bruxelles, 1995, punto 26.

Nella specie, tali tributi si caratterizzano per essere: i) parafiscali, in quanto gravano solo su una ristretta cerchia di soggetti, ovvero solo su alcune attività di settori specifici; ii) di scopo, in virtù del vincolo gravante sul gettito che ne deriva.

Per quanto concerne la disciplina degli aiuti di Stato, l'aspetto eventualmente contrastante non attiene al presupposto dell'imposizione, per il quale è fatta salva la competenza dei singoli Stati membri, bensì riguarda la fase di spesa del gettito. In particolare, nell'ottica dell'interpretazione giurisprudenziale, che tende a distinguere gli aiuti di Stato sulla base degli effetti prodotti in capo ai beneficiari, il tributo di scopo è considerato alla stregua di una sovvenzione realizzata attraverso il sistema tributario che, influenzando sulla concorrenza e sugli scambi per il tramite dell'aiuto finanziato, deve essere analizzata per essere dichiarata compatibile con il mercato interno.

Peraltro, la CGE, sottolineando che l'aspetto contrastante con il divieto comunitario risiede nel vincolo di destinazione, ha evidenziato che, deve essere valutato l'effetto combinato dell'imposta (di scopo) e del regime di aiuti, in considerazione del fatto che la tassazione costituisce la modalità di finanziamento dell'aiuto⁵³.

Ne consegue che, l'eventuale riconducibilità del tributo di scopo tra le misure censurabili alla luce della disciplina degli aiuti di Stato richiede l'ordinario iter previsto, tenuto conto delle peculiarità proprie di questo istituto.

Da un punto di visto pratico, occorrerà verificare, in primo luogo, se la misura sia riconducibile nel novero delle misure generali di politica economica rivolta a tutte le imprese e produzioni. In secondo luogo, sarà necessario accertare se la misura sia giustificata in base ad una logica di sviluppo del sistema economico nel suo insieme, ovvero ne rappresenti una deviazione che procura un vantaggio

⁵³ Nella sentenza della CGE dell' 11 marzo 1992, cause riunite C 78/90 e C- 83/90, *Compagnie commerciale de l'Ouest*, ha affermato che *“un tributo applicato alle stesse condizioni di riscossione ai prodotti nazionali e ai prodotti importati, il cui gettito si destinato a beneficio dei soli prodotti nazionali , può costituire, in funzione della destinazione del suo ricavato, un aiuto incompatibile cin il mercato comune...”*

solo in capo a determinati soggetti. Oltre al requisito del vantaggio, devono essere verificati anche tutti gli altri elementi idonei a qualificare una misura fiscale come aiuto di Stato.

Per quanto concerne i profili soggettivi della misura, la CGE ha evidenziato che l'esercizio dell'attività economica deve essere riscontrato non solo in capo ai soggetti incisi dal tributo, ma anche in capo ai soggetti che sono beneficiari in virtù del vincolo di destinazione.

Per quanto riguarda il carattere di selettività, va precisato che tale requisito può ritenersi integrato quando i soggetti incisi dal tributo di scopo si trovino in rapporti concorrenziali con i beneficiari dell'aiuto, così da riconoscere loro un vantaggio competitivo.

Un'ulteriore verifica si richiede prima di dichiarare l'incompatibilità di una misura con il mercato interno, in particolare, occorrerà individuare se è ravvisabile un rapporto diretto tra il tributo e l'aiuto che con esso viene finanziato. Tale connessione è evidente laddove viene meno l'aiuto con il venir meno del tributo, o viceversa, qualora il tributo venga totalmente o parzialmente soppresso, al venir meno del regime di aiuto.

Al riguardo, la Corte ha più volte precisato che il nesso tra tributo e aiuto va verificato caso per caso, in base alla formulazione delle disposizioni, alla loro ratio, all'applicazione concreta ed al contesto economico in cui sono applicate⁵⁴ ed in tal senso, ha messo in evidenza una serie di criteri che possono essere utili ai fini dell'individuazione di tale connessione: i) la misura in cui l'aiuto è finanziato con il gettito del tributo, ii) la misura in cui il gettito del tributo è destinato al regime di aiuti, iii) la misura del vincolo di destinazione del tributo a favore del regime di aiuti, iv) la misura e il modo in cui tributo e aiuto sono correlati e influenzano la concorrenza nel relativo settore. Pertanto, laddove l'aiuto risulti finanziato solo con il gettito del tributo, ovvero ove il gettito sia destinato solo al finanziamento

⁵⁴ In tal senso, L. Salvini cit.

dell'aiuto, può ritenersi sussistente il rapporto biunivoco tra aiuto e tributo, in violazione del divieto comunitario di aiuti di Stato⁵⁵.

Da quanto detto emerge che, un tributo generale, seppur destinato al finanziamento di uno specifico settore, non crea nessuna problematica in particolare, al contrario, laddove il tributo si presenti come elemento ovvero una condizione di una forma di intervento statale, con caratteri tali da non permettere alla Commissione, in sede di valutazione, di separare l'aiuto dalla modalità in cui è finanziato, non sarà possibile escludere il tributo da una eventuale censura alla luce del divieto comunitario in materia di aiuti di Stato⁵⁶.

L'intervento della Commissione deve esplicitarsi solo nei confronti del vincolo di spesa e non già verso un aiuto che, in sé considerato, potrà anche risultare compatibile con il mercato interno, pur tuttavia fermo restando il potere della Commissione di dichiarare l'incompatibilità con il mercato di quell'elemento, ovvero della condizione dell'aiuto rappresentata dalla sua modalità di finanziamento.

D'altro lato si rileva che, secondo la prevalente dottrina, l'intervento della Commissione deve essere giustamente incentrato solo sul vincolo di destinazione, in quanto l'istituzione di un tributo non comporta nessuna violazione di competenza. Semmai, il carattere della parafiscalità potrebbe risultare in contrasto con altro divieto comunitario, in specie, il divieto di non discriminazione.

⁵⁵ Cfr. CGE, sentenza *Van Calster*, 21 ottobre 2003, causa C-261/01 e sentenza *Enirisorse* del 27 novembre 2003, cause riunite C-34/01 e C-38/01. In entrambe la CGE ha ravvisato un nesso diretto tra tributo e aiuto finanziato.

⁵⁶ In tal senso, CGE, sentenza del 25 giugno 1970, C-47/69, pag. 490

2.2 Dal Trattato al Rapporto sulla Concorrenza fiscale dannosa

2.2.1. Il periodo Monti: l'evoluzione del concetto di selettività

Con il processo di globalizzazione e l'intensificarsi della mobilità dei fattori produttivi, la leva fiscale ha assunto un'importanza sempre più strategica, sia in ambito nazionale, sia in ambito internazionale.

Peraltro, da sempre le politiche fiscali di ciascuno Stato hanno costituito oggetto di attenzione perché, se da un lato, l'adozione di determinate misure può consentire di attrarre capitali, per altro verso, tali misure sono suscettibili di entrare in conflitto con i principi di diritto UE della libera concorrenza. In questa prospettiva, preme rilevare che la competizione fiscale anima da lungo tempo il dibattito economico e politico e ha costituito oggetto di analisi sia nell'ambito delle politiche della UE, sia in ambito OCSE⁵⁷.

Al precipuo fine di analizzare gli effetti indotti dal differente livello di pressione fiscale sulle imprese all'interno dell'Unione Europea, sono intervenuti in materia i rappresentanti delle istituzioni UE e sono state insediate varie Commissioni di studio impegnate a valutare gli effetti della concorrenza fiscale dannosa e le possibili linee di riavvicinamento. Tale attività è infine confluita in alcuni interessanti rapporti comunitari⁵⁸.

Nel dettaglio, le linee di condotta dell'Unione Europea in materia fiscale furono tracciate già a partire dal 1992, quando fu affidato alla Commissione il compito di analizzare le distorsioni determinate da elementi di tipo fiscale e di suggerire possibili interventi sul piano comunitario e, di riflesso su quello nazionale. In tale sede, venne effettuata un'analisi sistematica della scelta fra armonizzazione e concorrenza fiscale, confluita nel c.d. rapporto Ruding. In tale rapporto, è stato evidenziato che, l'armonizzazione proposta non aveva il fine di evitare la “guerra

⁵⁷ In tal senso, P. Valente, “*Concorrenza fiscale dannosa in ambito comunitario ed OCSE*” in Rassegna di fiscalità internazionale, cap. I, temi di approfondimento.

⁵⁸ Cfr. il Rapporto Neumark del 1962, il Rapporto Segrè del 1966, il Rapporto Werner del 1970, il Rapporto Ruding del 1992, il Rapporto Monti del 1996.

fiscale”⁵⁹, ma quello di far convergere i differenti sistemi impositivi esistenti a livello europeo, verso l’obiettivo dell’eliminazione delle distorsioni esistenti.

Gli esiti dei predetti studi hanno costituito la base per l’attività che è seguita nel tempo.

A partire dal 1996, il Consiglio Ecofin e la Commissione hanno promosso un approccio globale in ambito fiscale, diretto alla creazione di un sistema organico d’imposizione fiscale e in tale quadro, gli organi comunitari hanno altresì promosso l’intesa con gli Stati Membri con l’obiettivo di individuare le misure dannose in materia di concorrenza fiscale, nell’ambito della lotta contro l’evasione e la frode fiscale⁶⁰.

Il 1° dicembre del 1997, il Consiglio ha raggiunto un accordo con riferimento a un pacchetto di riforme, il c.d. “Pacchetto Monti”, derivante dall’attività di un gruppo di lavoro presieduto dal Commissario Mario Monti che, in tema di tassazione delle imprese, è pervenuto – oltre alla definizione di altre misure da adottare che non costituiscono oggetto di trattazione in questa sede - alla predisposizione di un Codice di Condotta, avente ad oggetto le possibili soluzioni nel tentativo di eliminare la competizione fiscale tra gli Stati Membri e le distorsioni del mercato comune, con evidenti funzioni *di moral suasion* per tutti gli Stati Membri dell’Unione Europea⁶¹.

Si evidenzia che le misure elaborate dal gruppo Monti sono confluite in apposita comunicazione. Più precisamente, la Commissione è intervenuta allo scopo di sollecitare la rigorosa applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato da parte di ciascuno Stato Membro, specie con riferimento a quelle misure fiscali, suscettibili di influenzare la localizzazione degli investimenti a livello internazionale. Peraltro, in considerazione della natura “preferenziale” di certi

⁵⁹ In tal senso, P. Valente cit.

⁶⁰ Sul punto vedi A. Cardani, “European taxation policy a change of tack” in *Steuerrecht und europäische Integration*, Ed. Verlag C.H.Beck, Munchen 1999.

⁶¹ In tal senso, G. Tiralongo, “L’attualità degli aiuti di Stato” in *Il Fisco* n. 1/2002, pag. 70.

regimi di tassazione, la Commissione ha sottolineato l'esigenza di prestare attenzione particolare a quelle misure suscettibili di rivelarsi "dannose" nell'accezione prevista in tema di competizione fiscale, ed inoltre "selettive" secondo la disciplina sugli aiuti di Stato⁶².

Il Codice è nato dall'esigenza di trovare un'azione comune a livello europeo in materia fiscale, per lottare contro la concorrenza fiscale dannosa e tentare di realizzare la piena neutralità del fattore fiscale⁶³ individuando misure dannose, ossia quelle misure suscettibili di determinare *"un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato"*.

All'adozione del Codice di Condotta ha fatto seguito l'istituzione del "Gruppo Codice Condotta": una Commissione permanente di studio, formata da esponenti di ciascuno Stato Membro e della Commissione sotto la presidenza del Ragioniere generale del Regno Unito, Dawn Primarolo avente il compito precipuo di esaminare e valutare tutte le misure esistenti nei singoli Stati membri che, nell'attribuire un vantaggio a singole categorie di imprese, esplicassero effetti in merito alla scelta di localizzazione delle attività economiche all'interno dell'UE.

Il pacchetto Monti è stato definitivamente approvato nel corso del Consiglio Ecofin del 3 giugno 2003 e, sebbene rappresenti uno strumento giuridicamente non vincolante per gli Stati Membri, ha un indubbio rilievo in materia.

Con il pacchetto Monti si conclude un processo che ha portato le istituzioni comunitarie a sviluppare una linea di condotta che ha dato luogo ad azioni di integrazione positiva anche attraverso interventi di *soft law* per arginare gli effetti

⁶² In tal senso, P. Rossi Maccanico, *"Commentary of State Aid review of Multinational Tax regime"* in cui l'Autore afferma che *"[...] on its part the Commission pledged a strict application of State aid rules to certain tax measures designed to influence the location of business activities internationally. Given their preferential nature, such preferences seem to qualify as both harmful tax competition and selective State aid[...]" preferential nature, such preferences seem to qualify as both harmful tax competition and selective State aid[...]"*.

⁶³ Vedi *"La politica fiscale nell'Unione Europea"*, reperibile sul sito internet http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/17/txt_it.pdf pubblicata sul sito internet.

discorsivi della competizione fiscale tra Stati membri. La fase successiva ha infatti visto un diverso trend di integrazione attuata tramite interventi “negativi” dettati dalle sentenze della Corte di Giustizia e dalle procedure di infrazione aperte dalla Commissione che hanno cercato di indirizzare il comportamento degli Stati membri verso una convergenza spontanea e rinunciare a giocare un ruolo attivo sovranazionale in materia di armonizzazione delle imposte dirette. Questo atteggiamento nasce dalla presa di conoscenza a livello delle istituzioni comunitarie della impossibilità ad intervenire con misure ed indirizzi decisi centralmente non disponendo del necessario consenso politico degli Stati membri che non si sono mostrati disponibili a rinunciare alla loro sovranità sui temi della fiscalità diretta.

L’intuizione del progetto Monti è stata quella di utilizzare gli strumenti della concorrenza al fine far convergere i sistemi fiscali dei paesi dell’Unione.

Forse oggi questo tentativo è definitivamente fallito e diventa importante il ruolo di controllo e censura che potrà giocare la Commissione e la Corte di Giustizia. Anche se diverse sentenze della Corte di Giustizia sono state spesso influenzate dal desiderio e dalla consapevolezza di non poter incrinare equilibri politici ed economici dei Singoli stati membri creando buchi di gettito qualora certe decisioni avessero previsto effettivo recupero dei benefici concessi.

2.2.2. La selettività e la concorrenza fiscale

Come già affermato in precedenza, la nozione di aiuto di stato implica la sussistenza di una serie di criteri che devono essere cumulativamente soddisfatti. Inoltre, per ottenere l’approvazione della Commissione, un aiuto deve soddisfare le condizioni di un rigoroso giudizio di bilanciamento tra interessi considerati e distorsioni prodotte che la Commissione conduce al fine di stabilire se un intervento statale sia da considerare compatibile con il mercato interno alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato.

In questa sede si esamina il criterio della selettività, in considerazione del fatto che solo le misure che producono l’effetto di favorire alcune imprese, sono

suscettibili di creare distorsioni sull'equilibrio concorrenziale tra i soggetti che operano nel mercato interno e come tali, censurabili in quanto aiuti di Stato.

Non esiste una definizione specifica del criterio appena accennato, altrimenti ricavabile dalla norma che sancisce il divieto degli aiuti di stato contenuto nell'articolo 107 del TFUE.

La citata norma vieta, nella misura in cui incidano sugli scambi tra gli Stati Membri, gli aiuti concessi dallo Stato o mediante risorse statali, che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Ai fini del riscontro del carattere di "selettività", la misura in questione deve procurare un vantaggio, a favore di singole imprese o categorie di imprese ovvero determinati settori produttivi, suscettibile in tal modo di alterare l'equilibrio tra le imprese, i settori beneficiari ed i loro concorrenti. Trattasi pertanto di una nozione complessa che va esaminata in connessione con gli altri elementi caratterizzanti la nozione d'aiuto, ed in particolare la distorsione di concorrenza e l'alterazione degli scambi tra Stati membri⁶⁴.

Nel tentativo di delimitare l'ambito di applicazione del divieto con riferimento al criterio della selettività, particolare attenzione deve essere prestata agli effetti che una misura è in grado di determinare, in considerazione del fatto che le misure censurabili non sono certamente quelle con portata generale, espressione del potere di ciascuno Stato Membro, ma solo quelle che creano preferenze fiscali ingiustificate, e al tempo stesso favoriscono specificamente certe imprese o produzioni in concorrenza con altre che sono effettivamente escluse dalla portata delle stesse misure⁶⁵.

Invero, le misure generali applicate in maniera non discriminatoria all'economia considerata nel suo insieme, e quindi privi del carattere di specificità –

⁶⁴ Sul punto vedi, C. Micheau, "Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice" in EC Tax Review 2008-6.

⁶⁵ In tal senso, G. Graziano, "La selettività e gli aiuti regionali" in "Aiuti di Stato in materia fiscale". di L. Salvini, cit.

in relazione al beneficiario – non sono suscettibili di determinare alcun effetto distorsivo sulla concorrenza tra i Paesi comunitari. Tali misure, diversamente, potrebbero costituire oggetto di sindacato alla luce di altri principi contemplati nel Trattato⁶⁶.

Per quanto concerne le misure fiscali, il carattere della selettività (o specificità) rappresenta la linea di demarcazione tra le misure statali che possono costituire aiuti di Stato e le misure generali che sono la mera espressione della politica fiscale di uno Stato membro e come tali, giustamente riservati alla loro esclusiva competenza.

In tal senso, la Commissione ha sottolineato che il carattere della selettività è riscontrato laddove “*una misura instauri a favore di talune imprese dello Stato membro un’eccezione all’applicazione del sistema tributario generalmente applicabile*”⁶⁷.

Quanto detto presuppone inevitabilmente che venga in primo luogo definito il sistema fiscale generale applicabile, onde valutare se un’eccezione ovvero una differenziazione rispetto al sistema fiscale generale sia tale da configurare un aiuto di Stato od invece, sia giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema stesso⁶⁸.

Tale determinazione non è assolutamente agevole e in dottrina sono emersi diversi orientamenti in merito al rapporto tra definizione del sistema fiscale generale e valutazione delle sue eccezioni.

A tale riguardo, conviene in primo luogo operare una distinzione tra due categorie di obiettivi e nella specie, gli obiettivi assegnati ad un regime fiscale ed esterni ad esso e gli obiettivi interni, inerenti al sistema tributario. Secondo quanto

⁶⁶ Tali misure potrebbero essere invero esaminate alla luce dei principi di cui agli articoli 116 e 117 del TFUE in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell’Unione Europea.

⁶⁷ Vedi Comunicazione della Commissione sull’applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta alle imprese 98/C 384/07.

⁶⁸ In tal senso, vedi Visser K. “*Commission expresses its view on the relation between state aid and tax measures*”, in EC Tax Review 1999-4.

affermato dalla CGE, tra i criteri informatori e basilari del sistema fiscale generale prevale quello della capacità contributiva, mentre sono esterni altri principi e valori, seppur costituzionalmente tutelati⁶⁹.

In base alla distinzione appena menzionata, una misura derogatoria, adottata e giustificata da una carenza o attenuazione della capacità contributiva del soggetto destinatario, non integra un trattamento agevolativo, in quanto la discriminazione tra fattispecie non omogenee è dettata da una basilare esigenza di eguaglianza e quindi, risponde ad un criterio basilare del sistema fiscale generale, quale quello della capacità contributiva. Per altro verso, laddove una misura derogatoria, sia ispirata a finalità estranee al sistema generale, nella specie di carattere promozionale, può integrare una agevolazione censurabile alla luce della disciplina degli aiuti di Stato, in quanto il perseguimento di obiettivi esterni non è idoneo a sottrarre la misura di specie al divieto di concessione di aiuti⁷⁰.

Tale orientamento non è tuttavia condiviso da quella parte di dottrina che ha negato che tutte le agevolazioni, per il semplice fatto che importano un trattamento differenziato per alcune fattispecie e che perseguono finalità anche estranee al profilo della capacità contributiva, devono essere considerate incompatibili alla luce del divieto comunitario di concessione degli aiuti di Stato⁷¹. In tal senso, una

⁶⁹ In tal senso, vedi CGE sentenza del 6 settembre 2006, C-88/03, Repubblica Portoghese c. Commissione, punti 80 e 81 nella quale la Corte, dopo aver ammesso che *“una misura in deroga rispetto all’applicazione del sistema fiscale generale può essere giustificata dalla natura e dalla struttura generale del sistema tributario qualora lo Stato membro interessato possa dimostrare che tale misura discende direttamente dai principi informatori o basilari del suo sistema tributario”* ha escluso che *“misure [...] applicabili a tutti gli operatori economici senza differenziazioni in base alla rispettiva situazione finanziaria, possano essere considerate conformi ad un intento di rispetto della capacità contributiva”*.

⁷⁰ In tal senso, M. Basilavecchia, *“Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni”* in Rassegna tributaria, 2003, pagg. 2339 e ss.

⁷¹ In tal senso, P. Russo cit afferma: *“ove la disciplina tributaria sia qualificata come agevolativa, il contrasto con il divieto di aiuti di Stato si avrà solo con rispetto ai trattamenti selettivi, ossia quei regimi che non sono generali e introdotti in via ordinaria. Con l’avvertenza ulteriore che la generalità dell’intervento va individuata non solo e non tanto nel fatto che ne possano concretamente beneficiare tutti i consociati, quanto nel suo essere destinato al perseguimento di una logica di sviluppo del sistema economico nel suo insieme”*.

fattispecie agevolativa integra un aiuto di Stato incompatibile solo laddove integri il criterio di “selettività”⁷².

Va inoltre rilevato che la CGE⁷³ ha affermato che l’articolo 107 del TFUE permette di distinguere tra misure fiscali che favoriscono le imprese nazionali nella concorrenza inter-statale, dalle misure fiscali che favoriscono la concorrenza intra-statale. In questo quadro, la disciplina sugli aiuti di Stato può intervenire come rimedio agli effetti prodotti sulla concorrenza dalle misure intra-statali, indipendentemente dalla significatività o rilevanza del gruppo dei beneficiari della misura⁷⁴. Peraltro, la significatività della selettività della misura non rileva ai fini della qualificazione di una misura come aiuto, in quanto è sufficiente che un vantaggio fiscale sia obiettivamente accordato solo ad alcune imprese, escludendo altre che sono in condizioni comparabili alla luce del sistema fiscale, indipendentemente dal fatto che il vantaggio sia offerto ad una platea indeterminata e varia di beneficiari⁷⁵.

Pertanto, il carattere selettivo di una misura di vantaggio intra-statale può sussistere anche quando vi siano preferenze fiscali che hanno un ambito di applicazione molto ampio e sono addirittura astrattamente definibili generali, salvo presentare in concreto elementi di selettività di fatto⁷⁶, se tali preferenze non sono

⁷² Cfr. in tal senso anche Laroma Jezi, cit.

⁷³ Vedi CGE, causa 173/73, Italia c. Commissione, paragrafi da 36 a 39

⁷⁴ In tal senso, P. Rossi-Maccanico, “Fiscalità delle imprese ed aiuti di Stato – parte I: fondamenti della nozione di aiuti di Stato” cit.

⁷⁵ In tal senso, P. Rossi-Maccanico, “State Aid review of business tax measures”, dove l’Autore afferma: “the measure is specific if it effectively discriminates between undertakings being in comparable legal and factual situations” e inoltre precisa che “a measure which, although conferring an advantage on its recipient, is justified by the nature or general scheme of the system of which it is part does not fulfil the condition of selectivity”.

⁷⁶ In tal senso, P. Rossi-Maccanico, “The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: A Reasoned Review of the Community Practice”, EStAL 2 2009, dove si osserva “One way to grasp the selectivity issue relating to State aid review of fiscal measures is in the notion of “indirect selectivity”. This is the selectivity that characterises certain fiscal aids which favour indirectly (rather than directly) certain undertakings. As it is the case for many business tax measures, fiscal aids have objective rather than subjective scopes. To grasp the notion of selectivity relating to tax measures, it is critical to examine how these measures are deemed to be selective. To do that we shall designate the fiscal aid measures that objectively differentiate between undertakings as measures being indirectly selective. Such aids include the tax measures that result selective

giustificate per la natura e struttura del sistema fiscale di cui fanno parte, e cioè non si rivelano necessarie o sufficienti a regolare specifiche differenziazioni che discendono dallo stesso sistema fiscale di riferimento, costituendo delle deroghe ingiustificate anziché un sottosistema o ambito specifico d'applicazione del sistema fiscale.

2.3 Gli aiuti di Stato in materia fiscale e la compatibilità con il diritto comunitario

2.3.1. Il divieto di aiuti di Stato e il principio di non discriminazione

2.3.1.1 L'ambito di applicazione

L'articolo 18 del TFUE indica che *“nel campo di applicazione dei trattati e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata sulla base della nazionalità”*.

Dal tenore letterale della disposizione, emerge che tale principio ha un ambito più ristretto rispetto al principio di eguaglianza statuito dalla Costituzione, in quanto tale norma richiama le sole disparità di trattamento basate sulla nazionalità dei prodotti o delle persone e si riferisce alle sole ipotesi di trattamento meno favorevole⁷⁷.

Per quanto riguarda il campo fiscale, il legislatore comunitario ha espressamente richiamato il divieto di non discriminazione solo nel settore della fiscalità indiretta, ai sensi degli articoli 110 e 111 del TFUE, infatti, d'altro lato manca una specifica disposizione con riferimento alla fiscalità diretta. Tale mancanza, peraltro, è spiegata dalla stessa logica del sistema comunitario che rimette alla discrezionalità di ciascun Paese la libertà di orientare il proprio sistema

for individual undertakings not because of their subjective scope but because, by creating objective differentiations in the application of a rule, they indirectly favour individual undertakings”.

⁷⁷ In tal senso, A. Dagnino cit. pagg 174 e ss.

fiscale, in funzione della politica economica perseguita e di esercitare le proprie competenze, sempre nel rispetto della normativa comunitaria.

D'altro lato mette occorre rilevare che la CGE ha esteso l'applicazione del principio di non discriminazione anche a tale settore, giusta l'estensione del principio generale sancito dall'articolo 18 del Trattato⁷⁸.

Pertanto, anche nella materia della fiscalità diretta, il divieto di ingiustificate discriminazioni ovvero di restrizioni che vietino le libertà fondamentali - in virtù dei principi comunitari tesi a salvaguardare uniformità di trattamento a prescindere da nazionalità o provenienza⁷⁹ - si atteggiano alla stregua di limiti delle competenze legislative nazionali.

In generale, la discriminazione è la conseguenza dell'applicazione di un trattamento differenziato a situazioni comparabili, ovvero l'applicazione di un trattamento analogo a fattispecie diverse⁸⁰. La giurisprudenza della CGE⁸¹ ha approfondito la nozione *de qua* definendo come illegittime le misure statali:

- i) che stabiliscono un trattamento discriminatorio basato sulla nazionalità e la cittadinanza (per le persone fisiche), ovvero la sede (per le persone giuridiche) o l'origine (per i beni merci, servizi e capitali esteri) (c.d. discriminazione diretta)⁸²;

⁷⁸ Vedi, CGE, sentenza del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*; sentenza del 11 agosto 1995 C – 90/94, *Wielockx*; sentenza 27 giugno 1996, causa C -107/97, *Asscher*; sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura*; sentenza del 28 aprile 1998, causa C-118/96, *Safir*.

⁷⁹ Vedi in particolare gli articoli 49, 56 e 110 del TFUE

⁸⁰ In tal senso, causa *Schumacker cit.*

⁸¹ Per una disamina della giurisprudenza comunitaria in materia, si rinvia a G. Melis, “*Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea*”, in *Rassegna Tributaria* n. 4/2000 pagg. 1151 e ss..

⁸² La rilevanza di tale forma di discriminazione è stata affermata dalla CGE nella sentenza del 12 febbraio 1974, C – 152/73, *Sotgiu*, nella quale ha chiarito che il principio della parità di trattamento vieta non solo le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, o in base alla sede per quanto riguarda le Società, ma altresì qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervenga al medesimo risultato.

- ii) che indirettamente riservano un trattamento differenziato alle persone, sulla base della residenza fiscale degli interessati (c.d. discriminazione indiretta);
- iii) che negano vantaggi ai propri cittadini che producono redditi in un altro Stato Membro (c.d. restrizioni);
- iv) che producono l'effetto di dissuadere un operatore dall'esercitare un'attività lavorativa ovvero effettuare un investimento in un altro Stato Membro (c.d. restrizioni).

Peraltro si consideri che, oltre che nell'ordinamento comunitario, il principio di non discriminazione è presente anche nell'articolo 24 del modello OCSE contro le doppie imposizioni, cui gli Stati membri si uniformano per prassi consolidata ai fini della redazione degli accordi bilaterali.

Con riferimento alle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito, la base del divieto convenzionale di discriminazione si pone in linea generale secondo il divieto che i soggetti residenti di uno Stato contraente siano assoggettati nell'altro Stato ad imposizione più onerosa di quella cui sono assoggettati i nazionali di tale altro Stato, che si trovano nella medesima situazione.

Va peraltro rilevato che, il modello di convenzione lascia un ampio margine interpretativo alle autorità nazionali, in considerazione del fatto che i non-residenti, sottoposti a tassazione limitata in base al criterio della fonte, dal punto di vista formale non si trovano nella stessa situazione dei residenti⁸³.

Prescindendo da un'analisi dettagliata della norma citata che esula dallo spirito della presente trattazione, si osserva che il principio di non discriminazione del modello convenzionale ha un ambito di applicazione diverso e più ristretto rispetto all'analogo principio comunitario. In particolare, l'articolo 24 tutela solo i soggetti direttamente coinvolti e pertanto, può essere invocato solo da parte dei

⁸³ Cfr. in tal senso, P. Rossi-Maccanico, "Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese: il principio di non discriminazione", in *Fiscalità internazionale* n. 3/2008

contribuenti degli Stati contraenti, non essendo suscettibile di applicazione analogica da parte di soggetti appartenenti a Stati terzi rispetto al Trattato, nei confronti dei quali è ipotizzabile un trattamento discriminatorio⁸⁴.

Inoltre, ciò che rileva in particolare è che, mentre l'ordinamento dell'Unione Europea impone agli Stati comportamenti positivi, nella prospettiva di adeguamento delle legislazioni interne con quella comunitaria, allo scopo di eliminare le restrizioni alle libertà fondamentali garantite dal Trattato, il modello OCSE richiede ai firmatari l'adempimento di obblighi di contrasto della discriminazione, limitati da condizione di reciprocità.

2.3.1.2 *Le interazioni*

Per quanto concerne la disciplina degli aiuti di Stato, va rilevato che il fatto che una misura sia qualificabile come aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107 del Trattato, non la sottrae dall'ambito di applicazione del principio di non discriminazione fiscale. Peraltro, preme rilevare che qualora una norma attribuisca un trattamento di favore solo a talune imprese e produzione nazionali e inoltre escluda le imprese estere, tale norma viola entrambi i divieti, e cioè sia quello di concedere vantaggi ingiustificatamente selettivi a favore di certe imprese e pertanto discorsivi della concorrenza, sia il divieto di discriminazione a svantaggio d'imprese stabilite all'estero.

La stessa CGE, nel valutare le c.d. tasse parafiscali o di scopo⁸⁵, applica entrambe le normative, in considerazione del fatto che “ *qualora un aiuto sia finanziato con un tributo che colpisce determinate imprese o determinate produzioni, [le istituzioni comunitarie] sono tenute ad accertare se il modo in cui è finanziato, non solo sia conforme all'articolo 95 del trattato (divenuto 90 del Trattato CE e ora 110 del TFUE), ma sia anche, congiuntamente all'aiuto che essa*

⁸⁴ Sul punto vedi Garcia D., “*Are there reason to convert reverse discrimination into a prohibited measure?*” in EC Tax Review 2009/4.

⁸⁵ Per una maggiore comprensione della fattispecie menzionata, si rinvia al paragrafo 2.1.3.

alimenta, compatibile con gli articoli 92 e 93 (divenuti 87 e 88 del Trattato CE ed ora 107 e 108 del TFUE)”.

Nella specie, tali misure possono costituire oggetto di censura sia alla luce della disciplina degli aiuti di Stato, in virtù dei profili soggettivi della norma, in quanto intesa ad agevolare una ristretta platea di soggetti beneficiari; sia in quanto violazione del principio di non discriminazione, in considerazione del fatto che ai non residenti venga riservato un trattamento deteriore rispetto a quello riservato ai soggetti residenti.

Si rileva che la valutazione di una misura alla luce del divieto degli aiuti di Stato implica che il trattamento ordinario riservato a talune fattispecie sia comparato con il trattamento derogatorio riservato, per la stesse fattispecie, ad una cerchia più ristretta di soggetti.

Diversamente, per valutare se una norma violi il principio di non discriminazione, occorre raffrontare il trattamento riservato ad una fattispecie nazionale con quello riservato ad una fattispecie comunitaria dalla stessa norma, sia essa una norma generale sia essa una norma derogatoria.

Il fatto che ad una stessa fattispecie sia applicabile la disciplina degli aiuti di Stato, ed anche il divieto comunitario di non discriminazione discende dalla circostanza che i presupposti dei due divieti che le connotano sono differenti, sicché una misura che si caratterizza per l'essere aiuto di Stato può essere non discriminatoria, ovvero una misura discriminatoria può essere dichiarata compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato.

Merita peraltro sottolineare che, a differenza della norma sugli aiuti di Stato, il principio di non discriminazione non fa differenza tra una misura generale ovvero giustificata dalla natura del sistema fiscale e distinzione fiscale rilevante ai fini della qualificazione di una misura statale quale aiuto. Al contrario, per quanto concerne la disciplina degli aiuti di Stato sia una misura generale, sia una misura derogatoria non devono essere mai applicate in maniera discriminatoria. Da ultimo, va da sé che

il criterio della selettività – di rilievo per l’articolo 107 TFUE - non esclude né giustifica la disapplicazione del divieto di non discriminazione⁸⁶.

2.3.2. Il divieto di aiuti di Stato in materia fiscale e le quattro libertà fondamentali

2.3.2.1 *L’ambito di applicazione*

Come già ampiamente affermato in precedenza, il settore dell’imposizione diretta è - in via di principio - lasciato alla sovranità di ciascuna legislazione nazionale ed invero, iniziative comunitarie in tal senso, prevedendo l’unanimità per le decisioni da adottare in campo fiscale, costituiscono senz’altro il maggior intralcio alla realizzazione di una piena armonizzazione impositiva⁸⁷. Va tuttavia precisato che gli Stati Membri, nell’esercizio della propria competenza legislativa, non possono riservare trattamenti diversificati a persone, merci, servizi e capitali in base alle rispettive nazionalità ovvero provenienza, in virtù della protezione accordata dal Trattato alle c.d. libertà fondamentali: libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali⁸⁸.

Per quanto concerne la libera circolazione delle merci (articoli da 28 a 44 del TFUE), occorre sottolineare che è stata la prima libertà ad essere giurisdizionalmente affermata dalla CGE con una serie di sentenze dichiarative, successivamente completate a livello normativo nazionale dall’armonizzazione e dall’avvicinamento delle misure nazionali di fiscalità interna, in particolare quelle di fiscalità indiretta, come IVA e accise. E’ comprensibile l’adozione di tali interventi, alla luce degli obiettivi di instaurazione e buon funzionamento del mercato interno⁸⁹.

⁸⁶ Cfr. in tal senso, P. Laroma Jezzi cit.

⁸⁷ Vedi articoli 114 e 115 del TFUE.

⁸⁸ Sul punto vedi Vanistendael F., “*Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms*” in EC Tax Review 2008/2.

⁸⁹ Sul punto vedi Lehner M., “*Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*”, in EC Tax Review 2000/1

Peraltro, la realizzazione del mercato interno, quale prefigurata dall'articolo 3 del TUE, implica l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli, oltre che agli scambi delle merci, anche alla circolazione di persone, servizi e capitali.

La libera circolazione delle persone ha una duplice anima, poiché include sia la libertà di impiego dei lavoratori, sia la libertà di stabilimento delle persone che esercitano attività commerciali, siano esse persone fisiche ovvero giuridiche.

Per quanto concerne la libertà di impiego dei lavoratori subordinati, il Trattato prevede la libertà di circolazione e l'abolizione di ogni discriminazione, in ragione della nazionalità o del sesso, per quanto riguarda le modalità di impiego, retribuzione e le altre condizioni di lavoro (articolo 45 TFUE). La Corte ha ripetutamente stabilito che la nozione di rapporto di lavoro non può essere determinata dal diritto degli Stati membri perché in tal modo si creerebbe il pericolo di restringere la sfera di applicazione del Trattato⁹⁰.

Il diritto di stabilimento (articoli da 49 a 55 del TFUE) investe invece, qualsiasi tipo di attività economica, svolta in regime di "non subordinazione" e in modo "stabile". Di importanza fondamentale per l'effettiva realizzazione di tale diritto è l'articolo 53 del Trattato, indirizzato al Parlamento Europeo e al Consiglio al fine di stabilire le opportune direttive per il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli di studio nei diversi Paesi comunitari.

Per le persone giuridiche, l'articolo 54 del Trattato stabilisce che esse sono equiparate alle persone fisiche aventi la cittadinanza in uno Stato membro se costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno della Comunità⁹¹.

⁹⁰ CGCE, sentenza del 19-3-1964, causa 75/63, in *Raccolta*, 1964, p.347; sentenza del 31-5-1989, causa 344/87, in *Raccolta*, 1989, p.1621

⁹¹ La nozione di società è peraltro molto più ampia. Ai sensi dell'art.54, secondo comma, sono infatti definite come tali le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre

Si noti che la libertà di stabilimento è quella maggiormente invocata contro le misure nazionali di fiscalità diretta che permettono, ad esempio, di trattare in modo differenziato le società di residenti e le succursali di società estere, ovvero di tassare più pesantemente le società madri per gli utili prodotti da filiali stabilite in altri Stati membri soggetti a minore carico fiscale locale rispetto alle filiali nazionali.

Anche la libera circolazione dei capitali riceve apposita tutela all'interno del trattato (articoli da 63 a 66 TFUE) Peraltro, è quella di più recente perfezionamento, essendo stata liberalizzata con il Trattato di Maastricht. Anche questa libertà è di diretta applicazione⁹².

Non esiste all'interno del Trattato una definizione di movimento di capitali, ed in tal senso soccorre la nomenclatura contenuta nell'allegato 1 alla direttiva 88/361/CEE del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 58 TFUE (già articolo 67 del Trattato CE). In tal sede, i movimenti di capitale sono definiti come l'insieme delle operazioni necessarie alla realizzazione di tali movimenti, e cioè la conclusione ed esecuzione della transazione ed i relativi trasferimenti, effettuate da qualsiasi persona fisica o giuridica, comprese le operazioni di liquidazione o di cessione di attività costituite, il rimpatrio del prodotto di tale liquidazione, l'utilizzo in loco di tale prodotto e le operazioni di rimborso di crediti o prestiti, nonché l'accesso a tutte le tecniche finanziarie disponibili sul mercato per l'effettuazione di tali operazioni.

In virtù della portata piuttosto ampia della nozione di movimento di capitale, talune disposizioni fiscali possono, in molti casi, determinare restrizioni di più libertà fondamentali allo stesso tempo e che, inoltre, diverse disposizioni del Trattato possano essere cumulativamente invocate quali possibili infrazioni. Per esempio, ai sensi dell'articolo 49 del TFUE, il fatto che la libertà di stabilimento sia minacciata non esclude che anche la libera circolazione dei capitali venga limitata,

persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro"; nozione che finisce per coincidere con quella di impresa.

⁹² In tal senso, CGE relativa alle cause riunite C-163/94, C-165/94, C-250/94.

in quanto l'esercizio del diritto di stabilimento può avvenire congiuntamente all'effettuazione di investimenti sotto forma di movimenti di capitale e viceversa⁹³.

La libera prestazione di servizi è tutelata agli articoli da 56 a 62 del Trattato. Contrariamente alla libertà di stabilimento, che richiede il perseguimento di un'attività economica da uno stabilimento fisso per un periodo di tempo sufficientemente lungo, le prestazioni di servizi sono protette quando un soggetto stabilito in uno Stato membro offre servizi in un altro Stato membro o anche nel proprio Stato membro ma a soggetti di altro Stato ed anche se l'attività economica sottostante è condotta a titolo semplicemente temporaneo o occasionale nel paese interessato. È necessario che la prestazione sia transfrontaliera e che, cioè, il prestatore sia stabilito in un altro Stato membro rispetto a quello ove la prestazione è resa, ma comunque il prestatore non deve assolutamente avere una presenza duratura e neanche occasionale nel paese della prestazione.

Nel settore della fiscalità diretta, la libera prestazione di servizi è stata invocata per constatare l'illegittimità di limitazioni nel dedurre dalla base imponibile, ai fini di un'imposta comunale sui redditi ed sul patrimonio delle società, il costo di certi beni locati in leasing perché posseduti da soggetti non residenti⁹⁴, o di limitazioni alla deduzione dalla base imponibile ai fini dell'imposta sulle imprese di spese per servizi professionali prestati da soggetti esteri⁹⁵ ancora relativamente alla tassazione di vincite per la partecipazione a lotterie estere mentre le vincite relative a lotterie nazionali erano esenti⁹⁶.

2.3.2.2 *Le interazioni*

Rispetto alle libertà fondamentali, il principio di non discriminazione enunciato dall'articolo 18 del TFUE si pone come propulsore che spinge tali libertà e permette loro di funzionare nel quadro comunitario. Invero, le suddette libertà

⁹³ Sul punto vedi, D. Weber, "In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement within the EC", in *Intertax*, Volume 34, Issue 12.

⁹⁴ In tal senso, CGE causa C-294/97 *Eurowings*.

⁹⁵ In tal senso, CGE, causa C-55/98 *Skatteministeriat c. Bent Vestergaard*;

⁹⁶ In tal senso, CGE, causa C-42/02 *Diana Elisabeth Lindman/ Skatterattelsnamden*.

sono concepite come articolazione del divieto generale di non discriminazione che, in quanto tale, comprende tutti i settori, inclusa l'area fiscale, a prescindere dalla circostanza che l'ordinamento comunitario abbia una competenza limitata in materia diretta⁹⁷.

In questa prospettiva, non è errato valutare il principio di non discriminazione alla stregua di parametro in base al quale determinare l'applicazione, da parte degli Stati, delle libertà fondamentali previste dal Trattato. In altri termini, nel caso in cui la potestà tributaria degli Stati in materia di imposte dirette confligga con le libertà fondamentali del trattato, la prima deve subire una compressione a favore delle seconde, alle quali è data prevalenza⁹⁸.

In generale, i cittadini comunitari e le società degli Stati membri, possono invocare il principio di non discriminazione previsto dall'articolo 18 del Trattato ma allo stesso tempo, risultano sempre tutelati da altre libertà fondamentali.

Analizzando i percorsi decisionali operati dalla CGE nell'elaborazione delle proprie sentenze in materia, va sottolineato che la Corte è progressivamente passata dall'impiego prevalente del principio di non discriminazione a quello del divieto di restrizione delle libertà fondamentali⁹⁹.

Va peraltro segnalato che l'orientamento prevalente della CGE è quello di evitare analisi cumulative delle potenziali violazioni alle libertà comunitarie, per concentrarsi nei confronti di quelle che sembrano prevalenti o prioritamente lese¹⁰⁰.

A livello comunitario, da sempre si è avvertita l'esigenza di coordinare le legislazioni tributarie, onde evitare che l'adozione di misure di carattere fiscale,

⁹⁷ In tal senso, P. Rossi-Macchiano, "*Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese. Il principio di non discriminazione*" cit.

⁹⁸ In tal senso, A. Dagnino cit.

⁹⁹ Per una compiuta comprensione del processo giurisprudenziale in materia, si rinvia alle sentenze *Avoir Fiscal* (sentenza C-270/83 del 1986), *Schumacker* (C-279/93 del 1995), *Sain Gobain* (C – 307/97 del 1999).

¹⁰⁰ Nella sentenza relativa alla causa C-452/04, *Fidium Finanza*, la protezione circa la libera prestazione di servizi non è stata accordata ad un extracomunitario a titolo principale, sebbene da questi fosse stata invocata la tutela della libera circolazione dei capitali.

recasse pregiudizio agli altri Stati membri. Si pensi, per quanto di nostro interesse, alla concessione di agevolazioni fiscali a favore di beni o imprese nazionali, a svantaggio di quelle straniere. Qui è assolutamente evidente l'esigenza di trovare un punto di incontro e di equilibrio tra principi comunitari e la legislazione nazionale.

Per quanto di nostro interesse nella presente trattazione, va detto che il perimetro delle due sfere: libertà fondamentali e divieto degli aiuti di Stato non sempre è agevole da individuare¹⁰¹.

E' assolutamente pacifico che le due discipline possano sovrapporsi. Per esempio, un'esenzione fiscale riservata ad un certo settore di imprese con sede in Italia può integrare nel contempo una fattispecie in violazione del divieto di concessione degli aiuti di Stato in quanto misura selettiva, ed al contempo essere discriminatoria nei confronti delle imprese estere.

Da quanto detto, emerge che tutti gli incentivi fiscali proposti dagli Stati membri devono anch'essi rispettare le libertà fondamentali del Trattato ed in particolare il divieto di discriminazione a svantaggio diretto o indiretto dei cittadini di altri Stati membri. In particolare, occorre esaminare gli incentivi che impongono restrizioni quanto al luogo in cui vengono svolte le attività "incentivate", verificare la loro compatibilità con la libertà di stabilimento ovvero la libera prestazione dei servizi, alla luce appunto dello scrupoloso rispetto del principio di non discriminazione.

A titolo esemplificativo, si pensi alle agevolazioni fiscali a favore della Ricerca, Sviluppo e Innovazione, che sono considerate compatibili solo laddove l'aiuto accresca effettivamente la R&S e se la distorsione della concorrenza non è considerata contraria all'interesse comune.

Tuttavia, in tale materia, la Commissione considera incompatibili con le libertà fondamentali le agevolazioni fiscali che prevedono restrizioni territoriali, in quanto in evidente violazione della libertà di stabilimento¹⁰².

¹⁰¹ In tal senso, P. Laroma Jezzi cit.

Per esempio, un'agevolazione fiscale riconosciuta a favore delle sole attività di R&S nazionali può comportare una restrizione territoriale, in quanto una tale misura finisce per impedire alle società di svolgere o esternalizzare le proprie attività di ricerca e sviluppo in altre zone dell'Unione Europea in virtù del beneficio dell'agevolazione. D'altro lato, va evidenziato che siffatta norma agevolativa rischia di essere anche censurata alla luce delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato, atteso che tali norme sono applicate a qualsiasi agevolazione a prescindere dalla forma dell'aiuto.

Risulta a tale proposito dirimente, al fine di stabilire la compatibilità di una misura fiscale qualificata come aiuto col mercato comune, il profilo della giustificazione della misura stessa, ma non nel senso di stabilire se la misura non costituisce aiuto, ma piuttosto nel senso della possibile giustificazione di una discriminazione o restrizione fiscale per l'esistenza di un prevalente interesse pubblico.

Il tema della giustificazione di una misura fiscale dal punto di vista sia della disciplina sul controllo degli aiuti fiscali che di quello della tutela della libertà fondamentali va quindi esaminato in dettaglio.

2.3.3. Le possibili giustificazioni

2.3.3.1 Le giustificazioni alle restrizioni alle quattro libertà fondamentali

Una disparità di trattamento operata da norme nazionali può risultare lecita sulla base di norme specifiche del Trattato¹⁰², ovvero in base agli orientamenti della giurisprudenza.

¹⁰² Si veda, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo, COM 2006/728 "Per un utilizzo più efficace degli incentivi fiscali a favore della R&S".

¹⁰³ L'articolo 52 del TFUE contempla specifici elementi di giustificazione: "*le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime, lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni*

In tale ultima prospettiva si è posta da sempre l'esigenza di contemperare il principio di non discriminazione con gli interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento comunitario.

Mentre per le cause di giustificazione espresse, il legislatore comunitario si fa carico di effettuare *a priori* il contemperamento degli interessi citati, quando ciò avviene a cura della CGE, questa deve compiutamente analizzare le cause di giustificazione, in modo da ricostruire la potestà impositiva degli Stati in relazione al diritto comunitario. L'operato della CGE evidenzia la necessità di trovare un punto di equilibrio e di incontro tra la tutela delle libertà fondamentali da un lato e gli interessi fiscali nazionali, adottati quali cause di giustificazione dall'altro lato, fermo restando che l'onere della prova, spetta allo Stato membro in caso di violazione delle libertà fondamentali.

Nell'analisi delle cause di giustificazione addotte a difesa da parte dello Stato interessato alle restrizioni delle libertà fondamentali, la CGE ha talvolta usato le esigenze di "coerenza fiscale"¹⁰⁴ e di realizzare i controlli tributari per combattere l'elusione e l'evasione a fronte degli interessi fiscali da salvaguardare. Peraltro, preme rilevare che le eccezioni sollevate in chiave "antielusiva" o comunque dettate da "esigenze di controlli fiscali", non hanno prevalso nella giurisprudenza della CGE. Nella specie, tali giustificazioni non sono state accolte in virtù del generale principio di proporzionalità, invero, in tali casi, la misura analizzata è stata ritenuta eccessiva rispetto allo scopo che si proponeva. Altre volte, la CGE si è espressa nel senso di non ritenere una disposizione idonea a perseguire finalità antielusive¹⁰⁵.

legislative, regolamentari e amministrative che prevedono un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

¹⁰⁴ In tal senso, cfr. CGE, sentenza del 28 gennaio 1992, C-204/90, *Bachmann*; sentenza del 28 gennaio 1992, C-300/90, *Commissione c. Regno del Belgio*. In altre pronunce la Corte ha meglio delineato il concetto di coerenza fiscale, senza però accogliere nella fattispecie la causa di giustificazione addotta. In tal senso, sentenza *Schumacker* cit; sentenza *Wielockx* cit.; sentenza del 14 novembre 1995, C-484/93 *Swensson*.

¹⁰⁵ In tal senso, CGE, sentenza del 16 luglio 1998, C-264/96, *Imperial Chemical Industries*. Nel caso ICI, il rischio di elusione insito in una normativa che avesse accordato il consolidamento delle perdite delle consociate estere anche ove residenti al di fuori del Regno Unito, non avrebbe potuto essere escluso dalla

Per altro verso, l'illegittimità delle discriminazioni che si pretendeva di giustificare per esigenze di compensazione della penalizzazione con altre agevolazioni¹⁰⁶ è stata spesso confermata dalla CGE.

Da quanto illustrato sopra, è agevole evincere che, il fatto che non ci siano limiti normativi ben definiti e che, al contrario, se del caso, interviene l'organo giurisdizionale, determina problemi di certezza del diritto dovuti all'oscillazione fisiologica delle pronunce, specie con riferimento ad alcune cause di giustificazione, come quella della "coerenza del sistema fiscale".

Si pensi per esempio al concetto di discriminazione legato a quello di "residenza". Tra residenti e non residenti sussistono obiettive differenze, pertanto di volta in volta si pone il problema di stabilire in quali circostanze la posizione del non residente sia assimilabile a quella del soggetto residente nello Stato che applica la disposizione che si assume discriminatoria. Alla luce della giurisprudenza oramai consolidata¹⁰⁷, la posizione di tale soggetto non è comparabile a quella del soggetto non residente, laddove la produzione del suo reddito avvenga per la maggior parte di essa, nel suo paese di residenza. Tuttavia va altresì rilevato che, laddove ciò non avvenga, tale distinzione non ha più ragion d'essere e pertanto, nel caso in cui lo Stato introduca agevolazioni fiscali, dovrà assicurarne il godimento anche ai soggetti non residenti che producono la maggior parte del loro reddito nello Stato di specie, sulla base della circostanza che la loro posizione si assume analoga a quella dei soggetti residenti. Se ciò non accade, la disparità di trattamento potrà essere giustificata da altre cause che, naturalmente, dovranno passare al vaglio

formulazione legislativa la quale, richiedendo soltanto la maggioranza, e non la totalità, delle controllate fosse residente nel Regno Unito, non escludeva il rischio paventato dal Regno Unito.

¹⁰⁶ Si veda in tal senso CGE, sentenza *Avoir Fiscal* cit. quanto detto va inteso con riferimento a quelle norme che negano vantaggi fiscali ai non residenti allo scopo di compensare, altre situazioni sfavorevoli di cui i residenti non godono, o possono godere in virtù del loro status.

¹⁰⁷ Cfr. sentenza *Schumacker* cit.

giurisprudenziale, onde evitare che due fattispecie analoghe, ricevano un trattamento differenziato¹⁰⁸.

In conclusione, la coerenza del sistema fiscale non è quindi normalmente capace di giustificare alcuna discriminazione o restrizione dell'esercizio delle libertà fondamentali. Circa le altre giustificazioni, differenti dalla coerenza del sistema fiscale, che sono state ammesse dalla CGE per autorizzare una discriminazione o una restrizione figurano gli obiettivi di: i) tutela dei controlli fiscali, ii) contrastare l'evasione fiscale, iii) salvaguardare gli interessi della giurisdizione fiscale di competenza, iv) prevenire il doppio uso e il traffico delle perdite fiscali, v) tutelare gli interessi dei creditori vi) e in caso di operazioni straordinarie (i.e. fusione) tutelare degli interessi delle minoranze e dei lavoratori¹⁰⁹.

2.3.3.2 *Le giustificazioni agli aiuti di Stato in materia fiscale*

Completamente differente è la situazione per quanto riguarda l'analisi di una misura fiscale per la disciplina in materia di aiuti di Stato, il cui esame di selettività si caratterizza nello stabilire la coerenza col sistema fiscale di una preferenza fiscale quale sola giustificazione per evitare la qualificazione della stessa come aiuto di Stato.

La giustificazione di un aiuto in base alla struttura o natura del sistema fiscale è un'adattamento di matrice giurisprudenziale alla nozione di aiuto fiscale basata sugli effetti che è stata formulata con specifico riferimento all'analisi delle misure fiscali. Secondo la dottrina la necessità della nozione di giustificazione deriva dall'opportunità di effettuare un bilanciamento tra la competenza comunitaria a probare e limitare misure statali distorsive della libera concorrenza e le prerogative

¹⁰⁸ Sul punto vedi M. Lang, "Recent case law of the ECJ in direct taxation: trends, tensions and contradictions" in EC Tax Review 2009/3.

¹⁰⁹ Per un parallelo tra giustificazioni rilevanti ai fini della disciplina sugli aiuti di Stato e quelle ai fini della tutela delle libertà fondamentali, si veda P. Rossi-Maccanico, European Commission competence in reviewing direct business tax measures, EC Tax Review 2 2009.

statali in materia fiscale¹¹⁰. La portata della nozione di “giustificazione” è oggetto di diverse interpretazioni¹¹¹.

In una nota sentenza¹¹², la CGE ha infatti stabilito che costituiscono aiuti di Stato le misure dirette ad esonerare, totalmente o parzialmente, le imprese di un particolare settore dagli oneri che sarebbero dovuti in base al sistema normativo generale, senza che l’esonero sia giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema.

Va peraltro rilevato che la Corte ha fatto proprio il concetto di “*giustificazione in base alla natura o struttura generale*” sia per giustificare un aiuto di Stato, sia per distinguere tra misure generali e aiuto di Stato¹¹³.

La Commissione ha invece definito in maniera più accurata tale concetto¹¹⁴, infatti dopo aver definito quali sono “*i costi normalmente gravanti sul bilancio*” mediante l’esplicita distinzione tra aiuti fiscali e misure generali, ha altresì indicato il criterio in base al quale applicare ad una determinata misura la disciplina di cui all’articolo 107 TFUE. Tale criterio prevede che una misura instauri, a favore di

¹¹⁰ In tal senso si veda P. Rossi-Maccanico, “*State aid review of business tax measures*”, cit.

¹¹¹ In tal senso si veda P. Rossi-Maccanico, *The Notion of Indirect Selectivity in Fiscal Aids: A Reasoned Review of the Community Practice*, EStAL 2 2009, dove si effettua una dettagliata ricostruzione della nozione di giustificazione con riferimento al criterio di selettività rispetto a quale la giurisprudenza ha riconosciuto l’esistenza della nozione stessa: “*one may only conclude that the justification results from a two-prong test based, first, on an objective or internal criterion by which the differential treatment is justified by different conditions, and, second, on an external or teleological criterion by which the differentiated treatment is justified by its inherent coherence with the general scheme of the system. This latter criterion is obviously more complicated in terms of finding the inherent coherence of the exception with respect to the system. This inherent justification indeed remains in the very fine distinctions that the Member State determine to give relevance to tax specificities under the general scheme of the business tax system of reference and is sometimes referred to as a “technical justification”, as it is done in paragraph 13 of the Commission Notice on fiscal aids referring to tax measures of a purely technical nature (setting the rate of taxation, depreciation rules and rules on loss carry-overs, provisions to prevent double taxation or tax avoidance, etc.), or the measures pursuing general economic policy objectives through a reduction of the tax burden related to certain common production costs (research and development (R&D), the environment, training, employment, etc.) being already deductible from the taxable profit*”

¹¹² Sentenza CGE del 2 luglio 1974, causa C-173/73, *Italia c. Commissione*.

¹¹³ In tal senso, P. Rossi-Maccanico, “*State aid review of business tax measures*”, cit

¹¹⁴ Comunicazione della Commissione dell’11 novembre 1998, cit.

talune imprese dello Stato membro, *“un’eccezione all’applicazione del sistema tributario”*. Quanto detto, implica innanzitutto che sia determinato *“il sistema generale applicabile”*. In secondo luogo *“si dovrà poi valutare se l’eccezione a tale sistema o le differenziazioni al suo interno sia giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema stesso, ossia discendano direttamente dai principi informatori o basilari del sistema tributario dello Stato membro interessato. In caso contrario, si è in presenza di un aiuto di Stato”*.

Nella sua prassi relativa alla valutazione della compatibilità di una misura fiscale tedesca¹¹⁵, la Commissione ha affermato che non rientrano fra gli aiuti di Stato quelle misure *“la cui diversa natura comporta una deroga alla regola generale, a condizione che la loro razionalità economica le renda necessarie o funzionali per l’efficienza del sistema. Di norma quindi non devono essere applicate solo in determinati campi, devono fondarsi su criteri o condizioni oggettive e orizzontali e non devono essere limitate nel tempo”*.

La questione è complessa in quanto il procedimento di valutazione implica due passaggi successivi. In primo luogo occorre appurare se una determinata misura fiscale sia qualificabile come aiuto di Stato alla luce della disciplina di cui all’articolo 107 del Trattato. Una volta espletata tale verifica e in particolare, nel caso in cui la misura sia qualificabile come aiuto di Stato, si può ancora escludere l’applicazione del divieto comunitario, purché sia integrata una causa di giustificazione, che permetta l’adozione dell’aiuto.

Da quanto detto emerge che il procedimento di valutazione, si caratterizza per la presenza sia da elementi *“positivi”* (origine statale, vantaggio, selettività, incidenza comunitaria) sia di elementi *“negativi”* (mancanza di giustificazione in base alla natura o struttura del sistema)¹¹⁶.

¹¹⁵ Decisione della Commissione del 13 marzo 1996, 96/369/CE, concernente un aiuto fiscale sotto forma di ammortamento a favore delle compagnie aeree tedesche. In quest’occasione, la Commissione ha ritenuto che l’ammortamento in questione non trovasse giustificazione nella natura o struttura del sistema, e pertanto, ricadente nell’ambito di applicazione dell’articolo 92 del Trattato.

¹¹⁶ In tal senso, F. Vitale, *“Le prospettive di sviluppo”* in *“Aiuti di Stato in materia fiscale”* di L. Salvini, cit.

Per la Commissione, spetta in ogni caso allo Stato membro fornire la prova dell'esistenza di tale causa di giustificazione. In altri termini, lo Stato deve essere in grado di dimostrare che una misura, che a prima vista potrebbe apparire come un vantaggio, è in realtà una differenziazione intesa come il frutto di un adattamento del sistema impositivo ad un particolare caso di applicazione¹¹⁷. Mentre per la dottrina, la giustificazione è parte della qualificazione di una misura come aiuto di Stato il cui onere probatorio ricade sulla Commissione laddove questa voglia concludere il proprio esame affermando che una misura costituisce aiuto¹¹⁸.

Nella prassi, le cause di giustificazione¹¹⁹ maggiormente addotte sono state: la progressività dell'imposta giustificata dalla logica redistributiva del sistema; il trattamento fiscale previsto per le cooperative che risulta compensato dalla tassazione dei soci cooperatori, l'esenzione per fondazioni e associazioni in base all'obiettiva impossibilità di conseguire il reddito. Si deve osservare che sulla base delle esemplificazioni fornite da parte della Commissione, la giustificazione delle misure selettive in base alla natura o struttura del sistema pare essere fondata solo su ragioni strettamente fiscali.

Alcune considerazioni sorgono in merito al procedimento di valutazione di una misura in base agli "effetti" e al procedimento di giustificazione di una misura "in base alla struttura o natura del sistema".

Come già evidenziato, le istituzioni UE utilizzano il criterio degli "effetti" che la misura di vantaggio produce sul mercato, pertanto qualora una misura abbia per destinataria un'impresa che consegua, per il tramite della misura *de qua*, un risparmio atto a falsare la concorrenza e l'andamento del mercato, l'organo

¹¹⁷ In tal senso, V. Di Bucci, "Aiuti di Stato e misure fiscali nella recente prassi della Commissione CE e nella giurisprudenza delle giurisdizioni comunitarie".

¹¹⁸ In tal senso, si veda P. Rossi-Maccanico, "State Aid Review of Business Tax Measures," *EStAL* 2 2007, dove si conclude che "As certain advantages may be justified by the logic of the tax system and be considered general measures, there should be no State aid until the Commission proves that a tax reference is selective. This means that it is for the Commission, rather than the Member State to demonstrate that a tax measure is specific. In a legal system based on the principle of ex-ante authorisation, such as State aid, it is for the Commission to prove its case and to bear the onus of prohibiting a tax measure".

¹¹⁹ Vedi Comunicazione della Commissione dell'11 novembre 1998 cit.

comunitario deve valutare la misura alla luce degli effetti che produce. In tal modo, però emerge una contraddizione con la possibilità di giustificare il medesimo aiuto in base alla logica del sistema. Nella specie, da un lato si esclude la causa ovvero lo scopo della misura, dall'altro lato si richiede la valutazione della causa della misura come rispondenza ad obiettive esigenze di coerenza sistematica. Così come appena disegnato, l'iter logico della Commissione può essere visto come il risultato di due fasi: nella prima la Commissione valuta gli effetti della misura e si preoccupa solo di stabilire se la misura sia o meno in grado di falsare la concorrenza. In seguito, una volta appurato che la misura ha effetti distorsivi, la Commissione passa a valutare la giustificazione, al fine di verificare se la misura abbia una causa interna al sistema di cui fa parte.

2.3.3.3 *Analisi comparativa*

Una volta delineate le possibili giustificazioni alle restrizioni delle libertà fondamentali, nonché le giustificazioni alle misure configurabili come aiuti di Stato, è opportuno rilevare similitudini e considerazioni.

Il criterio della “normalità” o della “strutturalità” di una misura derogatoria rispetto al sistema tributario di riferimento può essere inteso come la trasposizione, nel settore degli aiuti di Stato, del criterio della “*coerenza fiscale*” elaborato con riferimento alle misure discriminatorie o comunque lesive delle libertà fondamentali.

Prescindendo da un'analisi delle fattispecie, già illustrata in precedenza, si rileva che, nella prassi applicativa della CGE, le giustificazioni in base alla natura o struttura del sistema ovvero con riferimento alla “coerenza fiscale” hanno avuto scarsa applicazione.

Con riferimento alle misure discriminatorie, la CGE ha, in linea di principio, ammesso una lista di “esimenti” con riferimento alle disposizioni fiscali discriminatorie che violano le libertà fondamentali previste dal trattato, per esempio, con riferimento alla salvaguardia della coerenza di un determinato istituto fiscale o alla necessità di combattere l'elusione, tuttavia, dal lato pratico le sentenze, pur

confermando l'ammissibilità di tali giustificazione, ne hanno escluso l'applicazione nei casi sottoposti alla sua attenzione¹²⁰.

Quanto appena detto si riscontra anche nella disciplina sugli aiuti di Stato. Anche per tale materia, l'onere della prova incombe sullo Stato membro, pertanto tutte le possibili eccezioni "giustificative", richieste dal caso specifico, devono essere adottate dallo Stato interessato. Peraltro, questo è un particolare di non poco conto atteso che, la giustificazione richiesta – così come elaborata dalla giurisprudenza e confermata dalla Commissione – richiede una compiuta conoscenza del sistema tributario, conoscenza che per la Commissione è spesso difficile disporre.

Il parallelo con le giustificazioni alle restrizioni delle libertà fondamentali è rafforzato dalla constatazione che, al pari della "coerenza", la giustificazione della misura di vantaggio ha avuto una ridotta applicazione¹²¹.

L'unica vera distinzione tra le giustificazioni alle libertà fondamentali e le giustificazioni alle misure fiscali che costituiscono aiuto di Stato risiede nella distinzione tra misure generali e misure "derogatorie", che a ben vedere può essere assorbita nei requisiti positivi che richiedono che una misura, affinché sia qualificata come aiuto di Stato, deve essere selettiva.

In particolare, in base alle indicazioni fornite dalla Commissione, è pacifico concordare che le misure generali applicate a tutte le imprese senza alcuna distinzione siano escluse dall'ambito applicativo della disciplina sugli aiuti di Stato. Si pensi alle misure di pura tecnica fiscale: fissazione delle aliquote di imposta, regole di ammortamento, regole per il riporto delle perdite, disposizioni volte ad eliminare il rischio di doppia imposizione, ovvero quelle misure che, per ridurre l'onere fiscale connesso a determinati costi di produzione, perseguono un obiettivo

¹²⁰ L'unico caso in cui una discriminazione fiscale potenzialmente lesiva di una libertà fondamentale è stata ritenuta giustificata in base all'argomento della "coerenza" è la già citata sentenza *Bachman*.

¹²¹ Un caso di giustificazione relativa alla struttura del sistema è stata applicata con riferimento ad ipotesi di imposte fondiarie, strutturalmente pensate per favorire il settore agricolo, e di trasformazione della forma societaria, fiscalmente neutrali. In tutti i casi in realtà, si è dimostrato che la misura non era vantaggiosa.

di politica economica generale, ad esempio, ricerca, sviluppo, ambiente, formazione. Tali misure non rientrano certamente nella disciplina sugli aiuti di Stato in quanto non integrano i requisiti previsti dalle norme, e non perché integrano il requisito di essere coerenti con la struttura o natura generale del sistema. In concreto però può accadere che talune imprese o talune produzioni, beneficino più di altri di alcune misure fiscali. In tal caso, occorrerà valutare se alcun principio di discriminazione risulta integrato onde dar luogo a violazione di altro principio comunitario.

2.3.4. Commenti conclusivi

La CGE si è occupata per la prima volta dell'interazione tra aiuti di Stato e misure fiscali circa trenta anni fa. Pronunciandosi in merito ad un ricorso presentato dall'Italia¹²², i giudici di Lussemburgo osservarono che le regole del Trattato non distinguono gli aiuti di Stato in base alla loro causa o scopo, bensì in base agli effetti della misura. Peraltro, in tale occasione la Corte concluse che il carattere fiscale di una misura non vale ad escluderla dall'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato.

Nel corso degli anni l'attenzione della Commissione si è concentrata sempre più nei confronti dei meccanismi di tassazione in quanto tali, tentando ridefinire con maggiore consapevolezza le condizioni di applicazione dell'articolo 107 del Trattato a questo tipo di interventi.

Tale accresciuta attenzione risiede nel fatto che, nel corso del tempo, era divenuto sempre più frequente, l'adozione da parte delle autorità nazionali di misure mediante le quali, si utilizzava la leva fiscale per differenziare la situazione di talune imprese rispetto ad altre e per conferire loro vantaggi specifici.

La ragione di tale metodologia di "contribuzione" rispetto ad altre più dirette risiede con buona probabilità nel fatto che tale forma potrebbe essere giudicata da parte dello Stato più conveniente rispetto ad altre forme di prestazioni positive.

¹²² In tal senso, CGE, sentenza del 2 luglio 1974, causa C-173/73, *Italia c. Commissione*

Peraltro, da un punto di vista di finanze pubbliche, è effettivamente più conveniente accettare un minor reddito oggi per incoraggiare investimenti e produzione di ricchezza che costituiranno le basi imponibili nel futuro.

In questa prospettiva, e' agevole comprendere perché presto la Commissione si e' trovata di fronte all'esigenza di definire in maniera più organica la disciplina degli aiuti di Stato anche in materia fiscale, avvertendo al contempo la necessità di valutare con maggiore attenzione i meccanismi fiscali intesi ad introdurre norme di favore per particolari categorie d'impresе, per nicchie di beneficiari, idonei in tal modo a determinare una dannosa concorrenza fiscale tra gli Stati membri. In tale prospettiva si inseriscono peraltro il "Pacchetto Monti" e tutte le misure intese ad eliminare ogni forma di concorrenza fiscale dannosa all'interno del mercato interno europeo.

Prescindendo dai criteri che devono essere presenti affinché una misura sia qualificata come aiuto di Stato, si osserva che laddove sia costitutiva di un vantaggio per il suo beneficiario, può sottrarsi al divieto comunitario ove lo Stato membro sia in grado di dimostrare che detta misura sia giustificata dalla natura o dalla struttura generale del sistema nel quale si inserisce. In altri termini, può accadere che la logica interna del sistema fiscale in cui si inserisce la misura permetta di trattare diversamente due situazioni. In tal modo, ciò che a prima vista può sembrare un vantaggio è in realtà l'indispensabile adattamento del sistema impositivo ad un particolare caso di applicazione. La differenziazione deve attenere alla logica della misura o alla tecnica impositiva, e non soltanto alle finalità perseguite dal legislatore nazionale.

Questo breve quadro rende una minima idea della peculiarità e della delicatezza della materia sin qui illustrata, nella quale molteplici sono i soggetti e gli interessi coinvolti. Sicuramente, un ruolo di rilievo è svolto dalla Commissione verso la quale, da più parti, si è mossa la critica di tentare la via dell'armonizzazione fiscale in materia diretta giusta il tramite dei suoi ampi poteri in materia.

In realtà tali accuse possono apparire gratuite in quanto gli articoli 107 e seguenti del Trattato in materia di aiuti di Stato, non hanno nulla a che fare con il

processo di armonizzazione, sebbene le iniziative stesse della Commissione, nonché gli interventi giurisprudenziali della CGE mettono in rilievo il fatto che la materia fiscale nazionale non sfugge alle regole comunitarie ed in particolare, al rispetto dei principi ivi sanciti.

CAPITOLO 3

3. LE NUOVE TENDENZE

3.1 Premessa: la crisi finanziaria

La crisi economico-finanziaria iniziata negli Stati Uniti, che dalla seconda metà del 2008 sta interessando in maniera globale tutti gli altri sistemi economici e finanziari, ha interessato anche l'ordinamento europeo, in particolare con riferimento alle misure di aiuto quivi previste, nel tentativo di sostenere le imprese e l'occupazione nell'economia reale.

Infatti, il Commissario alla concorrenza, Neelie Kroes, in occasione della conferenza tenutasi a Bruxelles il 21 novembre 2008 avente ad oggetto l'analisi dello stato di avanzamento del processo di riforma della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato, ha tenuto a precisare che il Piano di azione sugli aiuti di Stato costituisce la *roadmap* per la riforma e per la ripresa economica, senza che ciò debba costituire – in ogni caso - una corsa ai sussidi.

Con riferimento alle azioni adottate a livello europeo in materia di aiuti di Stato, preme rilevare che, già il 26 novembre 2008 la Commissione¹²³ con apposita comunicazione, “*A European Economic Recovery Plan*”, aveva indicato talune misure e interventi, ritenuti utili al superamento della crisi. Nel dettaglio, tale piano poggiava le sue basi su due modalità di risposta alla forte decelerazione economica e finanziaria riscontrata: la prima di breve termine, destinata a rilanciare la domanda, salvare posti di lavoro e contribuire a far rinascere la fiducia, la seconda, di più lungo termine, indirizzata ad incentivare investimenti “intelligenti” al fine di garantire crescita e prosperità più durature.

Con tale Piano la Commissione si è mostrata disponibile a riconoscere la necessità di interventi pubblici di supporto alle imprese per sostenere occupazione e

¹²³ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo, COM (2008) 800 “*Un piano europeo di ripresa economica*”,.

produzione, evitando al contempo la concessione di aiuti di Stato meno consistenti e mirati. Per cui, se da un lato il “*Recovery Plan*” del 2008 ha previsto iniziative volte a consentire un’applicazione più flessibile delle regole concernenti gli aiuti di Stato, dall’altro lato ha permesso di avvertire presto l’esigenza di un ulteriore intervento, sotto forma di un pacchetto di misure¹²⁴, confluite definitivamente nella comunicazione n. 2009/C 83/01. Tale comunicazione si è posta l’obiettivo di offrire un quadro più preciso al regime “derogatorio” degli aiuti di Stato richiesto dalla contingente situazione economico-finanziaria.

Innanzitutto è stata varata una sorta di “maxi de minimis”, in base alla quale le amministrazioni pubbliche potranno concedere aiuti alle imprese sino all’importo complessivo di 500 mila euro. Gli altri interventi riguardano: garanzie pubbliche per l’accesso ai prestiti, prestiti agevolati ovvero bonifici e infine, la possibilità di intervenire in maniera più incisiva nel capitale di rischio delle imprese con fondi pubblici.

Le misure ivi contemplate sono giudicate compatibili con il mercato interno, sempre che lo Stato membro sia in grado di dimostrare che siano “*necessarie, adeguate, proporzionate per porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro e che sono rispettate tutte le condizioni*”.

La Commissione, pur riconoscendo che gli aiuti di Stato non siano una “*cura miracolosa*” contro le attuali difficoltà, ha ammesso che un sostegno pubblico alle imprese rappresenta un impegno globale necessario per il conseguimento del duplice obiettivo di sbloccare i prestiti alle imprese e di incoraggiare il mantenimento degli investimenti in un futuro di economia sostenibile.

Tale comunicazione attesta evidentemente la sensibilità delle istituzioni dell’Unione alle criticità che il mercato non è in grado di superare e che è necessario, piuttosto, affrontare con quegli strumenti, generalmente considerati

¹²⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione n. 2009/C 83/01: “*Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell’accesso al finanziamento nell’attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*”, pubblicato in GU il 7 aprile 2009

distorsivi della concorrenza, che in circostanze ben determinate possono supplire laddove la regola della concorrenza invece presenta dei limiti.

Senza affrontare nel dettaglio gli aspetti tecnici delle accennate misure, l'osservazione che pare opportuno formulare è quella di apprezzare l'attenzione della Commissione e la sua volontà di piegare la normativa in tema di aiuti di Stato, sebbene la Commissione stessa ha sottolineato il carattere "temporaneo" delle misure caratterizzate dalla principale finalità di rispondere ad una richiesta da parte di un mercato in evidente crisi.

Anche l'Italia si è attivata concretamente per dare attuazione al "*Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica*". Infatti, è stato pubblicato lo scorso 9 giugno 2009 il decreto del presidente del Consiglio, atto a definire le modalità applicative e le tipologie di aiuti, in base a quanto disposto dalla citata comunicazione della Commissione.

Nella specie, il Governo italiano ha, dunque, ritenuto necessario impartire apposite direttive alle amministrazioni, al fine di uniformare i loro eventuali interventi per il sostegno degli investimenti, della crescita e dell'occupazione, che possono essere autonomamente adottati da diverse autorità pubbliche, comprese le Regioni.

Per quanto concerne le modalità applicative, il decreto prevede che la concessione delle misure di aiuto ivi previste sia subordinata alla verifica in capo alle imprese beneficiarie di obiettive condizioni di difficoltà alla data del 30 giugno 2008, e purché le imprese non abbiano già ricevuto e, successivamente, non rimborsato, aiuti che lo Stato è tenuto a recuperare, in esecuzione di una decisione UE.

Per quanto concerne le tipologie di aiuto, il decreto prevede che:

- i) gli aiuti previsti devono essere contenuti nel limite massimo di 500 mila euro, calcolato al lordo di eventuali imposte;

- ii) gli aiuti sotto forma di garanzie dovranno avere un importo massimo non superiore, per le imprese costituite entro il 1° gennaio 2008, alla spesa salariale annuale complessiva del beneficiario per il 2008 e, per le imprese costituite dal 1° gennaio 2008, alla spesa salariale annua prevista per i primi due anni di attività;
- iii) gli aiuti sotto forma di tasso d'interesse agevolato dovranno, invece, essere erogati rispettando un complesso limite fissato dal decreto (agganciato al tasso overnight rilevato dalla Banca centrale europea).

3.2 La riaffermazione della sovranità Statale

3.2.1. Il federalismo fiscale

La Commissione¹²⁵ ha più volte mostrato un atteggiamento di chiusura nei confronti delle istanze di federalismo fiscale e in particolare verso le problematiche emergenti in merito alla compatibilità di tale sistema con la disciplina sugli aiuti di Stato. Quanto appena detto è stato confermato da un'affermazione della stessa Commissione, secondo cui *“l'autonomia dell'autorità regionale che concede benefici non è stata mai considerata come un elemento che consentisse di escludere la qualificazione di aiuti”*¹²⁶.

In materia è intervenuta anche la CGE¹²⁷ con un'importante sentenza con la quale i giudici di Lussemburgo hanno provato a fare chiarezza sul potenziale conflitto tra la disciplina sugli aiuti di Stato e le scelte interne ai singoli Stati Membri, in merito alla diversificazione del prelievo fiscale su base territoriale, in attuazione dei modelli di federalismo fiscale¹²⁸.

¹²⁵ Si veda Decisione della Commissione n. 93/337/CEE del 10 maggio 1993, relativa ad un sistema di aiuti fiscali agli investimenti nel Paese Basco; Decisione della Commissione n. 2003/442/CE dell'11 dicembre 2002 relativa al sistema di tassazione nella Regione Autonoma delle Azzorre.

¹²⁶ In tal senso, Decisione della Commissione n. 2003/442/CE cit.

¹²⁷ Si veda CGE, causa C-88/09 del 6 settembre 2006

¹²⁸ Cfr. A. Carinci, *“Autonomia impositiva degli enti sub statali e divieto di aiuti di Stato”* in Rassegna Tributaria, n. 5/2006, pag. 1785

Anzi, non è errato affermare che tale sentenza ed i suoi effetti, potrebbero determinare conseguenze nel dibattito sul federalismo fiscale, e per quanto riguarda l'Italia, nell'assetto federalistico che si sta costruendo¹²⁹.

La vicenda oggetto di pronuncia trae origine da un ricorso presentato dalla Repubblica Portoghese avverso la decisione della Commissione¹³⁰, con la quale è stato giudicato incompatibile con il mercato comune l'adeguamento del sistema nazionale portoghese alle specificità della regione Autonoma delle Azzorre.

Nel dettaglio, la Regione delle Azzorre, nell'esercizio della propria potestà impositiva, nella sua veste di regione autonoma, dotata di un proprio statuto politico-amministrativo e di proprie entrate fiscali (accanto a una parte di entrate provenienti dallo Stato), aveva introdotto una riduzione generale delle aliquote sulle imposte sul reddito riservata a tutte le imprese operanti nella Regione.

Nello specifico, tale adeguamento è stato considerato aiuto di Stato, solo con riferimento ad una individuata categoria di beneficiari: le imprese aventi ad oggetto della propria attività, la prestazione di servizi finanziari ovvero infragruppo. La Commissione ha motivato tale censura sostenendo che il trattamento *de qua* non era giustificato per tali soggetti tenuto conto del contributo allo sviluppo regionale reso dagli stessi.

Peraltro, in quest'occasione, la Commissione ha tenuto a precisare che la delimitazione territoriale dell'ambito di applicazione di una determinata misura è di per sé sufficiente a integrare un'ipotesi di selettività territoriale e come tale incompatibile, in quanto rappresentativa di un regime più favorevole rispetto a quello vigente nel territorio dello Stato.

La preoccupazione della Commissione, in realtà, è stata evidentemente quella di rinvenire, dietro il paravento del decentramento istituzionale, il tentativo di indebolire il rigore del regime sugli aiuti di Stato, e così depotenziare l'efficacia del

¹²⁹ In tal senso, A. Fantozzi, "L'Europa ipoteca il federalismo fiscale" in Il Sole "4 ore del 28 settembre 2009.

¹³⁰ Decisione della Commissione n. 2003/442/CE cit.

divieto comunitario. Alla luce di quanto appena affermato è comprensibile l'affermazione per cui *“l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato a benefici fiscali di portata regionale deve rispondere a criteri oggettivi e non può essere condizionata da un elemento meramente istituzionale, com'è l'applicazione, in un determinato momento, di un'autonomia fiscale più o meno ampia a favore di un'autonomia infrastatale con una portata territoriale più o meno estesa¹³¹”*.

La CGE ha confermato la decisione della Commissione, ma le sue conclusioni poggiano su argomentazioni differenti, dall'indubbia portata innovativa in materia.

Nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo hanno contestato l'operato della Commissione, in particolare nel punto in cui affermano che una misura selettiva sarebbe tale per il solo fatto di essere applicabile con riferimento ad una zona geografica limitata. Al contrario, la Corte ha sottolineato che non si può escludere la possibilità di individuare un contesto differente, laddove *“un'entità infrastatale sia dotata di uno statuto di fatto e di diritto che la renda sufficientemente autonoma rispetto al governo centrale dello Stato membro”*.

La Corte ha ripreso le indicazioni formulate dall'Avvocato Generale¹³² e ha suggerito l'elaborazione di un test, in merito alla verifica della piena autonomia da parte di un ente sub-statale su tre livelli:

- i) istituzionale, che si realizza laddove l'ente sia dotato di uno statuto politico ed amministrativo autonomo, distinto da quello dell'autorità centrale;
- ii) procedurale, che si realizza quando l'autorità centrale non ha alcun potere di intervenire sulle decisioni adottate dall'ente;

¹³¹ Decisione della Commissione n. 2003/442/CE cit.

¹³² Si veda, Conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed, presentate il 20 ottobre 2005, causa C-88/03, *Repubblica Portoghese c. Commissione*, punto 54.

- iii) finanziario, che si realizza laddove ogni scelta sul bilancio dell'ente non risulta compensata da sovvenzioni o contribuzioni dall'autorità centrale.

Nel caso analizzato, a seguito della verifica dei citati indici, la Corte ha in rigettato il ricorso del Portogallo, perché, la fattispecie analizzata difettava del requisito dell'autonomia finanziaria, invero, la Corte aveva riscontrato, a livello centrale, un meccanismo di compensazione della riduzione di gettito determinata dalla misura introdotta. Tale modalità di compensazione da parte del governo statale rendeva la misura, non già selettiva, ma atta a configurare un vero e proprio "vantaggio" e come tale, vietato alla luce della disciplina sugli aiuti di Stato.

Da quanto sin qui detto emerge che, la Corte ha sviato l'attenzione dall'esame del trasferimento degli incentivi alle imprese a quello dei trasferimenti delle perdite di gettito ai bilanci locali. In tal senso, riduzioni fiscali locali alle imprese, seppur non settoriali, non potranno eludere la qualificazione d'aiuto di Stato anche quando espressivi di un'effettiva autonomia fiscale, se esistono trasferimenti tra Stato ed ente locale¹³³.

Ancor più di recente, la Corte è nuovamente intervenuta e ha precisato le condizioni di ammissibilità della fiscalità di vantaggio rispetto al diritto comunitario¹³⁴.

La nuova pronuncia ha riguardato talune disposizioni adottate dalle Province Basche dirette a prevedere una riduzione dell'aliquota sull'imposta sulle società e speciali detrazioni per investimenti produttivi e/o di risparmio energetico e tutela ambientale.

In quest'occasione, la Corte ha precisato e integrato quanto già affermato nella sentenza del 2006. Con riferimento al requisito dell'autonomia istituzionale,

¹³³ In tal senso, P. Rossi, "*Quei confini labili della fiscalità di vantaggio*" in Il Sole 24 ore del 14 Settembre 2006.

¹³⁴ Si veda, CGE, sentenza cause riunite C 428/06 e C434/06 del 11 settembre 2008.

ha affermato che non viene lesa in virtù di un eventuale riconoscimento in seno all'ordinamento di principi di solidarietà e armonizzazione fiscale fra i diversi livelli di governo. Inoltre ha puntualizzato che il requisito dell'autonomia decisionale, non esclude che siano adottati procedimenti di concertazione. Da ultimo, per quanto riguarda l'autonomia finanziaria, ha specificato che la semplice presenza di trasferimenti perequativi non determina la qualificazione di una misura come aiuto di Stato, al contrario, è necessario che non sia riscontrata una vera e propria compensazione, intesa come nesso di causa-effetto tra le misure fiscali adottate dagli enti sub-statali e i trasferimenti specifici effettuati dal governo centrale.

Questa sentenza presta il fianco a talune riflessioni sulla “fiscalità di vantaggio” alla luce dell'esperienza italiana di federalismo fiscale.

In Italia, la rilevanza di misure fiscali incentivanti a livello locale trova la sua ragione nel disegno di legge di delega in materia di federalismo fiscale, che prevede che gli enti locali possono, entro i limiti fissati dalla legge, disporre del potere di modificare le aliquote dei tributi loro attribuiti dalle leggi ed inoltre introdurre agevolazioni. Tale potere va in ogni caso coordinato con le norme vigenti a livello comunitario e, in particolare, con quelle in materia di aiuti di Stato e con gli orientamenti delle istituzioni comunitarie.

Come affermato in precedenza, la Commissione ha da sempre mantenuto una posizione restrittiva in materia di fiscalità di vantaggio - confermata anche dalla Corte – intesa a considerare misure di tal genere, potenzialmente lesive degli equilibri della concorrenza all'interno del mercato europeo¹³⁵.

¹³⁵ Si veda in tal senso, Legge Regionale della Sicilia n. 21 del 29 dicembre 2003 e Legge regionale n. 17 del 31 dicembre 2004, atte a introdurre un'esenzione quinquennale a determinate imprese in Sicilia. La Commissione, con decisione del 7 febbraio 2007 ha stabilito che le esenzioni fiscali in questione potrebbero alterare la concorrenza all'interno del mercato UE. Nello stesso senso, si veda CGE dell'11 settembre 2008, cause riunite C -428/06 e C-434/06.

D'altro lato recenti orientamenti non escludono che le Regioni possano svolgere autonome politiche attraverso forme di fiscalità territoriale di sviluppo, mediante la leva fiscale, purché non ci siano nella specie compensazioni occulte¹³⁶.

Quanto sopra viene sottolineato ancora una volta, in quanto l'attuale formulazione dell'articolo 15 del disegno di legge delega prevede il trasferimento di risorse statali aggiuntive a favore degli enti locali. Pertanto, per come formulata la normativa italiana, laddove siano introdotte norme fiscali "di vantaggio" non escludiamo potenziali contrasti con il divieto comunitario degli aiuti di Stato. Peraltro, il meccanismo della fiscalità di vantaggio si presenta come strumento alternativo alla spesa pubblica diretta a favore dello sviluppo di un determinato territorio e in quanto tale, presuppone la redistribuzione delle risorse a livello centrale. Pertanto, un siffatto meccanismo può evidentemente entrare in collisione con il principio dell'autonomia finanziaria dell'ente locale¹³⁷, così come è stata prospettata dalla CGE¹³⁸.

La questione del federalismo fiscale (e della sua attuazione in Italia) deve misurarsi sia con le questioni relative al suo legame con la fiscalità di vantaggio e gli aiuti di Stato prima delineati, ma anche con esperienze presenti in altri paesi UE.

In particolare, i sistemi attuati in Spagna e Belgio, paesi con realtà autonomistiche molto accentuate, possono fornire utili spunti alla definizione di norme che possano evitare censure di fonte comunitaria.

In particolare, i capisaldi del federalismo fiscale italiano, corroborato dalla esperienza fatta in altri paesi UE si basano su:

- (i) una ragionevole ripartizione dei presupposti di imposta tra Stato, Regioni ed enti locali che eviti contrapposizioni e coinvolga le regioni

¹³⁶ In tal senso, L. Antonini e M. Barbero, "UE, perequazione ammessa con la fiscalità di vantaggio" in Il sole 24 ore del 21 settembre 2008.

¹³⁷ In tal senso, F. Amatucci, "Il divieto di aiuti fiscali quale limite allo sviluppo delle imprese", in Corriere Tributario n. 13/2009.

¹³⁸ Vedi CGE, causa C-88/03 cit.

nelle relative scelte. In particolare la legge delega sul federalismo cerca di escludere possibili doppie imposizioni (regionale e statale) sul medesimo presupposto d'imposta, evitando conflitti tra i sistemi impositivi;

- (ii) una autonomia tributaria degli enti locali;
- (iii) regole di perequazione fiscale che nel rispetto del principio dell'autonomia rispettino i principi di uguaglianza e solidarietà. In tale ambito è necessario trovare un equilibrio tra la stabilità delle fonti di finanziamento degli enti locali con la istituzione di tributi propri per assicurare l'autonomia e la necessità di ripartire risorse finanziarie tra le regioni e gli enti locali per attuare i principi di uguaglianza e solidarietà. La presenza di forti sperequazioni economiche tra le regioni italiane rende complessa, ma non irrealizzabile, l'attuazione di un modello federale.

3.2.2. Manovre nazionali di “scudo fiscale”

Un'efficace politica della concorrenza è essenziale ai fini della realizzazione del mercato interno europeo, il cui obiettivo primario è quello di consentire alle imprese di competere a parità di condizioni sui mercati di tutti gli Stati membri. In tale quadro si inserisce la disciplina sugli aiuti di Stato.

Come già descritto, l'articolo 107 del TFUE dichiara incompatibili con il mercato interno gli aiuti concessi dagli Stati al fine di favorire talune imprese o produzioni, in quanto rischiano di falsare la concorrenza negli scambi tra Stati membri.

La Commissione e la CGE hanno dato un'interpretazione molto ampia del concetto di aiuto, che può essere concesso sotto qualsiasi forma.

Riconosciuta tale ampiezza alla nozione di aiuto di Stato, ben si comprende perché in tale fattispecie ha rischiato di essere inquadrata anche la legislazione “condonistica” adottata dall'Italia in materia IVA.

Nel caso di specie, la Commissione con parere motivato datato 13 ottobre 2004, con espresso riferimento alle misure fiscali di condono varate con la Legge del 27 dicembre 2002, n. 289 (Legge Finanziaria del 2003), aveva affermato che *“offrendosi in modo espresso e generale di rinunciare all'accertamento dell'attività economica effettuata nel corso di una serie di periodi di imposta precedenti, la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli articoli 2 e 22 della VI direttiva in materia di IVA in combinato disposto con gli articoli 10 e 249 del Trattato CE (ora articolo 4 e articolo 288 del TFUE)”*. Per conseguenza, la stessa Commissione aveva ingiunto all'Italia di conformarsi al parere, adottando le misure a tal fine necessarie.

Non essendo stata data esecuzione all'ingiunzione, la Commissione ha presentato ricorso alla CGE¹³⁹.

Nel pensiero della Commissione, tali misure hanno permesso la regolarizzazione di una serie di imposte non corrisposte, inclusa l'Iva, in cambio di una sorta di immunità dai controlli fiscali.

Le accuse della Commissione si fondano sulla evidente circostanza che, in base alle previsioni della sanatoria fiscale, gli accertamenti fiscali, anche in presenza di provate irregolarità, risultano preclusi a fronte del pagamento di una mera somma forfetaria, stabilita con le modalità previste in relazione a ciascun tipo di imposta regolarizzata e in virtù di una dichiarazione che sia stata regolarmente presentata.

Le regole contestate dall'Esecutivo UE sarebbero contravvenute all'obbligo da parte degli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare il

¹³⁹ Ai sensi dell'articolo 258 del TFUE, quando la Commissione reputa che uno Stato membro è contravenuto a uno degli obblighi previsti dal Trattato stesso, emette un parere motivato sul punto, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Se lo Stato in causa non si conforma a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, quest'ultima può adire la CGE. Si parla a tal proposito di ricorso "per inadempimento", e tale è quello instaurato innanzi alla CGE sulle disposizioni di cui alla legge 289/2002, concluso con l'accertamento della violazione di taluni obblighi comunitari da parte dello Stato italiano

regolare assolvimento delle imposte in ossequio a quanto previsto dalla VI Direttiva in materia IVA. Peraltro, in tal modo la rinuncia all'attività di accertamento e riscossione di eventuali importi supplementari configurerebbe un rischio per il corretto funzionamento del sistema armonizzato e la corretta riscossione delle risorse proprie della Comunità (notoriamente costituita da una percentuale della base dell'imponibile dell'Iva).

Per onor di cronaca, la CGE¹⁴⁰ ha accolto il ricorso proposto dalla Commissione contro l'Italia e ha dichiarato l'"illegittimità" del condono fiscale previsto dalla Finanziaria del 2003.

In sostanza, la Corte ha rilevato che ogni Stato membro ha il dovere di adottare tutte le misure idonee a garantire che l'Iva sia interamente riscossa sul proprio Territorio. Il margine di discrezionalità a loro riconosciuto per garantire il rispetto degli obblighi a carico dei soggetti passivi, incontra un limite nell'obbligo di garantire una riscossione effettiva delle risorse proprie della Comunità e nella necessità di *"non creare differenze significative nel modo di trattare i contribuenti [...] sia all'interno di uno degli Stati che all'interno di tutti loro"*.

Ciò che interessa rilevare in questa sede è l'orientamento espresso da certa dottrina in merito al rischio di qualificazione giuridica della sanatoria IVA censurata dalla CGE alla stregua di aiuto di Stato¹⁴¹.

Le conseguenze di una tale interpretazione sarebbero particolarmente onerose in quanto produrrebbero l'effetto di coinvolgere anche le sanatorie previste

¹⁴⁰ La CGE con la sentenza del 17 luglio 2008, Causa C-132/06, ha dichiarato illegittimi gli artt. 8 e 9 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 alla luce dell'articolo 4, paragrafo 3, periodo 2 del TUE, che sancisce che *"Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione"*, inoltre l'ultimo periodo del citato articolo prevede che: *"Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da . qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione"*.

¹⁴¹ In tal senso, G. Falsitta *"Il condono IVA sotto scacco davanti alla Corte di Giustizia comunitaria"* il Il Fisco n.17 del 24 aprile 2006, pag. 1-2531 cit.; B. Santacroce, *"Condoni IVA, effetti a catena"* in Il Sole 24 ore del 20 ottobre 2004.

in materia di imposizione diretta, atteso che su questo punto la Corte di Giustizia¹⁴² si è pronunciata riconoscendo che, qualunque riduzione, in via derogatoria, delle imposte dirette sulle imprese viene considerata aiuto di Stato.

Come peraltro osservato¹⁴³, il regime condonistico in questione pare violare il principio cardine della libera concorrenza, in quanto avrebbe consentito ai fruitori, di ottenere sconti elevatissimi e di praticare sul mercato prezzi inferiori rispetto alle imprese operanti in regime normale.

Si comprendono gli effetti di una simile qualificazione alla luce della disciplina e degli aspetti procedurali già delineati.

Da un punto di vista procedurale, la legislazione condonistica, nella fase di “progetto di aiuto” non avrebbe costituito l’oggetto di preventiva approvazione da parte della Commissione secondo quanto previsto dall’articolo 108, paragrafo 3. In tal caso, la naturale conseguenza di un aiuto unilateralmente attuato senza l’approvazione della Commissione sarebbe il suo recupero presso il beneficiario.

Nella prospettiva appena delineata, i beneficiari degli aiuti sarebbero esposti al rischio di essere trascinati di fronte ai tribunali nazionali da parte dei loro concorrenti, non beneficiari delle varie misure di condono, per essere condannati all'immediata restituzione dell'imposta condonata.

Inoltre, la questione sembra delicata in quanto nel suo parere motivato la Commissione ha già sostenuto che il condono IVA dell'Italia provocherebbe distorsioni alla concorrenza in quanto il principio d'equità vieterebbe che operatori economici ricevano per le stesse operazioni economiche un trattamento differente in materia di accertamento, liquidazione e riscossione dell'Iva. Questo legittimerebbe la conclusione che la Commissione ha considerato la misura come un vantaggio fiscale derogatorio.

¹⁴² In tal senso CGE, sentenza causa C-173/73 *Italia c. Commissione*

¹⁴³ In tal senso, G. Falsitta, *Il condono IVA sotto scacco davanti alla Corte di Giustizia comunitaria*, cit

Inoltre, si evidenzia una decisione della Commissione del novembre 2001 che pare fornire qualche orientamento in più circa l'applicazione delle regole in materia d'aiuti statali ai condoni o regolarizzazioni fiscali. La decisione ha infatti risolto in senso favorevole all'Italia la questione della possibile qualificazione come aiuto delle misure di favore riguardanti l'emersione dell'economia sommersa prevista dalla Legge n. 383/01, constatando che il vantaggio fiscale non avvantaggiava settori predeterminati dell'economia e pertanto non era aiuto selettivo¹⁴⁴.

In effetti, la nozione d'aiuto statale proibito discende direttamente dal Trattato, non potendo in alcun modo essere ristretta dall'apprezzamento della Commissione. Circa la nozione di selettività, la giurisprudenza della Corte qualifica come aiuto qualsiasi vantaggio derogatorio che produce il mero risultato di avvantaggiare certe imprese indipendentemente dal suo obiettivo. Quindi, sarebbe influente ai fini della qualificazione di una misura come aiuto il fatto che il legislatore intenda beneficiare un settore specifico dell'economia, mentre è sufficiente che la misura statale, di fatto, discrimini tra operatori in condizioni comparabili, senza che tale discriminazione sia giustificata dalla natura o dalla tecnica del sistema fiscale come, ad esempio, favorire l'emersione degli imponibili e favorire la riscossione.

In ossequio ai principi comunitari sopra discussi espressi dalla CGE, si osserva che il medesimo tema è stato posto all'attenzione del Governo¹⁴⁵, con riferimento ad una ancor più recente manovra nazionale di scudo fiscale¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Vedi Decisione della Commissione Europea C(2001) 3455 fin del 13 novembre 2001, avente ad oggetto l'aiuto di Stato N674/2001-Italia: misura per la regolarizzazione dell'economia sommersa

¹⁴⁵ Si veda in tal senso, *question time* proposta all'attenzione del sottosegretario all'Economia Daniele Molgora e sua risposta del 21 ottobre 2009. La domanda proposta nel *question time* prendeva le mosse dalla Circolare 43/E/2009 dell'Agenzia delle Entrate che afferma che lo scudo fiscale preclude gli accertamenti anche con riferimento ai tributi diversi dalle imposte sui redditi sempreché si tratti di accertamenti relativi ad imponibili riferibili alle attività oggetto di emersione. Tale affermazione poneva dubbi sulla copertura ai fini IVA, in base ai principi comunitari già espressi dalla CGE nella Causa C-132/06 del 17 luglio 2008. Il Sottosegretario ha risposto che il funzionamento dello scudo fiscale non preclude in via automatica e

Nello specifico, il recente scudo fiscale permette la regolarizzazione delle attività patrimoniali e finanziarie detenute fuori dal territorio dello Stato mediante l'applicazione di un'imposta straordinaria ai fini delle imposte dirette e dell'IVA e la presentazione di una dichiarazione riservata atta a evidenziare le attività rimpatriate ovvero regolarizzate. Mette conto rilevare che, l'imposta può essere corrisposta a condizione che le stesse attività siano:

- i) rimpatriate in Italia da Stati non appartenenti all'Unione Europea; ovvero,
- ii) emerse attraverso la regolarizzazione, in alternativa al rimpatrio, quando detenute da Stati dell'Unione Europea e in Stati aderenti allo SEE che garantiscono un effettivo scambio di informazioni.

Si evidenzia infine che il regime fiscale in questione ha una mera portata retroattiva, in quanto, rivolto agli investimenti detenuti all'estero alla data del 31 dicembre 2008, in violazione degli obblighi di monitoraggio fiscale.

Per tale fattispecie, non è stato riscontrato alcun contrasto con la normativa comunitaria in base all'orientamento emerso in occasione del condono IVA precedentemente illustrato, in quanto, diversamente, lo scudo fiscale recentemente delineato dal Governo italiano, non si presenta come una rinuncia generalizzata ed indiscriminata all'accertamento di operazioni imponibili e pertanto, non pare in contrasto con i principi che, invece, hanno portato la CGE a censurare il precedente condono¹⁴⁷.

generalizzata gli accertamenti, al contrario, questi vengono concretamente effettuati per verificare la riconducibilità dei maggiori imponibili accertati alle attività regolarizzate.

¹⁴⁶ Si veda l'articolo 13 bis della Legge n. 78 del 1° luglio 2009, convertito con modificazione dalla Legge n. 109 del 3 agosto 2009.

¹⁴⁷ In tal senso, B. Santacroce, "Il fisco: lo scudo non è un condono", in *Il Sole 24 ore* del 22 ottobre 2009.

Vanno peraltro rilevati alcuni potenziali aspetti critici, evidenziati in dottrina¹⁴⁸, in particolare con riferimento alla sua compatibilità con taluni principi del diritto comunitario connessi alla libera circolazione dei capitali.

In particolare, è stato evidenziato che, il pagamento di un'imposta straordinaria per sanare la violazione contemplata dalla norma (i.e. emersione delle attività finanziarie e patrimoniali detenute fuori dal territorio dello Stato al 31 dicembre 2008) potrebbe costituire un mezzo di discriminazione arbitraria e una restrizione dissimulata al libero movimento di capitali e dei pagamenti previsto dall'articolo 63 del TFUE. Tuttavia, attesa la natura retroattiva della "tassazione discriminatoria" è stato anche evidenziato che la tassazione straordinaria di specie, stante il suo carattere retroattivo, non è idonea a configurare una forma di restrizione di una delle libertà fondamentali tutelate dal Trattato.

A diverse conclusioni invece giunge parte della dottrina¹⁴⁹ con riguardo all'ulteriore aspetto previsto dalla norma, con riferimento all'obbligo del rimpatrio per le attività finanziarie e patrimoniali, detenute al di fuori dell'UE. Invero, in tale ipotesi, l'obbligo al rimpatrio potrebbe essere censurato come restrizione ingiustificata al movimento di capitali nei confronti di Paesi terzi e certi paesi appartenenti allo SEE. Invero, in tale ipotesi pare non siano ravvisabili giustificazioni ad una tale restrizione (per esempio, finalità antielusive ovvero motivi di interesse pubblico contrari all'interesse pubblico) ed eventuali censure, esporrebbero l'Italia a responsabilità legate all'inadempimento degli obblighi comunitari previsti dal Trattato già discussi.

¹⁴⁸ Si veda in tal senso il contributo di P. Rossi Maccanico, "*Compatibilità comunitaria dello scudo fiscale*" in *Il fisco* n. 37 del 12 ottobre 2009, pagg. 1-6073.

¹⁴⁹ Cfr, Rossi-Maccanico, *idem*.

3.2.3. Le norme antiabuso

In tema di abuso del diritto, vi è nutrita giurisprudenza della CGE che disconosce il diritto a trattamenti fiscali di vantaggio, quando siano conseguiti con comportamenti elusivi¹⁵⁰.

Il principio generale anti-abuso in ambito comunitario è stato affermato con due importanti sentenze in ambito doganale e IVA¹⁵¹, dove i giudici di Lussemburgo hanno evidenziato che ove sia riscontrato un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che hanno determinato quel comportamento.

In Italia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁵² ha prontamente recepito l'orientamento appena accennato, e ha poi esteso il principio comunitario del divieto di abuso del diritto dal settore dell'Iva a quello delle imposte dirette.

La trasposizione del divieto comunitario di abuso nell'ambito delle imposte dirette incontra però due ostacoli. Da un lato, la giurisprudenza europea ha affermato il divieto di abuso in materia doganale e in campo Iva, ossia in due ambiti che appartengono alla competenza del legislatore comunitario, mentre la materia della fiscalità diretta è notoriamente riservata agli Stati membri; d'altro lato, la

¹⁵⁰ Sul punto, Luja R. “*Anti tax avoidance rules and fiscal trade incentives*” in Intertax, Volume 28, Issue 6-7, anno 2000.

¹⁵¹ Vedi CGE, Grande Sezione, sentenza *Halifax*, causa C-255/02 del 21 febbraio 2006. Nella specie si trattava di stabilire, ai fini IVA, se possa essere considerato abuso del diritto (o di forme giuridiche) una separata conclusione di contratti di locazione finanziaria (leasing), di finanziamento, di assicurazione e di intermediazione, avente come risultato la soggezione a IVA del solo corrispettivo della concessione in uso del bene, laddove la conclusione di un unico contratto di leasing, secondo la prassi e l'interpretazione della giurisprudenza nazionale, comporterebbe l'imponibilità IVA dell'intero corrispettivo. Inoltre, si veda, Corte di Giustizia, sentenza del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Staarke GmbH c. Hauptzollamt Hambrug-Jonas* in cui sono state ritenute abusive le c.d. operazioni di esportazioni “a U” nelle quali, al fine di usufruire della restituzione di dazi doganali per l'esportazioni di prodotti agricoli, le merci vengono consegnate al destinatario estero e da questi immediatamente restituite, senza alcuna utilizzazione all'esportatore.

¹⁵² Si veda, Corte di Cassazione, Sezione V, sentenza n. 21221 del 29 settembre 2006.

giurisprudenza europea si riferisce all'abuso avendo riguardo a norme comunitarie, non già all'abuso di norme nazionali. Al contrario, la Cassazione ha sostenuto che i principi affermati nella sentenza Halifax, sebbene si riferiscano a un campo impositivo di competenza comunitaria, sarebbero applicabili anche al settore della fiscalità diretta, di competenza di ciascuno Stato, in considerazione del fatto che ciascuno Stato deve "esercitare tale competenza nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel Trattato"¹⁵³.

Fatta questa breve premessa, cerchiamo di mettere in luce le interazioni tra le argomentazione sin qui sollevate e la materia degli aiuti di Stato.

A tale scopo limitiamo l'analisi alle misure speciali introdotte con specifico riferimento al settore cooperativo nell'ordinamento italiano, rilevando che tali norme sono comuni anche ad altre legislazioni europee. La fattispecie accennata ci permette di affrontare il tema dell'abuso del diritto, sollevata nell'ambito della disciplina sugli aiuti di Stato.

In generale, il regime fiscale delle cooperative in Italia è caratterizzato da alcune misure speciali, atte a riconoscere i caratteri peculiari della cooperazione e il valore sociale della stessa. Tale *favor* è riconosciuto anche in ambito fiscale, in virtù di una serie di disposizioni che garantiscono alle società cooperative forme di riduzione del prelievo fiscale.

Va tuttavia rilevato che – in ambito comunitario - la Commissione ha da sempre assunto una posizione precisa sul riconoscimento della funzione sociale della cooperazione e sui rapporti tra tale funzione e le misure fiscali di carattere incentivante. Peraltro, il trattamento fiscale delle società cooperative è stato oggetto anche di apposite considerazioni in una Comunicazione¹⁵⁴ con la quale l'Esecutivo UE ha tenuto a precisare che le misure fiscali previste a favore delle cooperative

¹⁵³ In tal senso, F. Tesaurò, "Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario", in *Giurisprudenza Italiana*, n. 4/2008.

¹⁵⁴ Si veda, Comunicazione della Commissione Europea, COM (2004)18 in cui la "Commissione invita gli Stati membri che intendono applicare un trattamento fiscale appropriato e proporzionato per i fondi propri e le riserve delle cooperative, ad assicurarsi che queste disposizioni non creino situazioni anticoncorrenziali".

non sono di per sé contrarie ai principi comunitari, fermo restando il rispetto delle regole sulla concorrenza.

Peraltro, nella Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, la Commissione aveva già affermato che *“è impossibile riscuotere un'imposta sugli utili qualora questi non esistano. La natura del sistema fiscale può pertanto giustificare il fatto che le imprese senza scopo di lucro, quale le fondazioni e le associazioni, siano specificamente esentate dall'imposta sugli utili se effettivamente non possono conseguire profitti. Inoltre potrebbe essere giustificato dalla natura del sistema fiscale che le cooperative che distribuiscono tutti gli utili ai propri soci non siano tassate a livello della cooperativa quando l'imposta viene riscossa in capo ai soci”*.

In Italia, la questione della compatibilità delle misure fiscali speciali previste per la società cooperativa con la disciplina degli aiuti di Stato è stata posta dalla Corte di Cassazione per il tramite di tre ordinanze che ad oggi non hanno ricevuto alcuna risposta.

Pertanto, al precipuo scopo di avere maggiori certezze in materia, la Corte di Cassazione ha sottoposto la questione alla CGE attivando lo strumento del rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 del Trattato.

La volontà espressa dai giudici della Cassazione è chiaramente quella di evitare che la fiscalità delle cooperative sia suscettibile di ricadere nel divieto comunitario degli “aiuti di Stato” ed inoltre, di comprendere se l'uso del tipo cooperativo per la sola fruizione del diverso trattamento fiscale sia tale da integrare una forma di “abuso del diritto”, nell'accezione fatta propria dalla giurisprudenza comunitaria.

Per quanto riguarda la questione del presunto “abuso del diritto” comunitario tale abuso andrebbe letto più propriamente come “abuso” della forma societaria cooperativa, adottata per fini squisitamente fiscali. Come già evidenziato in precedenza, la nozione di “abuso del diritto”, da sempre presente nella giurisprudenza della CGE, ha trovato ingresso nel settore fiscale con riferimento a

talune forme di strumentalizzazione della disciplina Iva, utilizzate al solo scopo di ottenere indebiti in termini di maggior Iva sugli acquisti detraibile. Nella specie, è questo il concetto acquisito nel pensiero della Corte di Cassazione italiana.

A ben vedere, al riguardo si impongono talune considerazioni.

In primo luogo, deve evidenziarsi innanzitutto l'amplissima latitudine di operatività del concetto di "abuso del diritto" affermato dalla CGE, che fa riferimento ora un agire "elusivo" inteso come formale rispetto della legge ed al contempo, fa riferimento all'aggiramento, per il tramite di talune sequenze negoziali, ed altre volte pare ricomprendere nell'accezione *de qua* tutti quei comportamenti che, sarebbe più corretto definire come "evasivi", come le forme di simulazione o di operazioni fittizie.

Pertanto, considerata l'ampiezza della prospettiva comunitaria, potrebbe non essere errato ricondurre la forma della cooperazione societaria nell'alveo delle ipotesi dell'abuso del diritto, seppur lontana dal concetto italiano di elusione. D'altro lato, non è scorretto evidenziare che, la fruizione di un regime fiscale in assenza dei relativi presupposti sarebbe più idoneo a integrare una fattispecie di evasione e non già di elusione¹⁵⁵.

In ogni caso, la CGE ha ritenuto non sussistente il riferimento all'abuso del diritto in quanto l'abuso rileva a livello comunitario solo in relazione ai settori rientranti nella competenza della UE e quindi, alla sola fiscalità "armonizzata" o all'esercizio di diritti e libertà fondamentali.

Nel caso qui descritto, le ordinanze presentate dai giudici di Roma, si riferiscono ad un'ipotesi di eventuale abuso determinato da un regime speciale, in

¹⁵⁵ Commento di F. Pepe, Ordinanza n. 3030/2008: "*Fiscalità cooperativa ed aiuti di Stato: questioni metodologiche e problemi reali*".

materia di fiscalità diretta, ed evidentemente un ambito relativo alla fiscalità “non armonizzata”¹⁵⁶.

Orbene, in base a quanto evidenziato, possiamo concludere che l’“abuso di diritto” cui fa qui riferimento la Corte di Cassazione non è - nè può essere - quello di matrice comunitaria, essendo quest’ultimo per definizione circoscritto ai soli settori fiscali “armonizzati” e pertanto, in ordine all’applicazione la CGE non ha (né può avere) ovviamente alcuna parola in merito.

¹⁵⁶ In tal senso, M Beghin, “*L’inesistente confine tra pianificazione, elusione e abuso del diritto*”, in *Corriere Tributario* n. 22/2008 dove l’Autore evidenzia la “storpiatura” del concetto di abuso da parte della giurisprudenza di legittimità italiana, tesa ad appiattare la condotta abusiva sul mero conseguimento del vantaggio fiscale, offuscando del tutto il profilo dello sviamento rispetto ai fini della disposizione elusa.

CAPITOLO 4

4. Rassegna di recenti casi di aiuti di Stato in materia Fiscale

4.1 L'esperienza Italiana

4.1.1. Le fondazioni bancarie

La riforma degli enti creditizi risale agli inizi degli anni novanta quando si è avvertita l'esigenza primaria di separare la gestione imprenditoriale della Banca da quella dell'Ente pubblico.

Tale riforma ha avuto inizio con la Legge del 30 Luglio 1990, n. 218, (c.d. Riforma Amato) avente ad oggetto la delega al Governo atta a stabilire le modalità di attuazione di tale separazione ed il successivo Decreto Legislativo n. 356 del 20 novembre 1990, con il quale sono state previste due differenti schemi attuativi, ed in particolare: i) la trasformazione in società per azioni degli enti aventi un fondo di dotazione a struttura associativa, ovvero ii) il conferimento dell'azienda bancaria in una SpA già esistente o costituita ad hoc, anche per atto unilaterale. Tale ultima modalità veniva consentita sia per gli enti aventi un fondo di dotazione sia per quelli a struttura associativa.

Lo strumento utilizzato in via largamente prevalente è stato quello del conferimento dell'azienda bancaria in una società all'uopo costituita, di cui l'ente che residuava dallo scorporo diveniva diretto azionista, con il contestuale affidamento a quest'ultimo del perseguimento dei soli fini di interesse pubblico e di utilità sociale. Nel quadro appena delineato, va a collocarsi la figura della fondazione bancaria che perde i caratteri di ente puro creditizio per divenire un soggetto chiamato a gestire istituzionalmente, in un'ottica di interesse pubblico, una

partecipazione in un istituto bancario alla stregua di qualsiasi altra società per azione¹⁵⁷.

Taluni autori hanno tuttavia rilevato che, sebbene la Riforma Amato abbia tentato di spezzare il vincolo genetico e funzionale che legava l'ente pubblico conferente e la società bancaria, trasformando la natura giuridica del primo in persona giuridica privata senza scopo di lucro¹⁵⁸, nella prassi gli enti conferenti hanno continuato a svolgere l'attività bancaria mediante un nuovo modello organizzativo privatistico - quale è quello offerto dalle SpA - mantenendo saldamente il comando atteso che, a fronte del conferimento dell'azienda bancaria di proprietà, hanno ricevuto azioni rappresentative del medesimo titolo di proprietà. In questa prospettiva, la riorganizzazione del sistema bancario avrebbe finito per assumere i connotati di una cartolarizzazione che di fatto, non spostava gli assetti della *governance*¹⁵⁹.

Il processo diretto a liberare le banche dalle fondazioni e viceversa - non certamente agevole - è stato compiuto per il tramite di successivi ed ulteriori interventi normativi. Invero è stata emanata dapprima la Legge n. 474 del 30 luglio 1994, con la finalità di accelerare la procedura di dismissione delle partecipazioni bancarie da parte delle fondazioni e la direttiva del Ministero del Tesoro del 18 novembre 1994, e da ultimo la Legge delega n. 461 del 1998¹⁶⁰ e il successivo Decreto legislativo n. 153 del 17 maggio 1999¹⁶¹ (c.d. Riforma Ciampi).

¹⁵⁷ In tal senso, P. Laroma Jezzi, “*Regime fiscale delle fondazioni bancarie e delle operazioni di ristrutturazione del settore del credito: osservazioni in merito alla compatibilità con l’articolo 87 del Trattato istitutivo della Comunità Europea*” in *Rassegna Tributaria* 2000, pag. 817.

¹⁵⁸ In tal senso, Corte Costituzionale, sentenza n. 300/2003.

¹⁵⁹ In tal senso, V. Carbone, “*Fondazioni bancarie e agevolazioni fiscali*” in *Il Corriere Giuridico* n. 3/2009, pag. 309.

¹⁶⁰ Legge n. 461 del 23 dicembre 1998: “Delega al Governo per il riordino della disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all’articolo 11 comma 1 del D. Legislativo n. 356 del 20 novembre 1990 e della disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria”

¹⁶¹ Decreto legislativo n. 153 del 17 maggio 1999 recante la “Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti, di cui all’articolo 11 comma 1 del D. Legislativo n. 356 del 20 novembre 1990 e la disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell’articolo 1 della Legge 23 dicembre 1998, n. 461”, c.d. Riforma Ciampi

Si è posta la questione di attribuire una corretta qualificazione ai soggetti individuati dalla riorganizzazione del sistema bancario pubblico, anche in virtù del riconoscimento in capo a tali soggetti di talune agevolazioni di carattere fiscale.

Autorevole dottrina¹⁶² ha inteso considerare le fondazioni bancarie alla stregua di enti pubblici non economici che, senza finalità di lucro soggettivo, possono svolgere attività di impresa dirette al perseguimento degli scopi di pubblica utilità loro assegnati dalla legge. Nella specie, le fondazioni, quale oggetto della loro attività, amministrano la partecipazione nella società per azione conferitaria dell'azienda bancaria, mentre non possono esercitare direttamente l'attività bancaria ovvero detenere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla SpA conferitaria. Sotto il profilo fiscale assumono la veste di enti commerciali o non commerciali a seconda che svolgano prevalentemente attività non avente il carattere della commercialità oppure operazioni finanziarie, commerciali, immobiliari e mobiliari loro consentite. Orbene, con riguardo all'attività di amministrazione della partecipazione nella società conferitaria, si è ritenuto che essa configuri una mera attività di godimento a carattere non imprenditoriale del tutto analoga a qualsiasi altra fondazione che amministri il proprio patrimonio per il conseguimento degli scopi ad essa assegnati dallo Statuto.

Come anticipato in precedenza, in virtù della natura loro riconosciuta, le fondazioni bancarie hanno beneficiato di un trattamento fiscale di favore che ruota sostanzialmente attorno a due disposizioni: l'una relativa all'esonero dall'applicazione della ritenuta sui dividendi distribuiti dalla società conferitaria secondo quanto previsto dall'articolo 10 bis del legge n. 1745 del 1962, e l'altra avente ad oggetto la riduzione alla metà dell'aliquota Irpeg ai sensi dell'articolo 6 del D.P.R. 601 del 1973¹⁶³.

¹⁶² In tal senso, F. Gallo, *“La natura ai fini fiscali dell'ente che ha conferito ad una SpA la propria azienda creditizia”* in Rivista di diritto tributario, 1991 n. I pag. 538.

¹⁶³ Per taluna dottrina, il trattamento di favore relativo alla riduzione a metà dell'aliquota Irpeg spetterebbe anche alle fondazioni che svolgono in via esclusiva o prevalente attività commerciale in base alla circostanza che essere perseguono finalità non lucrative per legge. In tal senso, P. Rossi, *“Sull'applicabilità*

Le problematiche di diritto comunitario si sono poste in particolare in relazione alla prima delle agevolazioni sopra citate, pur se, in realtà le due agevolazioni sono strettamente connesse. Invero, l'articolo 10 bis del legge n. 1745 del 1962 esonera dalla ritenuta i dividendi spettanti a persone giuridiche pubbliche ovvero alle fondazioni, esenti dall'imposta sulle società che hanno esclusivamente scopi di beneficenza, studio e ricerca scientifica.

Rispetto a tali agevolazioni, mette conto rilevare che sia il Consiglio di Stato¹⁶⁴ sia la giurisprudenza hanno mostrato un orientamento prevalentemente contrario al riconoscimento della norma di favore relativa alla riduzione dell'aliquota Irpeg, sino a quando non è intervenuto l'articolo 12 del Decreto legislativo n. 153 del 1999 a stabilire che le fondazioni sono "*persone giuridiche private senza scopo di lucro, dotate di piena autonomia statutaria e gestionale*", le quali "*perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico secondo quanto previsto nei rispettivi statuti*".

E' stata infatti tale norma a stabilire esplicitamente che le fondazioni, oltre alla detenzione della partecipazione nella società bancaria conferita, possano svolgere qualsiasi attività di impresa strumentale al perseguimento degli scopi istituzionali direttamente, ovvero mediante la partecipazione anche di controllo in un ente che eserciti tale attività, purché essa si espliciti nei c.d. settori rilevanti della ricerca scientifica, dell'istruzione, dell'arte, della conservazione e valorizzazione dei beni e delle attività culturali e dei beni ambientali, della sanità e dell'assistenza alle categorie deboli. D'altro lato, il divieto al perseguimento del lucro soggettivo si manifesta nel divieto della distribuzione degli utili sotto qualsiasi forma. Pertanto,

dell'agevolazione prevista dall'articolo 6 del DPR 29 settembre 1973, n. 601 alle casse di risparmio conferenti le aziende bancarie" in Rivista di diritto tributario, 1997, I pag. 53.

¹⁶⁴ Secondo il Consiglio di Stato, sez. III del 24 ottobre 1995, n. 103, le fondazioni bancarie non rientrano tra i destinatari dell'articolo 6 del D.P.R. 601/1973, poiché non riconducibili a nessuna delle categorie di soggetti ivi indicate. In particolare, si sostiene che l'attività di possesso e amministrazione della partecipazione nella conferitaria o di partecipazioni minoritarie in altre società esaurisce sostanzialmente l'attività svolta da tali fondazioni cui l'articolo 6 non può estendersi trattandosi di norma agevolativa. A questo orientamento si è peraltro uniformato anche il Ministero delle Finanze, con circolare del 4 ottobre 1996, n. 238 che sottolinea l'impossibilità di interpretare tale disposizione in via estensiva.

una volta che sia constatato l'adeguamento degli statuti delle fondazioni ai principi stabiliti dalla legge, non c'è motivo ostativo al riconoscimento della spettanza dell'agevolazione fiscale prevista dall'articolo 6 del DPR 601 del 1973.

Inoltre si noti che, un'ulteriore agevolazione è stata prevista per quelle fondazioni che, entro quattro anni dalla entrata in vigore del Decreto legislativo n. 153 del 1999, abbiano proceduto a dismettere la partecipazione detenuta nella società conferitaria bancaria. In termini generali, la mancata dismissione avrebbe comportato il venir meno del carattere di non commercialità della fondazione e di conseguenza, il venir meno della riduzione dell'aliquota Irpeg.

Proprio nel quadriennio sopra menzionato, rilevante per le fondazioni ai fini della dismissione delle partecipazioni bancarie, è intervenuta la Commissione che con una lettera del 24 marzo 1999 ha invitato il Governo Italiano a fornire chiarimenti sulle norme in questione, avviando contestualmente un procedimento di indagine formale sulle agevolazioni fiscali sinora descritte.

L'indagine formale è terminata mediante l'affermazione della non applicabilità della disciplina degli aiuti di Stato alle agevolazioni previste per le fondazioni bancarie. Tale conclusione è derivata dalla constatazione della mancanza del presupposto soggettivo giacché nel pensiero dell'istituzione UE le fondazioni non sono imprese, elemento necessario ad integrare una fattispecie vietata dall'articolo 107 del Trattato¹⁶⁵.

Nella specie, la Commissione ha escluso – in base a un orientamento mutuato dal settore dell'IVA¹⁶⁶ – che il mero acquisto e la detenzione di una partecipazione, anche di controllo, in una società non costituisca di per sé attività imprenditoriale economicamente rilevante per la disciplina degli aiuti di Stato ed ha inoltre precisato che, la detenzione di quote sociale non è qualificabile come attività economica e non costituisce un'ipotesi di sfruttamento del bene volto ad ottenere un risultato economico stabile.

¹⁶⁵ Cfr. Decisione della Commissione Europea n. 2003/146 CE del 22 agosto 2002.

¹⁶⁶ Cfr. CGE, sentenza del 20 giugno 2001, causa C-60/90 e sentenza del 22 giugno 1993, causa C-333/91

Peraltro, preme rilevare che la decisione adottata dalla Commissione è intervenuta in un momento in cui, al contrario, la giurisprudenza della Suprema Corte ha incominciato a manifestare sullo stesso tema posizioni discordanti, dando origine ad una saga giurisprudenziale che ha coinvolto giudici tributari di merito e di legittimità, sino a finire dinanzi ai giudici della CGE.

Se si osserva l'evoluzione del contenzioso in materia, si nota come i punti dolenti non attengano tanto alla natura non commerciale delle fondazioni – non più controversa almeno nell'indirizzo giurisprudenziale maggioritario - quanto al rapporto tra il potenziale conflitto tra esercizio di impresa, decommercializzazione dell'attività imprenditoriale in ragione di una sua “valorizzazione” accanto allo scopo dell'ente e la disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato¹⁶⁷.

Nel corso del 2004 la Cassazione, chiamata a deliberare sul regime tributario delle fondazioni precedente alla Legge Ciampi, entrata in vigore dopo il 1998¹⁶⁸, ha rimesso alla CGE alcune domande pregiudiziali per ricevere chiarimenti sulla natura delle fondazioni bancarie (imprese o enti), sulla loro assoggettabilità alla disciplina comunitaria in materia di concorrenza e verificare la validità della decisione della Commissione europea del 2002 che aveva promosso gli aiuti alle Fondazioni. Preme da subito rilevare che tale ultima questione è stata ritenuta irricevibile dai giudici di Lussemburgo, che hanno evidenziato come la decisione dell'Esecutivo UE sia stata adottata dopo l'entrata in vigore della Legge Ciampi, perciò in una situazione diversa da quella esaminata nel caso in discussione.

Va subito detto che la CGE ha confermato la piena validità della decisione della Commissione sulla natura non “imprenditoriale” delle Fondazioni in vigenza

¹⁶⁷ In tal senso, V. Ficari, “Agevolazioni fiscali alle fondazioni (ex) bancarie ed aiuti fiscali di stato: ,*ala tempora currunt*”, in Diritto e Pratica tributaria n. 2/2008, pag. 211.

¹⁶⁸ Nella specie, la Corte di Cassazione era stata chiamata a deliberare sulla controversia, causa C 222-04 tra la Fondazione Cassa di risparmio di San Miniato e la Commissione tributaria Toscana. In dettaglio, i giudici di merito in primo grado avevano negato per l'anno 1998 alla Fondazione l'esenzione della ritenuta d'acconto per i suoi proventi quale socio della omonima Cassa di risparmio e della Casse Toscane (poi Cassa di risparmio di Firenze). In secondo grado, l'appello aveva dato ragione alla Fondazione, ma contro il verdetto era poi ricorso in Cassazione il ministero dell'Economia.

della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 153/1999. Però, d'altro lato i giudici di Lussemburgo hanno inteso precisare che, in generale, una fondazione bancaria può essere qualificata come impresa ai sensi delle regole europee e in quanto tale, può essere soggetta alle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato *“in esito a una valutazione che spetta al giudice nazionale compiere...”*.

Nel corso di tale indagine è emerso che, onde qualificare una fondazione come “impresa” – pur nell’ambito degli aiuti di Stato - l’attenzione deve essere rivolta alle effettive modalità organizzative interne che caratterizzano ciascuna fondazione e alle attività in concreto svolte dalle fondazioni stesse, sulla base di un concetto di impresa già affermato ai fini IVA. In tal senso, la CGE ha ribadito il concetto di “impresa” alla stregua di *“qualsiasi attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle modalità di finanziamento”¹⁶⁹*, pertanto pare che, ciò che in concreto rileva sia la circostanza che l’attività oggetto di valutazione venga normalmente fornita contro remunerazione, in un’ottica di mercato, al precipuo fine di ricavarne un profitto.

In questa prospettiva, *“la semplice assunzione di partecipazioni finanziarie in altre imprese non costituisce sfruttamento di un bene al fine di trarne introiti che abbiano carattere stabile, in quanto l’eventuale dividendo, frutto di detta partecipazione, discende dalla mera proprietà del bene”* a meno che *“ la partecipazione sia accompagnata da un’interferenza diretta o indiretta nella gestione delle imprese in cui si è realizzata l’assunzione delle partecipazioni, fatti salvi i diritti che chi detiene la partecipazione possiede nella sua qualità di azionista o socio”¹⁷⁰*.

Secondo i giudici di Lussemburgo, tale ultima circostanza, risulterebbe integrata laddove siano state previste disposizioni costitutive di elementi indicatori

¹⁶⁹ In tal senso CGE, sentenza 19 gennaio 1994, causa C-364/92, sentenza del 23 aprile 1991, causa C-41/90, sentenza del 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C -160/91.

¹⁷⁰ In tal senso CGE, sentenza 20 giugno 1991, causa C-60/90, sentenza del 22 giugno 1993, causa C-333/91, sentenza del 11 luglio 1996, causa C-306/94, sentenza del 6 febbraio 1997, causa C-80/95 e ordinanza del 12 luglio 2001, causa C-102/00.

di una possibile immistione nella gestione della società partecipata, avvalorata da elementi di fatto come, a titolo esemplificativo, la nomina nel consiglio di amministrazione della banca dai membri del comitato di gestione delle fondazioni, ovvero la devoluzione di una quota dei proventi derivanti dalla partecipazione nella società bancaria ad una “riserva” finalizzata alla sottoscrizione di aumenti di capitale della banca stessa.

In questa prospettiva, i “canoni di analisi” forniti dalla CGE per valutare la possibile immistione delle fondazioni nella banca conferitaria devono essere intesi come meri “elementi indiziari” generali, in quanto è pur sempre necessaria un’analisi ponderata dei comportamenti in concreto posti in essere, tenuto conto anche delle finalità e della natura degli enti conferenti fin dalla loro origine. Va da sé che, qualora non fosse riscontrata nessuna sovrapposizione degli organi, ovvero nessun utilizzo della riserva sopra menzionata e la fondazione oggetto di analisi si fosse meramente limitata a destinare i proventi conseguiti nell’amministrazione del proprio patrimonio ad iniziative di interesse pubblico e di utilità sociale, non potrebbe dubitarsi sull’inesistenza dell’impresa così come prevista nel diritto comunitario¹⁷¹.

A seguito della pronuncia pregiudiziale, le sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷² hanno affermato che il fine istituzionale delle fondazioni bancarie è da ricercarsi nelle norme che hanno permesso agli enti pubblici di conferire le aziende e detenere le partecipazioni; tale collegamento funzionale non sarebbe venuto meno con la dismissione della partecipazione originaria, né con l’utilizzazione del ricavato per l’acquisto di partecipazioni diverse, né destinando le risorse ai fini culturali e sociali. La gestione delle partecipazioni di controllo sull’impresa bancaria o il possesso di partecipazioni in società bancarie e finanziarie che a loro volta controllano l’impresa bancaria, o l’acquisizione e la gestione di partecipazioni di altre imprese, da parte delle fondazioni bancarie, mediante una

¹⁷¹ In tal senso, T. Di Tanno, “*La Corte di Giustizia e la vexata questio della natura delle fondazioni bancarie*”, in *Rassegna Tributaria* N. 4/2006, pag. 1093.

¹⁷² Si veda, Corte di Cassazione, sez. Unite sentenza del 29 dicembre 2006, n. 27617.

propria struttura organizzativa, è idonea di per sé a far ritenere tali soggetti alla stregua di imprese ai fini dell'applicazione della normativa comunitaria ivi prevista, fatta salva la possibilità di dimostrare – a cura del soggetto che invoca l'agevolazione – che tale attività considerati i fini statutari, gli eventuali accordi parasociali e il complesso di attività svolte dall'ente, non abbia natura prevalente o strumentale rispetto alla provvista di risorse necessarie al conseguimento delle finalità sociale previste della Statuto. Pertanto, secondo la Suprema Corte l'agevolazione fruita dalle fondazioni che in base ai predetti principi debbono essere considerate imprese, costituisce aiuto di Stato, di talché il giudice nazionale deve disapplicare le norme nazionali e dichiarare non spettante l'agevolazione.

Come già affermato in precedenza, la fissazione del principio di diritto fornita dalle Sezioni Unite della Cassazione non è riuscita a por fine ai differenti orientamenti che hanno continuato a manifestarsi all'interno della Corte di Cassazione¹⁷³. Peraltro, la Suprema Corte, avendo constatato che la giurisprudenza di legittimità ancora controverte “ *...sia in ordine all'applicazione possibile dei benefici fiscali nel sistema previgente all'emanazione del decreto legislativo n. 153 del 1999, sia con riguardo ai poteri istruttori delle parti*”¹⁷⁴ è nuovamente intervenuta a definire la controversa questione.

Nell'ultimo intervento, le Sezioni Unite, adottando un approccio sostanziale, hanno negato che le fondazioni bancarie possano essere ricondotte ai soggetti ammessi a beneficiare delle agevolazioni ex articolo 6 del DPR 601 del 1973, poiché la loro funzione era meramente quella di transitare le banche pubbliche verso un regime di concorrenza, circostanza sufficiente per escludere qualunque ulteriore indagine sulla natura sociale delle attività da esse svolta.

¹⁷³ Si vedano tra le varie, Corte di Cassazione sentenze del 28 settembre 2007, n. 20395, 20396, 20397 e 20401, sentenze del 20 giugno 2007, n. 14361, 14362 e 14363, sentenze dell' 11 giugno 2007 n. 13559, sentenza del 30 luglio 2007, n. 16818, sentenze del 10 settembre 2007, n. 18980 e 18981.

¹⁷⁴ Si veda, Corte di Cassazione, sezione tributaria, ordinanza del 17 dicembre 2007, n. 26491. In tal senso S. Trovato, “ *Fondazioni alle Sezioni Unite*” in *Il Sole 24 ore*, Norme e tributi del 5 febbraio 2008; M. Procida e B. Santacroce in “ *Fondazioni bancarie al secondo round*” in *Il Sole 24 ore*, Norme e tributi del 19 dicembre 2007.

In pratica, con un cambio totale di prospettiva, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷⁵ sono giunte alle medesime conclusioni già affermate dal Consiglio di Stato nel parere reso nel 1995 ove si leggeva che *“sulla base delle norme positive si riscontra una chiara inconciliabilità tra gli enti conferenti (incaricati della gestione del pacchetto di maggioranza delle banche privatizzate) e gli enti (di assistenza, di beneficenza, di istruzione ecc) cui competono le agevolazioni”*¹⁷⁶.

In termini concreti, la decisione qui in commento comporta che le fondazioni non potranno più avvalersi dell'esonero dalla ritenuta sui dividendi, prevista dall'articolo 10-bis della legge n. 1745 del 1962 ovvero della facoltà di pagare l'imposta sul reddito ridotta del 50 per cento in virtù di *“una presunzione legale di svolgimento di attività bancaria, superabile soltanto se si dimostrasse che gli enti conferenti (le fondazioni) abbiano privilegiato, rispetto al governo delle aziende bancarie (scopo per il quale sono nati), la realizzazione di scopi sociali considerati preminenti (se non esclusivi) rispetto agli interessi della banca”*. In base a quanto detto, per beneficiare delle agevolazioni de qua, le fondazioni devono dimostrare di aver perso la natura di enti commerciali attraverso la dismissione delle partecipazioni di controllo (il cui termine scadeva il 31 dicembre 2005) e, in seconda battuta, devono dimostrare – ad esempio producendo in giudizio i libri contabili oppure certificazioni del collegio dei revisori o del collegio sindacale delle società partecipate – di aver perseguito in misura “prevalente”, rispetto all'attività d'impresa, fini di interesse pubblico e di utilità sociale.

4.1.2. Altri casi recenti

Nell'esperienza italiana non sono moltissimi i casi in cui la Commissione è intervenuta per contestare la compatibilità con il Trattato di aiuti concessi mediante agevolazioni fiscali. Oltre ai casi già affrontati nel corso del presente trattato, di

¹⁷⁵ Corte di Cassazione, sentenza del 22 gennaio 2009, n. 1576

¹⁷⁶ Si veda R. Sclavi, *“Niente benefici fiscali alle fondazioni bancarie”* in Enti non profit n. 3/2009 pag. 9; P. Anello, *“Negate le agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie”* in Corriere Tributario n. 9/2009 pag. 673.

seguito si riportano le decisioni della Commissione con riguardo alle aziende ex municipalizzate e alle misure agevolative previste dalla c.d. Tecno Tremonti.

4.1.2.1 Aiuti alle società municipalizzate

La materia dei servizi pubblici resi alla collettività ha formato oggetto di un'organica riforma che ha avuto inizio con la Legge n. 142 dell'8 giugno 1990, avente l'obiettivo di modificare sia la gestione dei servizi resi dall'ente locale in adempimento delle sue funzioni istituzionali, sia l'erogazione di quelli di natura economica ed imprenditoriale. Nella specie, è stato approntato uno strumento giuridico alternativo, diretto a coinvolgere i soggetti privati, al precipuo fine di migliorare la qualità dei servizi pubblici, pur restando ferma la facoltà da parte dell'ente di offrire servizi attraverso la gestione in economia, le aziende speciali, le istituzioni non commerciali o mediante concessione.

Nel quadro appena delineato, si colloca la figura della "società mista" prevista dall'articolo 22 della citata legge n. 142 che ha permesso ai Comuni e alle Province di costituire società per azioni con i privati a cui affidare l'erogazione dei servizi, svolti sino a quel momento dalle Aziende Municipalizzate, ciò al fine di coniugare l'essenzialità del servizio con l'efficienza garantita dal capitale privato e dalla gestione imprenditoriale. Tale finalità è stata peraltro accentuata ulteriormente dall'articolo 12, comma 1 della Legge n. 498 del 1992 che ha ammesso la figura della società a partecipazione pubblica minoritaria. L'effettiva implementazione di tale ultima previsione è avvenuta con il D.P.R. 533 del 16 settembre 1996, nella specie, un regolamento che, per opera delle modifiche avvenute mediante la Legge n. 127 del 15 maggio 1997, ha ammesso la trasformazione delle aziende municipalizzate in società per azioni senza il vincolo della prevalenza pubblica.

Premesso il quadro normativo generale, va rilevato che il processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali è stato accompagnato dall'introduzione di alcune norme tributarie di favore, alcune di carattere provvisorie, altre definitive, con il fine di stimolare l'ingresso dei soggetti privati in una realtà che si è

caratterizzata da sempre per i connotati esclusivamente pubblici¹⁷⁷. E' invero noto che i riflessi fiscali di una previsione possano essere determinanti nella scelta dei modelli organizzativi di un'attività ed in tal senso l'attenzione del legislatore fiscale si è concentrata sulla produzione di una normativa volta a garantire trattamenti peculiari e vantaggiosi alle società miste sia in fase costitutiva, sia con riguardo al regime generale ad esse applicabile¹⁷⁸.

Per quanto riguarda la fase costitutiva, è stata introdotta un'esenzione dalle imposte per le società a carattere prevalentemente pubblico¹⁷⁹, ed un trattamento comunque misto (rispetto al regime ordinario altrimenti applicabile) per le società miste a carattere prevalentemente privato¹⁸⁰. Tale distinzione è stata superata nel 1996, quando il legislatore ha uniformato il trattamento fiscale applicabile ad entrambe le fattispecie, in attuazione di un regime generale di esenzione.

Per quanto riguarda la soggettività tributaria della società mista ai fini delle imposte dirette, la disciplina fiscale è stata modulata sulla base del criterio

¹⁷⁷ Per una disamina dei profili tributari della SpA mista si rinvia a M. Basilavecchia "La S.p.A. mista: profili tributari" in *Rassegna tributaria* n. 3 di maggio-giugno 1997, pag. 563

¹⁷⁸ In tal senso, si veda l'articolo 17, comma 56 della Legge n. 127/1997, che ha introdotto il regime di esenzione da imposte in qualsiasi ipotesi venisse istituita una società mista, compreso il caso di trasformazione in società per azioni da aziende speciali ovvero nei casi in cui il Comune, dopo due anni in cui sia stato unico azionista, alieni la partecipazione sociale qui vi detenuta.

¹⁷⁹ Cfr. articolo 13 bis del D.L. n. 80 del 12 gennaio 1991, convertito nella Legge n. 80 del 15 marzo 1991 che ha previsto che i trasferimenti di beni mobili e immobili da Comuni, province, consorzi in favore delle società comunali o dalle aziende speciali sarebbero stati esenti, senza limiti di valore, da imposta di registro, INVIM, bollo, imposte ipotecaria e catastale e da qualunque altra spesa, imposta, tassa o diritto di qualsiasi specie o natura. Come precisato nella Risoluzione del Ministero delle Finanze del 23 aprile 1997, n.90, tale esenzione si applicava anche all'IVA. Inoltre l'articolo 69 della Legge n. 549 del 28 dicembre 1995 ha precisato che le agevolazioni di cui all'articolo 13 bis si applicano anche ai conferimenti ed alle retrocessioni di aziende, complessi aziendali o rami di aziende, pure poste in essere nell'ambito delle procedure di liquidazione di aziende municipalizzate e di aziende speciali ex articolo 85 del DPR 902/1986, purché tali procedure fossero finalizzate alla contestuale o successiva costituzione di società miste per lo svolgimento di un pubblico servizio e sempreché i beni, i diritti e le aziende servissero effettivamente per lo svolgimento del servizio pubblico. In tal senso, P. Coppola "Il regime fiscale agevolato delle società miste per la gestione dei servizi pubblici: problematiche applicative" in *Rassegna Tributaria* n. 1/2000 pag. 44.

¹⁸⁰ Cfr. articolo 12, comma 8 della Legge 23 dicembre 1992, n. 498 che, rinviando all'articolo 7 della Legge Amato, prevedeva per i trasferimenti di beni mobili e immobili da Comuni, province, consorzi in favore delle società comunali o dalle aziende speciali l'applicazione dell'imposta di registro, ipotecaria e catastale nella misura dell'1 per mille per ciascuna imposta.

discriminante della quota di partecipazione, maggioritaria ovvero minoritaria, dell'ente pubblico. Per quanto riguarda le società a capitale prevalentemente pubblico, l'articolo 3, comma 79 della Legge 549 del 1995, in combinato disposto con l'articolo 66, comma 14 del D.L. n. 331 del 1993, ha previsto un periodo transitorio di esenzione da Irpeg, noto come "moratoria fiscale"¹⁸¹ in applicazione dello stesso regime previsto per l'ente conferente ai sensi dell'articolo 74 del Tuir¹⁸². Tale trattamento non è stato contrariamente previsto per le società miste, a carattere prevalentemente privato, in quanto sono stati ritenuti soggetti passivi ai fini dell'Irpeg.

La moratoria fiscale citata ha portato le società miste a carattere prevalentemente pubblico all'attenzione delle istituzioni UE. Invero, la Commissione con la decisione C27/99 del 5 giugno 2002, dopo aver analizzato: i) le esenzioni da tutte le imposte e tasse per la trasformazione delle aziende in società di capitali, ivi comprese quelle di trasferimento dei beni già di proprietà del comune; e ii) l'esenzione triennale delle imposte sul reddito prevista dall'articolo 66, comma 14 del D.L. n. 331 del 1993, con specifico riferimento alle società miste a carattere prevalentemente pubblico, ha dichiarato tale ultima previsione incompatibile con il mercato comune ai sensi dell'articolo 107 del TFUE.

La Commissione ha evidenziato che la misura in questione presenta tutti i caratteri idonei ad identificare un aiuto di Stato sulla base di diversi ordini di ragione. In primo luogo, la misura produce l'effetto di rafforzare la posizione concorrenziale delle società per azioni costituite in base alla Legge 142 del 1990 rispetto a tutte le altre imprese che intendano fornire gli stessi servizi, ma che non sono detenute in via maggioritaria da enti locali. Inoltre, le risorse addizionali derivanti dal minore esborso d'imposta per tali enti si prestano a favorire l'espansione delle imprese in altri mercati, producendo effetti distorsivi anche su

¹⁸¹ In tal senso, L.G. Mottura, "La moratoria fiscale e le società per azioni a prevalente capitale pubblico locale" in *Il Fisco* n. 28 del 15 luglio 1996, pag. 6567

¹⁸² Com'è noto l'articolo 74 del Tuir (oggi articolo 88) disponeva l'esclusione della soggettività passiva Irpeg dei Comuni. Solo dopo il 1999, ogni società mista a prevalente carattere pubblico è stata ritenuta a tutti gli effetti un soggetto Irpeg.

settori diversi da quello dei servizi pubblici locali. Peraltro, la Commissione ha sottolineato che gli effetti distorsivi sulla concorrenza determinati da siffatta misura devono essere valutati alla luce delle peculiarità del settore in cui operano le società miste e considerando che, la misura in questione danneggia non solo imprese localizzate in altri Stati membri, ma altresì le stesse società miste localizzate in Italia a prevalente capitale privato.

Alla luce delle doglianze comunitarie, è stato osservato che lo Stato italiano ha da un lato creato gli strumenti per privatizzare le attività economiche e dall'altro, istituendo siffatta esenzione triennale ha certamente contrastato i principi alla base dell'intervento pubblico dello Stato nell'economia. In particolare, nel caso di specie lo Stato italiano non ha garantito la parità di trattamento tra impresa pubblica e privata e d'altro lato, ha subordinato l'interesse primario alla riscossione delle imposte alla manifesta volontà di supportare la società mista¹⁸³.

Avverso la decisione della Commissione, il Governo Italiano ha prontamente proposto ricorso alla CGE per ottenerne l'annullamento, supportando le proprie ragioni sul presupposto che il beneficio è stato accordato alle società ex municipalizzato in base all'equiparazione delle stesse agli enti locali, invero l'agevolazione è stata concessa a tutti i soggetti che svolgono i servizi pubblici locali, unico legittimo loro scopo; ed inoltre ha sottolineato che tali misure fiscali non producono l'effetto di incidere sugli scambi comunitari, in assenza di un mercato di libera concorrenza, in quanto l'attività svolta ha un oggetto ed un territorio ben delimitato. Il giudizio ad oggi è pendente.

La fattispecie esaminata dalla Commissione è di particolare interesse sotto il profilo dell'analisi dei c.d. "aiuti esistenti", definiti dal Regolamento Ce n. 659/1999 come quegli aiuti che *"al momento della loro attuazione non costituivano aiuti, ma lo sono diventati successivamente a causa dell'evoluzione del mercato comune e senza aver subito modifiche da parte dello Stato membro"*. Inoltre la

¹⁸³ In tal senso, R. Miceli, *"Società miste e diritto tributario: questioni aperte"* in rassegna tributaria n. 3/2006 pag. 796.

stessa disposizione prevede che “*qualora alcune misure diventino aiuti in seguito alla liberalizzazione di un'attività da parte del diritto comunitario, dette misure non sono considerate aiuti esistenti dopo la data fissata per la liberalizzazione*”.

Tale disposizione rappresenta certamente una deroga al regime generale per il quale è esistente solo l'aiuto entrato in vigore prima del trattato o dell'adesione dello Stato membro. Con riguardo al regime di esenzione triennale delle imposte sui redditi in base a quanto già detto, pare possibile sostenere che le norme in esame, anziché introdurre un regime di favore, avrebbero determinato il venir meno di un assetto tradizionale, dovuto alla considerazione in termini pubblici delle aziende speciali, assimilate invece, sin dall'inizio del secolo agli enti locali. Pertanto, sotto tale profilo l'esenzione triennale non è da considerare un aiuto nuovo, bensì una misura esistente¹⁸⁴, in virtù della circostanza che, laddove venga liberalizzata un'attività, nel termine ivi fissato devono cessare anche eventuali aiuti di Stato, fino ad allora non qualificabili tali, in quanto non produttivi di effetto su settori incidenti sulla concorrenza. Solo laddove sia constatato che non avvenga la cessazione dell'aiuto, tali misure potrebbero essere qualificabili come aiuti nuovi. Evidentemente questa ricostruzione non è stata accolta dalla Commissione che – dal lato suo - ha inteso sottolineare che le società destinatarie dell'agevolazione possono svolgere attività in qualunque settore economico e che i regimi non contengono alcuna limitazione degli aiuti a settori non liberalizzati, e definendo in tal modo, la moratoria fiscale oggetto di decisione, alla stregua di “*aiuto nuovo*”.

4.1.2.2 *Tecno-Tremonti*

Il D.L. 30 settembre 2003, n. 269, recante “Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici” (cosiddetto “Tecno-Tremonti”), convertito con modificazioni, dalla Legge del 24 novembre 2003, n. 326, ha introdotto una serie agevolazioni con l'obiettivo di stimolare la quotazione in borsa e la razionalizzazione della tassazione del risparmio, attraverso:

¹⁸⁴ In tal senso, G. De Bellis “*Aiuti di Stato mediante misure fiscali: l'esperienza italiana*” in Aiuti di Stato nel diritto comunitario e misure fiscali, Cap. 3 di L.Salvini,cit..

i) l'esclusione dall'imposizione sul reddito di impresa delle spese sostenute per la quotazione in un mercato regolamentato ai sensi dell'articolo 1 del D.L. 269/2003; ii) la riduzione per tre anni, dell'aliquota di imposta sul reddito al 20 per cento, ai sensi dell'articolo 11 del D.L. 269/2003; iii) la riduzione dal 12,5 al 5 per cento dell'imposta sostitutiva dovuta sul risultato di gestione al verificarsi di certi presupposti legittimanti, ai sensi dell'articolo 12 del D.L. 269/2003.

La Commissione, dopo aver avviato a carico dell'Italia a un'indagine formale¹⁸⁵ ha dichiarato le citate misure "aiuti al funzionamento", estranee alle deroghe al divieto generale posto dall'articolo 107 del TFUE, ed ha invitato l'Italia al recupero degli aiuti presso i beneficiari.

Peraltro, avendo constatato che a distanza di un anno dall'adozione delle relative decisioni le autorità italiane non avevano ancora concretamente adottato le misure necessarie al recupero degli aiuti individuati presso i beneficiari, ha deferito l'Italia avanti alla CGE per mancato rispetto delle citate decisioni.

Passando alla disamina delle misure censurate, preme rilevare che l'articolo 1 del citato decreto aveva previsto per i soggetti già in attività alla data di entrata in vigore del decreto, l'esclusione dall'imposizione sul reddito d'impresa dell'*“ammontare delle spese sostenute per la quotazione in un mercato regolamentato di cui all'art. 11 del D.L. n. 269/2003, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 326/2003”*. Tale intervento si poneva l'obiettivo di stimolare l'ampliamento del numero delle società quotate nei mercati regolamentati ed in tal modo, incrementare il livello di patrimonializzazione delle imprese medesime. Nel dettaglio, la norma in esame stabiliva con riferimento alle società ammesse alla quotazione, la detassazione delle spese sostenute per la quotazione, in aggiunta alla normale detrazione già prevista delle spese sostenute per la quotazione, che sono notoriamente considerate, ai fini fiscali, alla stregua di qualsiasi altro costo aziendale.

¹⁸⁵ In tal senso, Commissione Europea decisione C/591 del 16 marzo 2005 e decisione C/3302 del 6 settembre 2005,

L'articolo 11 del decreto ha introdotto un ulteriore meccanismo agevolativo, definito "*premio di quotazione*", consistente nella riduzione dell'aliquota Ires nella misura ridotta del 20%¹⁸⁶ per il periodo di imposta nel corso del quale veniva disposta l'ammissione alla quotazione e per i due periodi di imposta successivi, e solo alla presenza contemporanea di due condizioni: i) la quotazione in un mercato regolamentato di uno Stato membro dell'Unione europea per la prima volta; ii) l'offerta di sottoscrizione delle *proprie azioni* con un incremento del patrimonio netto non inferiore al 15 per cento del patrimonio relativo all'esercizio precedente quello di offerta.

L'art. 12 del D.L. 269/2003 ha introdotto, invece, significative novità sul trattamento fiscale dei fondi comuni di investimento SICAV e fondi lussemburghesi, con particolare riferimento agli organismi di investimento collettivo del risparmio (OICVM) che investono prevalentemente il proprio patrimonio in azioni quotate di società a piccola o media capitalizzazione. Per tali organismi, la citata norma ha introdotto, in luogo dell'applicazione ordinaria dell'imposta sostitutiva del 12,50 per cento sul risultato di gestione, un regime di tassazione agevolata del 5 per cento da applicarsi sul risultato di gestione maturato annualmente. La base sulla quale effettuare il prelievo veniva calcolata come differenza algebrica tra il valore del patrimonio netto del fondo alla data di ciascun anno solare, al lordo dell'imposta sostitutiva accantonata ed aumentato degli eventuali rimborsi e proventi eventualmente distribuiti ed il patrimonio netto all'inizio dell'anno. Il riconoscimento di tale regime veniva tuttavia subordinato alla previsione nel regolamento di partecipazione che almeno due terzi del relativo attivo fossero investiti in azioni emesse da società a piccola o media capitalizzazione, quotate nei mercati regolamentati degli Stati membri dell'Unione europea, e all'ulteriore condizione che il valore dell'investimento nelle azioni delle predette società non fosse inferiore, nel corso dell'anno solare, ai due terzi del valore dell'attivo per più di un sesto dei giorni di valorizzazione del fondo successivi al compimento del predetto periodo.

¹⁸⁶ In base al dettato normativo, l'aliquota nella misura agevolata trova applicazione fino allo scaglione di reddito pari a 30 milioni di euro, oltre il quale si applica l'aliquota ordinaria del 33%.

La Commissione si è pronunciata negativamente con riguardo alle misure sopra accennate, dichiarando l'incompatibilità delle stesse con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato. Peraltro lo stesso Commissario alla concorrenza ha tenuto a precisare in tale circostanza che *“la Commissione ha adottato tali misure nel suo costante impegno a combattere le distorsioni della concorrenza determinate dagli aiuti di Stato quando non contribuiscono al raggiungimento degli obiettivi comunitari o alla promozione della crescita, come quando avviene quando gli aiuti assumono la forma di agevolazioni fiscali idonei a favorire solo determinati prodotti finanziari”*¹⁸⁷.

L'Esecutivo UE ha innanzitutto rilevato che la riduzione dell'aliquota al 20 per cento riservata alle società ammesse alla quotazione in una borsa valori produce l'effetto di aumentare per il triennio agevolato il reddito netto realizzato dalle medesime mediante qualsiasi attività. Peraltro, tale riduzione determina la conseguente diminuzione delle imposte dovute per l'anno in cui ha luogo l'operazione di ammissione alla quotazione e per i due anni successivi.

Per quanto concerne l'esclusione delle spese dal reddito imponibile, tale misura produce l'effetto di ridurre l'imponibile fiscale nel periodo in cui ha luogo la quotazione e quindi, nell'applicazione di un'aliquota fiscale effettiva inferiore nel periodo di imposta 2004. La Commissione ha posto l'accento sul fatto che le agevolazioni in argomento si prestano a favorire esclusivamente le imprese con sede in Italia determinando un'evidente di situazione di svantaggio per le società straniere operanti in Italia mediante una stabile organizzazione, un'agenzia, succursale o filiale, in quanto potenzialmente beneficiarie dell'agevolazione solo con riguardo alla parte di attività attribuibile alle organizzazioni italiane¹⁸⁸.

¹⁸⁷ In tal senso, cfr. *“Aiuti di stato: la Commissione non autorizza le agevolazioni fiscali a favore di determinati strumenti di investimento in Italia”*, consultabile sul sito <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1103&format=HTML&aged=0&language=IT&guiLanguage=en>

¹⁸⁸ In tal senso G. Cammaroto, A. Valente, *“La revoca delle agevolazioni fiscali per le società finanziarie”* in Il fisco n. 38/2006, pag. 5951.

Un altro aspetto contestato nella decisione comunitaria riguarda il fatto che, benché le agevolazioni fossero formalmente accessibili a tutte le società ammesse alla quotazione in un mercato regolamentato europeo - e dunque la normativa di favore non è apparentemente discriminatoria tra le società ammesse alla quotazione in Italia e quelle ammesse alla quotazione in una borsa valori di un altro Stato - tuttavia la misura favorisce di fatto solo le società ammesse alla quotazione per la prima volta.

In definitiva, nel pensiero della Commissione, una simile manovra contrasta palesemente con la disciplina degli aiuti di Stato in quanto, gli aiuti sono rapportati agli utili realizzati dai beneficiari ed in tale prospettiva, si manifestano come un aiuto al funzionamento, vietato dalle norme comunitarie. In aggiunta, considerato che l'aiuto è concesso mediante il sistema tributario nazionale, sono di fatto favorite le imprese registrate in Italia. Non di minor rilievo è la circostanza messa in evidenza che, in quanto agevolazione riservata alle società che chiedevano l'ammissione alla quotazione in borsa, si traduceva in un aiuto occulto a favore solo di quelle imprese con il tasso di crescita più alto nell'economia italiana e di conseguenza, con effetti pregiudizievoli sugli scambi e sulla concorrenza all'interno del mercato interno UE.

Per quanto riguarda l'ultima delle misure sopra accennata, va detto che la Commissione ha ritenuto che la riduzione di imposta a favore degli investitori costituisca aiuto ai sensi dell'articolo 107 del TFUE, sia per gli organismi specializzati negli investimenti in azioni di società di piccola e media capitalizzazione, sia per le società di piccola e media capitalizzazione le cui azioni sono detenute da tali organismi. La peculiarità di tale decisione risiede nel riconoscimento in capo a tali soggetti della natura di "imprese" e non già di "masse patrimoniali" in quanto presentavano forma societaria o erano patrimoni separati gestiti da imprese che competevano in mercati degli investimenti¹⁸⁹.

¹⁸⁹ In tal senso si veda il contributo di F. Racioppi, "Principali tipologie di aiuti fiscali" in "Aiuti di Stato in materia fiscale" di L. Salvini, Edizioni Cedam, anno 2007, pag. 467.

L'organo esecutivo ha rilevato che la normativa domestica si presenta idonea a generare distorsioni della concorrenza in quanto il regime fiscale riservato ai soggetti in questione tende a "gonfiare" la liquidità in possesso delle quotate beneficiarie e di conseguenza, modifica il valore di mercato delle loro azioni, favorendo le imprese che gestiscono strumenti di investimento specializzato¹⁹⁰.

In tal senso, l'agevolazione si appresta a concedere un doppio vantaggio economico agli strumenti di investimento specializzati rispetto ad altri tipi di strumenti di investimento, ciò in quanto solo ad essi è riconosciuto il beneficio della riduzione d'imposta quando investono in società di piccola e media capitalizzazione, mentre per gli strumenti di investimento "generalisti" la riduzione della tassazione sarebbe subordinata alla condizione primaria dell'investimento in strumenti specializzati. In secondo luogo, la misura favorirebbe gli strumenti di investimento specializzati di diritto estero rispetto agli strumenti di investimento specializzati di diritto italiano, accordando ai primi un'agevolazione specifica, che non è concessa ai corrispondenti strumenti italiani e che, in tal modo si trovano in un'evidente situazione di svantaggio. Nel pensiero dell'istituzione UE, sebbene formalmente il regime sia aperto a tutti gli strumenti specializzati, nella prassi si è concretizzato un aiuto potenziale solo a favore di small cap (società a bassa-media capitalizzazione) ed intermediari.

4.2 L'esperienza degli altri Stati Membri

4.2.1. Misure in materia di deducibilità degli interessi

4.2.1.1 Belgio

A partire dal 2007, il Belgio ha introdotto un regime di deduzione di interessi nozionali calcolati in percentuale sul capitale della società. Il capitale rilevante è il valore contabile del patrimonio, con alcuni correttivi, tra i quali deduzioni per immobili situati in Stati con i quali sono in vigore trattati contro la doppia imposizione e per il valore contabile netto delle attività delle filiali nei

¹⁹⁰ in tal senso, L. Chiarello, "L'UE boccia gli aiuti alle small cap" in Italia Oggi del 8 settembre 2005.

medesimi Stati. Il tasso di interesse nozionale è calcolato in base ai titoli di Stato belgi, aventi durata decennale¹⁹¹.

La Commissione ha aperto una procedura formale di contestazione il 19 febbraio del 2009. In particolare, la Commissione sta sindacando il parametro relativo al capitale sul quale sono calcolati gli interessi nozionali, sulla base del fatto che i correttivi applicati secondo tale regime, non si applicano ad altri investimenti in Belgio.

La Commissione ha ritenuto che tale previsione sia in conflitto con la libera circolazione dei capitali, con particolare riferimento ai beni immobili, e con la libertà di stabilimento con riferimento alle attività delle filiali, in quanto di ostacolo agli investimenti in altri Stati membri.

E' rilevante notare che la Commissione non sta mettendo in discussione l'intero regime di deduzione nozionale, e neppure sta investigandone la natura di aiuto di Stato incompatibile con l'ordinamento comunitario. Pertanto, anche qualora il giudizio della Commissione sia di incompatibilità con l'ordinamento comunitario, non avrebbe effetto retroattivo. Tuttavia, è evidente che qualora la metodologia di calcolo del capitale rilevante fosse giudicata incompatibile, il governo Belga potrebbe trovarsi costretto a concedere un aumento della deduzione nozionale, ovvero a modificare il regime in oggetto.

4.2.1.2 Paesi Bassi

La risposta olandese al regime belga di deducibilità degli interessi nozionali è stata concepita nel 2006, con l'introduzione della proposta di legge denominata Groepsrentebox (in inglese Group Interest Box. tale regime ha lo scopo di eliminare le differenze e di conseguenza, le distorsioni e gli arbitraggi creati dal diverso trattamento fiscale di capitale e debito. In termini pratici, il regime di deduzione degli interessi di gruppo prende in considerazione che se un gruppo si finanzia con

¹⁹¹ Sul punto vedi Hinnekens L., “*European Commission investigates compatibility of Belgian coordination centre tax legislation with European state aid rules*” in EC Tax Review 2000-4.

debito, i relativi interessi sono deducibili (con alcune restrizioni) secondo l'aliquota ordinaria pari al 25.5%. Diversamente, se il gruppo si finanzia con capitale, il relativo dividendo è esente e la distribuzione non deducibile. Tale diverso trattamento fiscale crea un effetto distorsivo della neutralità fiscale che dovrebbe caratterizzare le scelte di finanziamento delle società. Secondo il governo olandese, lo scopo principale della misura di Groepsrentebox è proprio quello di assicurare che le scelte di finanziamento sia fatte sulla base di valutazioni di carattere esclusivamente economico. A tal fine, la misura si propone di allineare il più possibile il trattamento fiscale degli interessi a quello dei dividendi, rendendo quindi neutrale la scelta tra finanziamento con capitale e finanziamento con debito.

Secondo la misura proposta, gli interessi passivi ed attivi dovrebbero essere soggetti a una tassazione effettiva pari al 5%. L'aliquota effettiva di tassazione è il risultato di un'esenzione pari all'80% degli interessi attivi netti del gruppo, ed di una tassazione ordinaria con aliquota del 25.5% unicamente sul restante 20% degli interessi attivi. Qualora il calcolo consolidato a livello di gruppi risulti negativo, ovvero gli interessi passivi maggiori di interessi attivi, tale costo sarebbe deducibile con un'aliquota sempre pari al 5%, e con un limite massimo, in modo da evitare fenomeni di sottocapitalizzazione.

Nella sua prima versione del 2006, la misura Groepsrentebox era stata prevista come un regime opzionale a durata triennale. A seguito delle consultazioni con la Commissione le autorità olandesi hanno modificato lo schema proposto (i) rendendolo obbligatorio per tutti i contribuenti residenti soggetti all'imposta sui redditi delle società ed (ii) ampliando la nozione di gruppo rilevante per l'applicazione della misura in oggetto anche a quelle situazioni tali per cui un soggetto ha, direttamente od indirettamente, il controllo di fatto sul finanziamento di un altro soggetto, ovvero dove un terzo soggetto ha l'effettivo controllo dell'attività di finanziamento di due soggetti parti di un contratto di finanziamento. Infine, le autorità Olandesi hanno annunciato la rimozione del requisito di capitale minimo (18.000 euro) per la costituzione di società a responsabilità limitata.

Alla luce dei commenti forniti, e delle modifiche introdotte, la Commissione ha concluso che la misura di Groepsrentebox non costituisce aiuto di Stato sulla

base del fatto che tale misura sarà applicabile a tutte le società che ricevono interessi da parti correlate. In particolare, la misura non ha applicazione limitata a particolari settori, né a particolari tipologie di società, né ad alcuni territori dello Stato. Inoltre, a seguito della rimozione del requisito del capitale minimo relativo alle società a responsabilità limitata, non vi saranno ulteriori ostacoli alla costituzione di gruppi societari. Infine, a parere della Commissione, l'applicazione della misura di Groepsrentebox non crea restrizioni relative al volume d'affari di una società, alla sua dimensione, al numero di dipendenti, al fatto di essere parte di un gruppo multinazionale, e neppure in relazione all'attività svolta dai beneficiari di tale misura.

E' utile rammentare che si considerano selettive le misure che favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza. Ai fini del riscontro del carattere di "selettività", la misura in questione deve procurare un vantaggio, a favore di singole imprese o categorie di imprese ovvero determinati settori produttivi, suscettibile in tal modo di alterare l'equilibrio tra le imprese, i settori beneficiari ed i loro concorrenti. Il carattere di selettività tipico degli aiuti di Stato implica il confronto tra imprese in situazioni comparabili. La misura olandese, avendo lo scopo di eliminare gli arbitraggi tra finanziamento con capitale e finanziamento con debito che sono tipici esclusivamente dei gruppi, deve ritenersi naturalmente selettiva, nel senso che non differenzia tra categorie di imprese in situazioni comparabili dato che le singole imprese che si finanziano sul mercato non sono nella posizione di poter effettuare tali arbitraggi.

Inoltre, il fatto che tale misura possa procurare un vantaggio di fatto alle imprese multinazionali, dipende esclusivamente dalle esistenti disparità tra sistemi impositivi dei diversi Stati, e pertanto il vantaggio non è imputabile al governo olandese. Inoltre, nella nuova versione, avendo eliminato il requisito del capitale minimo e ampliato il concetto di gruppo, non è possibile sostenere che vi siano ostacoli di natura economica e legale alla costituzione di gruppi che hanno accesso a detto regime.

4.2.1.3 Ungheria

All'inizio del 2003 le autorità fiscali ungheresi hanno introdotto nel loro sistema fiscale un regime di favore di tassazione degli interessi netti infragruppo, senza procedere a preventiva notifica alla Commissione, non ritenendolo una misura soggetta al vaglio di compatibilità al diritto comunitario in materia di aiuti di Stato.

In base a tale regime di favore viene concessa la possibilità di dedurre dalla base imponibile ungherese il 50% degli interessi netti ricevuti da imprese correlate, ovvero la differenza tra interessi attivi corrisposti da imprese correlati e interessi passivi corrisposti alle medesime imprese correlate. Ne deriva che, in base al regime di favore, solo la metà dell'interesse netto attivo è soggetto ad imposta, mentre secondo le regole ordinariamente applicabili, tutto l'interesse attivo è soggetto ad imposizione. Simmetricamente, l'impresa correlata debitrice degli interessi, può dedurre unicamente il 50% dell'ammontare totale corrisposto.

Il 30 Ottobre del 2009, la Commissione ha qualificato il regime ungherese come aiuto di Stato, in quanto misura che esclude dal proprio ambito di applicazione determinati settori di attività quali ad esempio, il settore finanziario, e determinate tipologie di società. Cionondimeno, la Commissione ha riconosciuto che tale misura si qualifica come aiuto già esistente, in quanto introdotto prima dell'accesso dello Stato all'Unione Europea; e riconoscendo l'esistenza di dubbi interpretativi circa la qualifica della misura come aiuto di Stato all'epoca della sua concessione.

Di conseguenza, l'Ungheria non è stata condannata a restituire l'aiuto concesso in passato. Inoltre, non è stato ritenuto necessario aprire una procedura di cooperazione in quanto il governo Ungherese ha già adottato un provvedimento di abrogazione di tale regime di favore, con efficacia a partire dal 2010.

4.2.2. Misure fiscali in materia di avviamento

4.2.2.1 Spagna

Nel corso del 2002, la Spagna ha introdotto nel suo sistema impositivo la possibilità per le società spagnole di dedursi fiscalmente, nell'arco di 20 anni, le quote di ammortamento emerso a seguito dell'acquisto di partecipazioni rilevanti in

società non residenti. Il requisito di partecipazione rilevante era da considerarsi integrato qualora la partecipazione acquisita fosse superiore al 5%.

Nell'ottobre 2007, la Commissione ha aperto una procedura di investigazione sollecitata da numerose richieste di chiarimenti presentate dagli Stati Membri nella sede del parlamento Europeo.

Tale misura fiscale era chiaramente rivolta ad incentivare l'utilizzo di società spagnole quali holding di gruppi multinazionali.

Il 28 ottobre 2009, la Commissione ha giudicato la misura fiscale in oggetto aiuto di Stato incompatibile con il diritto comunitario, in quanto ha riconosciuto che tale misura non aveva carattere generale, ma configurava un'eccezione al sistema tributario nazionale ordinario, applicandosi unicamente nei confronti di investimenti esteri, e di dimensioni "rilevanti", e che pertanto generava un vantaggio selettivo nei confronti di tali soggetti.

Tale aiuto dovrebbe essere in linea di principio, restituito dai soggetti che ne hanno beneficiato, dato che la Spagna ha introdotto il regime in parola senza previa notifica alla Commissione. Tuttavia, la Commissione ha riconosciuto che i beneficiari avevano aspettative legittime di compatibilità del regime di favore con l'ordinamento comunitario, e ha disposto il recupero dell'aiuto unicamente nei confronti di quei soggetti che ne avevano beneficiato a far data dall'inizio della procedura di investigazione (ovvero, dicembre 2007).

Al fine di effettuare un'analisi comparativa, è utile il confronto con la normativa vigente in Austria in tema di deducibilità dell'ammortamento, e che non è stata mai soggetta ad indagine in materia di aiuti di Stato. Infatti, la disciplina austriaca consentiva la deducibilità dell'ammortamento relativo alla acquisizione di partecipazioni in società austriache operative. In tale ultimo caso la deducibilità dell'avviamento limitata alle sole partecipazioni austriache, avrebbe potuto costituire un vantaggio selettivo non conforme alle prescrizioni delle norme comunitarie. Si rileva che in concomitanza con il procedimento comunitario nei confronti della Spagna la norma austriaca ha subito modifiche che hanno limitato

l'accesso al beneficio e la portata dello stesso. Evidentemente tali modifiche sono state anche suggerite dalla attesa bocciatura della analoga norma spagnola.

BIBLIOGRAFIA

AMATUCCI F., “Il divieto di aiuti di Stato quale limite allo sviluppo delle imprese” in *Corriere Tributario* n. 13/2009.

ANELLO P., “Niente agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie” in *Corriere Tributario* n. 9/2009.

ANTONINI L, BARBERO M., “UE, perequazione ammessa con la fiscalità di vantaggio” in *Il Sole 24 ore* del 21 settembre 2008.

BASILAVECCHIA M., “Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni”, in *Rassegna tributaria*, 2003, pagg. 2339 e ss.; ID, “La SpA Mista: profili tributari”, in *Rassegna tributaria* n.3, maggio-giugno 1997.

BEGHIN M., “L’inesistente confine tra pianificazione, elusione e abuso del diritto” in *Corriere Tributario* n. 22/2008.

BIAVATI P., “La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario”, in *Rassegna Tributaria* n. 4/2007, pag. 1591 e ss.

CAMMAROTO G., VALENTE A., “La revoca delle agevolazioni fiscali per le società finanziarie” in *Il Fisco* n. 38/2006, pag. 5951.

CARBONE V. “Fondazioni bancarie e agevolazioni fiscali” in *Il Corriere Giuridico* n. 3/2009, pag. 309.

CARINCI A., “Autonomia impositiva degli enti sub statali e divieto di aiuti di Stato” in *Rassegna Tributaria* n, 5/2006, pag. 1785.

CAPUTI JAMBRENGHI V., “Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente” in *Rivista Italiana di diritto comparato*, 1998.

CARINGELLA F, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2004.

CARDANI A., “European taxation policy. A change of tack”, in *Steuerrecht und europäische Integration*, di FUR F., RADLER A., Ed. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, Munchen 1999

CHIARELLO L., “l’UE bocchia gli aiuti alle *small cap*” in *Italia Oggi* dell’8 settembre 2005.

COPPOLA P., “Le attuali agevolazioni fiscali a favore del Mezzogiorno”, in *Rassegna Tributaria* n. 6 di novembre-dicembre 2007, pag. 1677.

DAGNINO A., “Agevolazioni fiscali e potestà normativa”, Ed. Cedam 2008, pagg. 130 e ss.

DELLA CANAREA, “Il ruolo della Commissione nell’attuazione del diritto comunitario”, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comparato*, 1993, pagg. 410 e ss.

DE BELLIS G., “Aiuti di Stato mediante misure fiscali: l’esperienza italiana”, in *Rassegna Tributaria*, 6-bis/2003.

DI TANNO T. “La Corte di Giustizia e la vexata quaestio della natura delle fondazioni bancarie”, in *Rassegna Tributaria* n. 4/2006, pag. 1093.

FALSITTA G., “Il condono IVA sotto scacco davanti alla Corte di Giustizia comunitaria” in *Il Fisco* n. 17 del 24 aprile 2006, pag. 1-2531.

FANTOZZI A., “L’Europa ipotoca il federalismo fiscale” in *Il sole* “4 ore del 28 settembre 2009.

FANTOZZI A., “Problemi di adeguamento dell’ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione C.E.”, in *Rassegna Tributaria*, 6-bis/2003.

FICARI V., “Agevolazioni fiscali alle fondazioni (ex) bancaria ed aiuti fiscali di Stato: *mala tempora currunt*” in *Diritto e Pratica Tributaria* n. 2/2008.

GALLO F., “L’inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e le sue conseguenze nell’ordinamento fiscale interno”, in *Rassegna Tributaria*, 6-*bis*/2003, pag 2271 e ss.;

GALLO F., “Fondazioni e fisco”, in *Rassegna Tributaria*, 2004, pag. 1159 e ss., ID “Ordinamento comunitario, ordinamento nazionale e principi fondamentali tributari” in *Diritto e Pratica tributaria*, 2006, pagg.1137 e ss.;

GALLO F., “La natura ai fini fiscali dell’ente che ha conferito ad una SpA la propria azienda creditizia”, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/1991.

GARCIA D., “Are there reasons to convert reverse discrimination into a prohibited measure?”, in *EC Tax review* 2009/4.

GRAZIANO G., “La selettività e gli aiuti regionali” in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, di L. Salvini.

HINNEKENS L., “European Commission investigates compatibility of Belgian coordination centre tax legislation with European state aid rules”, in *EC Tax Review* 2000/4.

LANG M., “Recent case law of the ECJ in direct taxation: trends, tensions and contradictions”, in *EC Tax Review* 2009/3.

LAROMA JEZZI, P., “Principi tributari nazionali e controllo sopranazionale sugli aiuti fiscali”, in *Rassegna Tributaria* 3/2003;

LAROMA JEZZI, P., “Regime fiscale delle fondazione bancarie e delle operazioni di ristrutturazione del settore del credito: osservazioni in merito alla compatibilità con l’articolo 87 del Trattato istitutivo della Comunità Europea” in *Rassegna Tributaria* 2000, pag. 817.

LEHNER M., “Limitation of the National power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty”, in *EC Tax review* 2000/1.

LUJA R., “Anti-tax-avoidance rules and fiscal trades incentives” in *Intertax*, Volume 28, Issue 6-7.

MICELI R., “Società miste e diritto tributario: questioni aperte” in *Rassegna tributaria* n.3/2006, pag. 796.

MIGIARRA M., “Recenti sentenze della Corte UE in materia di agevolazioni fiscali alla ricerca”, in *Fiscalità Internazionale*, n. 1/2008.

MARONGIU G., “Statuto del contribuente, affidamento e buona fede”, in *Rassegna Tributaria*, 5/2001.

MICHEAU C. “Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice” in *EC Tax Review* 2008/6.

MONTI M., “How state aid affects tax competition”, in *EC Tax Review* 1999-4.

MOTTURA L.G., “La moratoria fiscale e la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, in *Il Fisco* n.28 del 15 luglio 1996.

PEPE F. “Fiscalità cooperativa e aiuti di Stato: questioni metodologiche aperte”, *Ordinanza* 3030/2008

PINOTTI C., “Aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza, in *Rivista Italiana di diritto pubblico comparato*, 1993, pagg. 410 e ss.

PROCIDA e SANTACROCE B., “Fondazioni bancarie al secondo round” in *Il sole 24 ore, Norme e Tributi* del 19 dicembre 2007

QUINGLEY C., “The notion of the State aids in the EC”, in *European Law Review*, 13,1988.

RACIOPPI F., “Principali tipologie di aiuti fiscali” in *Aiuti di Stato* di Salvini L.

ROSSI-MACCANICO P., “Compatibilità comunitaria dello scudo fiscale” In *Il Fisco*. N. 37 del 12 ottobre 2009;

ROSSI-MACCANICO P., “Riflessi fiscali dell’applicazione a livello nazionale delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato”, in *Fiscalità Internazionale*, n. 3/2009;

ROSSI-MACCANICO P., “The notion of indirect selectivity in Fiscal Aids: a reasoned review of the Community Practice”, *EStAL* 2/2009;

ROSSI-MACCANICO P., “European Commission competence in reviewing direct business tax measures”, in *EC Tax Review* n. 2/2009;

ROSSI-MACCANICO P., “Principi comunitari di fiscalità diretta delle imprese, in *Fiscalità internazionale* n. 3/2008;

ROSSI-MACCANICO P., “Fiscalità delle imprese ed aiuti di Stato – parte I: fondamenti della nozione di aiuto fiscale”, in *Fiscalità Internazionale* n. 4/2008;

ROSSI-MACCANICO P., “Commentary of State Aid review of Multinational Tax regime” in *EStAL* 1/2007;

ROSSI-MACCANICO P., “State aid review of business tax measures” in *EStAL* 2/2007;

ROSSI-MACCANICO P., “Quei confini labili alla fiscalità di vantaggio”, in *Il Sole* 24 ore del 14 settembre 2006;

ROSSI-MACCANICO P., “Sull’applicabilità dell’agevolazione prevista dall’articolo 6 del DPR 29 settembre 1973, n. 601 alle casse di risparmio conferenti le aziende bancarie” in *Rivista di diritto tributario*, 1997, pag. 53.

RUSSO P., “Le agevolazioni fiscali e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale”, in *Rassegna Tributaria 1-bis*/2003.

SALVINI L., “Aiuti di Stato in materia fiscale”, Ed. Cedam, 2007

SANTACROCE B, “Il fisco: lo scudo non è un condono”, in *Il Sole 24 ore* del 22 ottobre 2009;

SANTACROCE B, “Condoni IVA, effetti a catena”, in *Il Sole 24 ore* del 20 ottobre 2004

TESAURO F., “Processo tributario e aiuti di Stato”, in *Corriere Tributario* n. 45/2007,

TESAURO F., “Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario” in *Giurisprudenza Italiana* n. 4/2008.

SCLAVI R., “Niente benefici fiscali alle fondazioni bancarie”, in *Enti no Profit* n. 3/2009, pag. 9.

TERRA B., WATTEL P., “European Tax Law”, Ed. Luwer Law International, 2088.

TIRALONGO G. “L’attualità degli aiuti di Stato”, in *Il Fisco* n.1/2002.

TROVATO S. “Fondazioni alle Sezioni Unite” in *Il Sole 24 ore*, Norme e tributi del 5 febbraio 2008.

VALENTE, “Gli incentivi fiscali dividono l’Europa” in *Il Sole24ore* dell’11 settembre 2000,

VALENTE, “Concorrenza fiscale dannosa in ambito comunitario ed OCSE”, in *Rassegna di fiscalità internazionale*, cap.1, temi di approfondimento.

VENISTENDAEL F, “Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?”, in *EC Tax Review* 2008/2.

VISSER K., “Commission expresses its view on the relation between state aid and tax measures” in *EC Tax* 1999/4.

VITALE F, “Le prospettive di sviluppo” in Aiuti di Stato in materia fiscale di L. Salvini.

WEBER D., “In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of the movement within the EC”, in Intertax Volume 34, Issue 12, 2006.