

LuxLeaks e la vulnerabilità dell'UE

di Yoda

Premessa

Il Commissario europeo alla Concorrenza Margrethe Vestager¹ ha annunciato - il 18 dicembre u.s. - che il Lussemburgo aveva accettato di fornire tutte le informazioni richieste dalla Commissione sui *tax ruling* sottoscritti con grandi aziende multinazionali tra il 2010 e il 2012. Dopo un lungo braccio di ferro, la situazione si è sbloccata all'indomani della pubblicazione dei dati relativi a 550 *tax ruling* conclusi nel Granducato tra il 2002 e il 2010: pubblicazione avvenuta, come è noto, ad opera dell'*International Consortium Of Investigative Journalists* (ICIJ), un *network* di 185 giornalisti d'inchiesta di oltre 65 Paesi. Fino a quel momento, il Lussemburgo si era tenacemente opposto alla decisione con cui, a marzo 2014, la Commissione² gli aveva ingiunto il rispetto degli oneri di trasparenza, che l'art. 10 del Regolamento del Consiglio n. 659 del 1999 pone a carico degli Stati membri, ai fini della valutazione della compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune e aveva reagito con l'avvio di una azione legale presso la Corte di Giustizia³.

L'iniziativa del ICIJ si inserisce in un ampio movimento di opinione pubblica, che ha visto impegnate anche alcune autorevoli organizzazioni non governative del mondo anglosassone, nei confronti delle strategie con cui i maggiori gruppi multinazionali, e in particolare le imprese globali della *new economy*, riescono a pianificare (con l'aiuto attivo di alcuni Paesi, anche europei) la propria presenza nei mercati di tutto il mondo, scontando un livello di imposizione pressoché nullo su profitti per miliardi di dollari. Queste denunce hanno provocato una generale riflessione, a livello politico e tecnico, sulla adeguatezza degli attuali principi di fiscalità internazionale che non hanno tenuto il passo

¹ Cfr. Statement/14/2800.

² Cfr. la decisione C(2014)1986, assunta ai sensi dell'art. 10, par. 3, del regolamento n. 659/1999 (recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE). La Commissione aveva chiesto al Lussemburgo di fornire tutte le informazioni relative alla prassi dei *tax ruling* conclusi tra il 2010 e il 2012 con imprese appartenenti a un gruppo o a una struttura legale comprendente una o più imprese con sede fiscale nel Granducato.

³ Cfr. il ricorso causa T-258/14. Il Lussemburgo contesta la decisione della Commissione in base a quattro motivi: 1) la Commissione non dispone di informazioni tali da far presumere l'esistenza di una violazione, mentre – ad avviso del ricorrente – i suoi poteri d'indagine sarebbero subordinati alla detenzione di informazioni sostanziali ed obiettive, idonee a far sorgere un ragionevole sospetto; 2) la richiesta di informazioni dettagliate non è proporzionale all'obiettivo perseguito; 3) la motivazione è insufficiente; 4) la richiesta viola gli art. 4 e 5 TUE che attribuiscono agli Stati Membri la competenza in materia di fiscalità diretta.

con la globalizzazione dell'economia e che sono attualmente oggetto di profonda revisione nel contesto dell'*Action Plan su Base Erosion and Profit Shifthing*: un progetto lanciato dall'OCSE il 19 luglio 2013 dopo la pubblicazione del relativo Rapporto⁴ e che vede coinvolti fino alla fine del 2015 tutti i Paesi aderenti, gli Stati membri dell'Unione e quelli del G20.

Il forte impatto mediatico dell'inchiesta dei giornalisti del ICIJ, c.d. *LuxLeaks*, deriva dal coinvolgimento diretto nelle strategie di 'ottimizzazione' fiscale di uno dei Paesi fondatori dell'Unione e dello stesso neo Presidente della Commissione, Juncker, che di quel Paese ha ricoperto ininterrottamente la carica di Primo Ministro dal 1995 al 2013. In risposta, come si sottolinea nel comunicato del Commissario Margrethe Vestager, il Lussemburgo non solo si è impegnato a fornire tutte le informazioni richieste, ma ha altresì dichiarato di riconoscere i poteri d'indagine della Commissione sui *tax ruling* nel contesto delle disposizioni sugli aiuti di Stato (rinunciando alla azione legale promossa presso la Corte di Giustizia) e di condividere l'impegno ad adottarsi affinché le società paghino la loro giusta quota di imposte.

L'inchiesta *LuxLeaks*

Il Lussemburgo è il secondo Paese più piccolo dell'Unione, con una popolazione di appena 550.000 abitanti. Ed è, ad un tempo, la principale piattaforma finanziaria *offshore* nel cuore del territorio comunitario, in cui hanno stabilito la loro sede 149 istituzioni bancarie, oltre 11.000 Holding (comprese quelle cui fanno capo fondi immobiliari italiani), Fondi che gestiscono *asset* per oltre 3 mila miliardi di euro, Asset holding company che superano i 1.600 miliardi di euro. Gli investimenti diretti in Lussemburgo dai soli Stati Uniti hanno totalizzato ben 416 miliardi nel 2013, di cui 343 investiti in società holding per la detenzione di titoli e strumenti finanziari. In molti casi, le consociate lussemburghesi, attraverso cui vengono canalizzati centinaia di miliardi di dollari dispongono *in loco* di una presenza e di attività economiche molto limitate, come si evince dalla forte concentrazione di società ad un medesimo indirizzo: uno degli indirizzi più noti – 5, rue Guillaume Kroll – è la sede di oltre 1600 società⁵.

⁴ Cfr. OCSE, "Addressing Base Erosion and Profit Shifting", febbraio 2014

⁵ Cfr. "Big 4 Audit Firms Play Big Role in Offshore Murk". Il miliardario belga De Spoelberch con un *tax ruling* del 2008 sarebbe, ad esempio, riuscito a canalizzare due miliardi attraverso Irlanda e Lussemburgo, riducendo le imposte ad

L'inchiesta *LuxLeaks* ha alzato il 'velo' sul segreto del suo successo. Le oltre 28.000 pagine rese pubbliche⁶ sugli accordi fiscali conclusi con buona parte dei grandi gruppi multinazionali (e non solo⁷, con le imprese americane della *new economy*) confermano ciò che era noto da tempo sul suo ruolo di polo di attrazione privilegiato in territorio comunitario: un 'paradiso' in grado di assicurare alle imprese non solo un livello effettivo di tassazione prossimo all'1 per cento dei profitti, ma anche qualcosa di molto più importante, e cioè tutte le libertà di circolazione della Comunità per interagire senza problemi con tutti gli altri Stati membri. Non solo. Il sistema fiscale lussemburghese può essere (ed è) utilizzato dalle imprese e dai loro consulenti come una grande 'conduit' che, dal territorio del mercato comune, veicola flussi in entrate e in uscita dalle principali giurisdizioni terze, comprese quelle *offshore*.

E', in altri termini, un sistema attrattivo non solo per quello che esso offre di per sé, ma soprattutto per la sua idoneità a sfruttare, nel massimo riserbo, le direttive e libertà comunitarie e il vastissimo network di convenzioni contro le doppie imposizioni (esteso fino a comprendere i principali 'paradisi fiscali') per interagire (e arbitrare) con istituti giuridici e sistemi fiscali di altri ordinamenti: con i Paesi membri dell'Unione, come con le giurisdizioni 'a fiscalità privilegiata', Hong Kong, Gibilterra, Delaware, Irlanda, Svizzera, Bermuda, etc.. Con il risultato di ridurre, fin quasi ad azzerarlo, il livello di tassazione dei gruppi più attrezzati a cogliere le opportunità di una pianificazione fiscale globale. Come è stato, efficacemente, affermato a proposito dei *ruling* che hanno interessato la multinazionale americana Pepsi, il Lussemburgo opera come "***a tax reducing conduit as the profits moved from Russian to Bermuda***"⁸.

ogni stadio, anche se l'unico segno in Lussemburgo dell'esistenza delle sue società controllate è una *letter box* a un indirizzo in cui sono domiciliate ben altre 190 società

⁶ Il Report è stato pubblicato in contemporanea da 26 testate di diversi Paesi, tra cui, in Italia, L'Espresso del 13 novembre 2014 "*Il Buco nero delle tasse*", cui si rinvia. Cfr. anche, per le altre notizie, ICIJ "*New Leak Reveals Luxembourg Tax Deals for Disney, Koch Brothers Empire*"; "*Leaked Documents Expose Global Companies Secret Tax Deals in Luxembourg*"

⁷ Tra le imprese italiane sono comprese, ad esempio, Finmeccanica, Intesa San Paolo, Unicredit, Ubibanca

⁸ Ad esempio The Pepsi Bottling Group Inc. Usa utilizza le controllate del Lussemburgo per concedere prestiti a consociate in Russia, in modo che i profitti per centinaia di milioni realizzati in Russia transitano dal Lussemburgo prima di approdare in una controllata Pepsi alle Bermuda.

E per triangolare⁹ e favorire l'interazione fra sistemi giuridici – con effetti talora di erosione di basi imponibili altrui o di vero e proprio distoglimento di profitti – è necessaria la più assoluta riservatezza.

Il principale strumento di accesso al 'paradiso' sono stati, per l'appunto, i *tax ruling* riservati che per oltre venti anni sono stati gestiti da un unico funzionario, Marius Kohl, che in un solo giorno – come rivela l'Espresso¹⁰ - riusciva a firmare “*ben 39 pareri positivi. ... Una velocità costante, tradotta in 548 'comfort letters' ... il timbro ufficiale dell'approvazione finale, in otto anni: una ogni cinque giorni*”.

In molti dei casi resi pubblici dal ICIJ, emergono trattamenti di favore per prestiti infragruppo¹¹ e bond ibridi che - a seconda delle convenienze – il Lussemburgo considera come titoli di debito (qualora si tratti di consentire alle società emittenti la deducibilità degli interessi passivi) oppure come titoli di *equity* (qualora si tratti, invece, di riconoscere alle remunerazioni spettanti agli investitori il regime di esenzione dei dividendi). Vengono ammesse in deduzione quote di ammortamento per avviamenti 'teorici': gli avviamenti cioè che sono considerati 'impliciti' nelle attività e negli *asset* che sono stati trasferiti in Lussemburgo (ad esempio, attraverso una scissione intracomunitaria) dai Paesi in cui essi si erano generati. Al riparo dei *ruling*, sono accettate modalità di determinazione dei prezzi di trasferimento delle transazioni infragruppo non coerenti con i criteri OCSE condivisi a livello internazionale; applicazioni discrezionali, *ad hoc*, del c.d. di *patent box*, il regime di parziale esenzione dei redditi derivanti dalla proprietà intellettuale (marchi, brevetti, loghi, modelli software o licenze), etc. Con la conseguenza che l'*effective tax rate* concordato attraverso questi strumenti amministrativi, finora segreti e impenetrabili anche da parte

⁹ Cfr. l'Espresso del 20 novembre 2014 *I no-tax in Italia*. “*Dal controllo della Rinascente alle energie alternative. Tanti affari nel nostro Paese, pagando poche tasse in Lussemburgo*”, tanti investitori sono disposti a investire in Italia, ma passando dal Lussemburgo, dopo aver firmato *tax ruling*. Cfr. anche “*Vado ritorno e pago caro*” in L'Espresso dell'11 dicembre 2014.

¹⁰ Cfr. “*Il buco nero delle tasse*” cit. I *ruling* approvati anche in una sola giornata contano, ciascuno, anche 100 pagine, evidentemente elaborate direttamente dalle società di consulenza.

¹¹ Gli interessi attivi percepiti dalle finanziarie lussemburghesi del gruppo su prestiti concessi a consociate (ad esempio italiane) sono considerati dividendi non imponibili, mentre gli interessi passivi sostenuti dalle stesse finanziarie a fronte di flussi di prestiti provenienti da strutture offshore del gruppo (ad esempio dalle Cayman) sono completamente deducibili.

delle altre amministrazioni finanziarie, si attesta attorno all'1 per cento dei profitti¹² a fronte di aliquote nominali dell'imposta societaria tra il 21,4 e il 22,47 per cento.¹³

A proposito di queste pratiche, molti si sono chiesti (e si chiedono) se esse siano legali e se sia vero che esse distolgono a favore del Lussemburgo risorse di altri Stati (*i.e.*, le imposte che una società avrebbe pagato in questi altri Stati se non avesse concluso il *ruling* in Lussemburgo)¹⁴. Ed infine, se e come sia possibile distinguere la legittima politica economica di un Governo, rispetto sia agli aiuti di Stato che alle misure di concorrenza fiscale dannosa.

Non si pone, sotto il profilo strettamente giuridico, il tema della illegittimità dei *ruling* firmati da uno Stato sovrano (come, del resto, il tema della illegittimità degli schemi di pianificazione globale con cui le imprese riescono a sottrarsi all'onere tributario), in quanto le dimensioni del diritto sono rimaste circoscritte entro i confini di ogni singolo ordinamento nazionale e non sono state ancora approntate e condivise, a livello internazionale, neppure quelle regole di coerenza tra i sistemi che sono allo studio nel contesto dell'Action Plan BEPS e a livello comunitario.

In termini più generali, tuttavia, il tema è complesso e si pone, comunque, in termini diversi qualora si assuma come orizzonte di riferimento il contesto internazionale oppure il più ristretto perimetro europeo, che già dispone di alcune disposizioni vincolanti di diritto comunitario (per quanto riguarda ad esempio il divieto di aiuti di Stato) e di regole di *soft legislation* contro la concorrenza fiscale dannosa, come di seguito si espone.

Le reazioni in Europa e le criticità rispetto all'ordinamento comunitario

All'indomani della pubblicazione dei dati dell'inchiesta *LuxLeaks*, il Presidente Juncker si è subito premurato di affermare che non vi è nulla di illegale nella prassi amministrativa lussemburghese e che, in particolare "*Nessuna legge europea è stata violata*".

¹² Secondo i dati pubblicati da ICIJ, nel 2012 su 95 miliardi di profitti le multinazionali americane avrebbero pagato imposte dell'1,1 per cento.

¹³ In Lussemburgo, l'aliquota ordinaria dell'imposta sulle società è del 21 per cento (ridotta la 20 per cento per le società con reddito inferiore a 15.000 euro), cui si aggiunge una sovrattassa del 7% che fa oscillare il livello ordinario di tassazione tra il 22,47 per cento e il 21,4 per cento (per redditi < 15.000 euro).

¹⁴ Cfr. "*I no-tax in Italia*". "*Dal controllo della Rinascente alle energie alternative. Tanti affari nel nostro Paese, pagando poche tasse in Lussemburgo*", in *l'Espresso* del 20 novembre 2014

Il 15 novembre, al G20 di Brisbane, ha inoltre dichiarato che è la mancanza di cooperazione tra gli Stati membri a creare un sistema in cui “*very low taxation of companies was legal*” e che “*Things of that kind could happen because of the divergency between national tax legislation*”: e, cioè, che se le imprese adottano modelli di pianificazione idonei ad azzerare l’onere fiscale, il problema non deriva dal sistema di tassazione di un singolo Stato ma dalla interazione tra i diversi sistemi; senza neppure accennare, tuttavia, alla possibilità che un determinato Paese possa avere svolto un ruolo particolarmente ‘attivo’ nel promuovere questo processo.

Alcuni giorni dopo, davanti al Parlamento europeo, Juncker ha comunque riconosciuto che “*probabilmente c’è stato un eccesso di ingegneria fiscale in Lussemburgo e in altri paesi*” e che “*l’interazione tra i regimi fiscali nazionali degli uni e degli altri ha creato situazioni che possono condurre a tassi di imposizione deboli, che non rispondono alle esigenze e al concetto di giustizia fiscale, né alle norme etiche e morali generalmente ammesse*”.¹⁵ Ed ha annunciato che avrebbe presentato al G20 una proposta di scambio automatico di informazioni in materia di accordi fiscali e che il Commissario agli affari economici, Moscovici, si sarebbe occupato di elaborare, al riguardo, una proposta di direttiva.

In effetti, è molto complessa la valutazione circa la compatibilità degli *advanced tax ruling* lussemburghesi (e, di certo, non solo lussemburghesi) con il diritto comunitario. Per un verso, infatti, la concorrenza e la leale competizione tra ordinamenti sono tra i principi fondanti del Trattato UE che, non a caso, prevede l’armonizzazione per le sole imposte indirette e riconosce agli Stati membri competenze esclusive in tema di imposizione sui redditi. Per un altro, è tuttavia, previsto che queste competenze siano esercitate in modo coerente con i principi dettati dalla Corte di giustizia; con le regole di *soft law* rinvenibili nella Risoluzione del Consiglio del 1 dicembre 1997, introduttiva del *Code of Conduct on Business taxation* e, soprattutto, senza violare le disposizioni che vietano gli aiuti di Stato anche di natura fiscale.

A tal proposito, alcune interessanti considerazioni sono state svolte da Franco Debenedetti in un articolo su Il Sole 24 Ore del 18 novembre 2014 “*Juncker, la concorrenza e il guazzabuglio fiscale*”

¹⁵ Cfr. “*La difesa di Juncker. Mai dato istruzioni al fisco lussemburghese non devo scusarmi*” in “La Repubblica” del 13 novembre 2014.

Secondo Debenedetti, il problema principale – per quanto riguarda il diritto comunitario - sarebbe definire il rapporto tra la **concorrenza fiscale** e la sua negazione, e cioè la distorsione della concorrenza che si esprime in misure qualificabili quali “**aiuti di Stato**”.

Per un verso, “*La concorrenza fiscale tra Paesi*” non è – precisa l’autore - un fenomeno patologico, “*non è un favore concesso chiudendo un occhio: è un elemento centrale della costruzione economica europea, voluta, tra l’altro, per evitare che in assenza di concorrenza tra Stati, le aliquote possano crescere senza limiti*”; per un altro, “*E’ perché distorcono la concorrenza che sono proibiti gli aiuti di Stato; per questo sono vietate le aliquote speciali che, all’interno di un paese , discriminino o favoriscano specifiche aziende, settori industriali, attività professionali, aree geografiche (ad eccezione di quelle riconosciute come svantaggiate)*”.¹⁶

Al fine di distinguere tra la concorrenza e il fenomeno, diametralmente ‘opposto’, degli aiuti di Stato sarebbe sufficiente assicurare la “**trasparenza**” dei *ruling*, mentre confliggerebbe con i principi dell’Unione “**l’armonizzazione**” delle basi imponibili: e ciò è tanto vero, che lo stesso Juncker non si è impegnato – continua l’articolo - ad armonizzare le basi imponibili, ma solo ad aumentare la trasparenza dei *ruling*, “*in modo che chiunque sappia quali sono le interpretazioni consentite delle norme*”. L’armonizzazione, invece, cancellerebbe *tout court* la concorrenza e, con essa, ogni consapevole ‘politica economica’ di sviluppo autonomamente adattata da un Governo.

Semmai, è necessario che la concorrenza fiscale sia esercitata in modo pubblico e trasparente, per evitare che la politica economica e la legittima selezione dei settori economici in cui uno Stato vuole che il Paese si sviluppi possano essere considerate aiuti di Stato, se non addirittura come ‘veicoli’ per ‘distogliere’ profitti (e imposte) a danno di altri ordinamenti. E’ particolarmente sbagliato – continua l’articolo - “*Considerare come sottratte al fisco, le imposte che una società avrebbe pagato secondo il code tax del proprio paese di origine ...: l’Europa che esiste non è uno Stato unico e neppure gli Stati uniti d’Europa*”.

¹⁶ A tal proposito, Debenedetti ritiene che i *tax ruling* del Lussemburgo pubblicati da ICJ non possano, almeno “in teoria”, essere considerati aiuti di Stato in quanto non ‘selettivi’. Essi sarebbero infatti schemi *made taylor* che si adattano alle “*strutture di conto economico e stato patrimoniale*” che, di per sé, sono diverse per ciascuna società: sono “*come le facce per le persone*” “*ognuno ha diritto alla propria*”

In definitiva, il “guazzabuglio fiscale” è un valore che esprime e riflette le differenti politiche industriali dei vari Paesi, che necessita soltanto di trasparenza e che non merita di essere confuso con il problema, del tutto distinto della tassazione delle grandi multinazionali americane di *Internet* e dell'*e-commerce*¹⁷, per le quali, in effetti, devono essere rivisti – concede Debenedetti - i criteri di esercizio dei diritti impositivi.

Molto diversa la posizione espressa nella **Lettera** indirizzata alla **Commissione europea** da **Francia Germania e Italia** il 28 novembre 2014.

I ministri delle finanze dei tre Paesi individuano nella mancanza di armonizzazione fiscale una delle principali cause dello sviluppo della pianificazione fiscale aggressiva e dei crescenti fenomeni di vera e propria erosione delle base imponibili all'interno del mercato interno, dai quali conseguono, altresì, quei comportamenti non cooperativi tra Stati membri che disturbano il funzionamento del mercato interno e finiscono per colpire al cuore le libertà del Trattato¹⁸. Le pratiche fiscali di imprese e governi, divenute pubbliche con l'inchiesta LuxLeaks, mostrano - ad avviso dei Ministri in questione - che sono stati superati i limiti della concorrenza fiscale leale e che occorre assicurare che ciascuno paghi la sua giusta quota di imposte nel paese in cui i profitti sono realizzati. E, a tal fine, essi reputano necessarie misure condivise che assicurino **trasparenza, equa tassazione e regole di tassazione delle imprese comuni e vincolanti**, in grado di contrastare tanto l'*harmful tax competition* (HTC), quanto l'*aggressive tax planning* (ATP). E, a tal fine,

¹⁷ Secondo Debenedetti, un problema distinto rispetto ai *tax ruling* è quello che riguarda la tassazione delle multinazionali americane della new economy, per le quali occorre individuare nuovi criteri di collegamento territoriale ai fini dell'esercizio dei diritti impositivi. Si tratta infatti di multinazionali che operano in mercati a due versanti: in uno dei quali offrono servizi gratuiti e raccolgono dati, mentre in un altro vendono dati e realizzano ricavi. Per esse si pone in termini nuovi, dunque, il criterio di collegamento della ricchezza ai mercati. Secondo Debenedetti, il tema delle multinazionali americane è specifico e duplice: i) un problema deriva da legislazione USA sulle CFC (*Controlled Foreign Company*) che di fatto consente a imprese americane di non pagare imposte sugli utili esteri finché non vengono rimpatriati (e ciò al fine della loro espansione all'estero ai tempi del SIM Stato Imperialista delle Multinazionali, molto diversi da quelli attuali, caratterizzati dalla globalizzazione); ii) altro tema è quello del luogo in cui si realizza l'attività e dove quindi essa vada tassata. Quando *“l'azienda opera in mercati a due versanti, uno in cui regala servizi e raccoglie dati, l'altro in cui vende dati e raccoglie soldi, in quale dei due versanti (e quindi dei due Paesi) 'lavora' nel senso tradizionale del termine? E' vero che sovente anche le aziende in questione utilizzano il sistema dei ruling, e che quindi anche a loro si applicano le considerazioni precedenti. Ma il problema di fondo è un altro, e altri i temi che esso solleva, ed è bene tenerli distinti da quelli che riguardano Juncker e il Lussemburgo”*

¹⁸ Cfr. anche – per quanto riguarda l'Italia - l'interpellanza dell'On. Pesco del 14 novembre 2014 e la risposta del sottosegretario Casero (azione per la trasparenza e scambio di informazioni e azione per politiche di tassazione convergenti).

sollecitano l'adozione di una vera e propria Direttiva anti BEPS entro la fine del 2015, in coerenza con i lavori in corso in sede OCSE e del G20.

In risposta, la Commissione si è impegnata a presentare entro marzo una proposta per favorire lo scambio automatico d' informazioni sui *ruling*;¹⁹ nonché a riprendere, più semplicemente, la proposta di direttiva per la determinazione, in via facoltativa, di una comune base imponibile consolidata delle imprese (CCCTB), che da anni è ferma al Consiglio dell'Unione, per l'opposizione di alcuni Stati membri contrari, appunto, a qualsiasi forma di armonizzazione.

Sono, con tutta evidenza, posizioni molto lontane che indubbiamente pongono un problema reale. Se è vero, infatti, che senza armonizzazione non ci sono strumenti giuridici idonei a contrastare le strategie di pianificazione delle imprese che operano a livello globale; è altrettanto vero che il processo di armonizzazione fiscale (senza unità politica) destinato ad incidere proprio sulle autonome scelte di politica economica del Governi, e a interferire – data la forte indeterminatezza dei confini – anche sulla libertà di utilizzare la leva fiscale per promuovere lo sviluppo effettivo e non semplicemente per attrarre basi imponibili mobili.

Il 'cuneo' della concorrenza fiscale dannosa nella dialettica tra concorrenza (leale) e aiuti di stato

Il dibattito in corso propone, anche rispetto all'ordinamento vigente e non solo in termini di prospettiva, il medesimo problema della attualità di alcuni dei principi cardine del Trattato e, cioè, il principio di libera concorrenza come fattore di competitività e di crescita e il diritto di ciascun Paese a scegliere gli strumenti più idonei a sostegno della propria politica economica (anche attraverso l'esercizio delle proprie competenze esclusive in materia di fiscalità diretta), con l'unico limite di non sconfinare, attraverso la concessione di veri e propri aiuti di Stato, in comportamenti che distorcono e negano la concorrenza stessa.

¹⁹ L'impegno ad estendere lo scambio automatico di informazioni ai *tax ruling*, con la presentazione di una proposta legale entro i primi mesi del 2015, è stato confermato dal Commissario europeo Moscovici nel comunicato del 9 dicembre u.s. a conclusione dell'Ecofin. In sede Ecofin, è stato raggiunto l'accordo per la clausola obbligatoria antiabuso da inserire nella direttiva madre-figlia (dopo che in luglio 2014 era stato approvato un altro emendamento alla direttiva madre-figlia per contrastare l'uso dei titoli ibridi) e sullo scambio di informazioni automatico tra Amministrazioni fiscali nell'ambito della direttiva sulla cooperazione amministrativa. Cfr. Statement/14/2501.

Ma, il fatto è che, in questo dualismo tra la concorrenza e il suo contrario, si è da tempo insinuato il tema della 'qualità' della concorrenza: il tema, cioè, delle pratiche di competizione fiscale 'dannosa' che ha introdotto una variabile che ha profondamente modificato l'intero contesto.

Sin dalla fine degli anni '90 vi è piena consapevolezza, tanto a livello europeo²⁰ che in sede OCSE²¹, del fatto che molti Governi, oltre alle agevolazioni fiscali di attrazione di investimenti industriali e attività economiche reali, adottano regimi e pratiche di competizione sleale (*harmful tax competition* – HTC) che spostano le basi imponibili - e, in particolare, quelle più 'mobili' relative a redditi finanziari, prestazioni di servizi e beni immateriali - con l'effetto non tanto di creare *in loco* nuova ricchezza, quanto di distogliere ricchezza altrove generata. La novità dell'ultimo decennio è la saldatura e la convergenza sempre più stretta tra le pratiche *harmful* di alcuni Paesi e la pianificazione fiscale aggressiva (*Aggressive Tax Planning* – ATP) dei grandi gruppi multinazionali, con in testa le imprese della *new economy* con attività interamente digitali.

Un aspetto che merita, dunque, di essere valutato - prima ancora di chiedersi se le misure adottate in un determinato Paese dell'Unione (tra cui i *ruling* del Lussemburgo) distorcano la concorrenza con la concessione di veri e propri aiuti di stato che avvantaggiano selettivamente alcune imprese rispetto ad altre - è se queste misure siano qualificabili come fenomeni di concorrenza sleale, come si incrocino in Europa con l'ATP e quali siano i possibili strumenti di reazione.

L'*harmful tax competition* (HTC) tra ordinamenti sovrani ha infatti assunto connotati di particolare gravità proprio all'interno dell'Unione dove più facilmente queste pratiche - come già si è detto a proposito dei *ruling* del Lussemburgo - si intrecciano con le politiche di aggressive *tax planning* (ATP) condotte a livello globale dai grandi gruppi multinazionali: facilitate dalle caratteristiche stesse dell'Unione, che è un unico, grande, mercato "asimmetrico" dove alla libera circolazione di persone imprese e capitali si contrappongono Stati sovrani autonomi e liberi di competere individualmente fra di loro anche sul piano fiscale²². Inoltre, il *gap* tra la dimensione transnazionale degli schemi di ottimizzazione che

²⁰ Cfr. la Risoluzione del Consiglio 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale (98/C2/01) e, in particolare, l'Allegato I contenente il Codice di Condotta in materia di tassazione delle imprese.

²¹ Cfr. il Report OCSE del 1998 *Harmful tax Competition* e il *Consolidated Application Note* del 2004.

²² Ed è questa 'asimmetria' tra mercato comune e individualità nazionali a facilitare la saldatura tra ATP e HTC, perché le imprese 'globali' *i*) possono utilizzare le libertà comunitarie, le direttive in materia di fiscalità diretta e il network di convenzioni per 'triangolare' flussi reddituali di qualsiasi tipo (interessi, dividendi, royalty, compensi per prestazioni di

queste imprese sono in grado di approntare con l'aiuto delle grandi società di consulenza e i ben più ristretti confini entro cui può essere esercitato il diritto nazionale dei Paesi in cui producono la loro ricchezza, per un verso, indebolisce la reazione di questi ultimi e, per un altro, li spinge ad intensificare le proprie attitudini competitive, dotandosi di istituti, strutture o anche semplici pratiche amministrative idonei talora ad attrarre soltanto “*flussi artificiali di capitali e di movimenti artificiali di contribuenti*”²³.

E tutto ciò ha profondamente snaturato la concorrenza fiscale come conosciuta nel momento fondativo del Trattato dell'Unione, come emerge con chiarezza dallo stesso Piano di azione presentato dalla Commissione europea il 6 dicembre 2012 - COM(2012)722 – e dalle due raccomandazioni che lo corredano: la *Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva*” – C(2012)8806- e la *Raccomandazione concernente misure destinate a incoraggiare i paesi terzi ad applicare norme minime di buona governance in materia fiscale*- C(2012)8805-.

Da sola, la trasparenza e lo scambio di informazioni sui *ruling* tra gli Stati membri non potranno risolvere il problema; ed infatti sono in corso interventi di revisione delle direttive madre-figlia e interessi e royalty e si stanno studiando modifiche agli *standards* internazionali di tassazione e nuove regole di coordinamento e di coerenza fra i sistemi, sia in sede europea che a livello OCSE e del G20. Il cantiere, avviatosi con la Comunicazione della Commissione del 12 dicembre 2012 e il lancio dell'Action Plan OCSE di luglio 2013, è in pieno movimento e, come detto, dovrebbe generare i primi *output* definitivi entro l'anno.

Tutto ciò non ci esime, tuttavia, dal chiederci se *ruling* riservati, del tipo di quelli balzati agli oneri della cronaca con l'indagine LuxLeaks, siano da considerare pienamente compatibili con l'ordinamento comunitario vigente. L'impressione è che sia stata proprio la completa mancanza di trasparenza e di scambio delle informazioni con le altre Amministrazioni finanziarie a 'proteggere' finora queste 'misure' amministrative, di cui – diversamente – non sarebbe stato possibile difendere, *tout court*, la sostenibilità, sia rispetto agli impegni di natura politica che gli Stati membri hanno assunto sin dalla approvazione il 1 dicembre

servizi) da ogni mercato del mondo, facendoli affluire – esenti da ritenute in uscita e in entrata – in giurisdizioni *offshore*, pronti per essere, ovunque, reinvestiti; e, ad un tempo, *ii*) hanno a disposizione sistemi nazionali differenti e istituti giuridici diversificati o artatamente 'ambivalenti' (entità e strumenti ibridi, società *dual residence*, shell company etc.) tra cui 'insinuarsi' ed arbitrare per ottenere il massimo vantaggio fiscale.

²³ Cfr. Raccomandazione Commissione C(2012) 8806 del 6 dicembre 2012 considerando n.5).

1997 del *Code of Conduct on Business Taxation* sia rispetto al divieto di aiuti di stato di cui agli articoli 107 ss. del Trattato.

E' stato a seguito della pubblicazione, ancora una volta, di alcuni articoli di stampa²⁴ che la Direzione Generale Concorrenza della Commissione ha avviato nel mese di giugno 2013 una specifica indagine sui *tax ruling* come potenziali aiuti di stato - e, in particolare, sugli accordi 'selettivi' relativi alla determinazione dei prezzi di trasferimento, nei confronti di Lussemburgo, Cipro, Irlanda, Malta, Olanda e Regno Unito - aprendo fra giugno e ottobre 2014 le prime procedure formali di infrazione nei confronti di Apple (Irlanda) Starbucks (Olanda) Fiat Finance Trade e Amazon²⁵ (Lussemburgo)²⁶. Ed è all'indomani della diffusione dei dati dell'inchiesta *LuxLeaks* che, il 17 dicembre u.s., la Commissione ha deciso di estendere a tutti gli Stati Membri la richiesta di informazioni su tutti i *ruling* sottoscritti tra il 2010 e il 2013²⁷.

Nelle more delle conclusioni che la Commissione trarrà da questo esame, può essere utile proporre alcune considerazioni sulle caratteristiche idonee a qualificare determinati *ruling*, alternativamente, come *harmful tax practices* o come aiuti di stato.

²⁴ Cfr. il Comunicato stampa della Commissione dell'11 giugno 2014.

²⁵ Dal Comunicato stampa della Commissione del 7 ottobre 2014 risulta che il *tax ruling* in favore di Amazon, sottoscritto nel 2003 e tuttora in vigore, riguarda la controllata lussemburghese Amazon EU Sarl che registra la gran parte dei profitti europei del gruppo. Amazon EU Sarl può dedurre dalle imposte le royalty pagate ad un'altra consociata lussemburghese, una partnership a responsabilità limitata, che in Lussemburgo non è assoggettata a *corporate tax*. Il risultato è che la gran parte dei profitti europei di Amazon sono registrati in Lussemburgo ma non sono ivi assoggettati ad imposta. Questo accordo – afferma la Commissione – non appare allo stato in linea con le condizioni di mercato e può costituire aiuto di stato.

²⁶ In giugno 2014, lo stesso Gruppo di condotta aveva adottato delle linee guida che sollecitavano l'avvio di un monitoraggio della Commissione su tutti i *ruling* in vigore negli Stati membri alla luce del principio della trasparenza.

²⁷ E ciò mentre, nel contempo, il gruppo Codice di condotta sta valutando l'eventuale natura *harmful* dei regimi di *patent box* di molti Paesi europei sotto il profilo della 'sostanza', *i.e.* dell'effettivo esercizio di attività economiche effettive da parte delle società beneficiarie (*presence or not of substantial economic activity*)

I regimi di *ruling*, la risoluzione del Consiglio del 1 dicembre 1997²⁸ per un *Code of Conduct on Business Taxation* e la Comunicazione della Commissione del 10 dicembre 1998 sull'applicazione delle regole relative agli aiuti di Stato alle misure di fiscalità diretta delle imprese

Il Codice di Condotta sulla tassazione delle imprese, approvato con Risoluzione dell'Ecofin del 1 dicembre 1997 esprime, già lo si è ricordato, misure di *soft legislation*, riconducibili, tuttavia, ad un preciso impegno politico assunto dagli organi esecutivi degli Stati membri. Pur non avendo la forza vincolante di un atto giuridico, il Codice dovrebbe costituire la necessaria cornice di riferimento delle disposizioni di fiscalità diretta, entro cui ciascuno Stato è ammesso ad esercitare la propria competenza esclusiva.

La Risoluzione riafferma il valore positivo della concorrenza fiscale, ma ne stigmatizza i possibili effetti pregiudizievoli, ogni qual volta l'allocazione dei fattori produttivi sia indotta prevalentemente da misure fiscali di vantaggio, favorendo scelte economiche inefficienti e l'erosione delle basi imponibili di altri ordinamenti. Conseguentemente, la Risoluzione impegnava gli Stati membri a smantellare i regimi *harmful* esistenti, a non introdurre di nuovi e a sottoporre periodicamente le misure in vigore o in procinto di essere adottate in materia di fiscalità diretta alla valutazione del Gruppo Codice di Condotta, un *team* di rappresentanti di alto livello dei Governi e della Commissione, istituito dal Consiglio il 9 marzo 1998.

Secondo le indicazioni del Codice, sono qualificate come misure fiscali potenzialmente dannose le disposizioni normative, regolamentari e le pratiche amministrative che determinano un livello di imposizione effettivo nettamente inferiore a quello applicabile in via ordinaria in quel particolare Stato membro e che hanno o possono avere sensibile incidenza sulla ubicazione delle attività all'interno dell'Unione²⁹.

²⁸ Conclusioni del Consiglio Ecofin del 1 dicembre 1997 in materia di politica fiscale (98/C 2/01), Allegato I Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio su un codice di condotta in materia di tassazione delle imprese.

²⁹ Sono, anzitutto, considerati indici di dannosità 1) il *ring fencing* ("Le agevolazioni sono riservate esclusivamente ai non residenti o per transazioni effettuate con non residenti" (indice n.1); "le agevolazioni sono completamente isolate dall'economia nazionale, in modo da non incidere sulla base imponibile nazionale" (indice n. 2). Allegato I); 2) la mancanza di un effettiva attività economica (*substantial economy activity* - "Le agevolazioni sono accordate anche in mancanza di qualsiasi attività economica effettiva e di una presenza economica sostanziale all'interno dello stato membro che offre queste agevolazioni fiscali" (indice n.3). Allegato I); nonché 3) le misure che si discostino, in materia di determinazione dei prezzi di trasferimento, dai criteri condivisi a livello internazionale ("Le norme di determinazione dei profitti derivanti da attività interne svolte da un gruppo multinazionale si discostano dai principi generalmente riconosciuti livello internazionale, in particolare le norme concordate in sede OCSE" (indice n. 4). Allegato I).

Nei loro aspetti più evidenti e pubblici i regimi privilegiati preesistenti in vari Paesi europei sono stati smantellati o rivisitati su impulso del Gruppo Codice di Condotta, ma l'opacità si è talora diffusa all'intero ordinamento proprio attraverso i *ruling* individuali e riservati.

Per i suoi contenuti *harmful*, questo fenomeno era già stato 'osservato' e studiato sin dal 2004; da quando cioè la *Consolidated Application Note* dell'OCSE³⁰ aveva dedicato l'intero capitolo V proprio al tema di quei *ruling* che hanno caratteristiche tali da essere potenzialmente qualificabili, di per se stessi, come regimi fiscali privilegiati, in grado di attrarre capitale mobile verso una giurisdizione.

Ciò si verifica, anzitutto, quando i *ruling* assicurano un livello di tassazione molto basso³¹, per effetto della applicazione discrezionale di leggi e prassi o perché la determinazione della base imponibile si basa su elementi di fatto e informazioni insufficienti e che non sono stati verificati da parte dell'Amministrazione, o non è previsto il monitoraggio periodico delle condizioni in presenza delle quali l'accordo è stato sottoscritto, il quale, pertanto, resta valido per un lungo periodo di tempo. Queste pratiche possono, inoltre, essere 'selettive' - adottate cioè in regime di *ring fencing*³² - quando determinati benefici sono accordati solo attraverso il *ruling* e le possibilità di accesso al *ruling* sono limitate (per norma oppure, in punto di fatto, per prassi) a imprese possedute da non residenti o a transazioni e attività svolte fuori del mercato domestico. Infine, è di particolare rilievo la mancanza di trasparenza³³ e dello scambio di informazioni, perché la trasparenza – chiariva infine l'*Application Note* dell'OCSE - rende difficile riconoscere trattamenti differenziati per circostanze simili e perché le altre amministrazioni interessate, conoscendo i contenuti del *ruling* che riguarda un proprio contribuente o una impresa associata, possono prendere le contro misure idonee a difendere la propria base imponibile; in particolare quando si tratti di accordi sui prezzi di trasferimento³⁴.

In sede europea, la Comunicazione della Commissione del 10 dicembre 1998 si era spinta anche oltre, introducendo, al riguardo, una sorta di presunzione relativa di esistenza di un aiuto di stato in tutti i casi di *ruling* amministrativi di natura non meramente interpretativa. Richiamando una sentenza della Corte di Giustizia (Causa C-241/94), la Comunicazione

Altrettanto rilevante, infine, 4) la mancanza di trasparenza dei regimi, tra cui sono "compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigorosa e in modo non trasparente a livello amministrativo".

³⁰ E' la Nota di approfondimento del precedente Rapporto *Harmful Tax Competition*.

³¹ cfr. OCSE *Consolidated Application Note* Cap. V parr. 172- 177 e Box par. 177.

³² *Ibidem*, parr. 178-179 e Box par. 179.

³³ *Ibidem*, parr- 180 – 182, Box par. 182.

³⁴ *Ibidem*, Box par. 193.

precisava, infatti, che anche una misura generale può diventare ‘selettiva’ qualora venga applicata individualmente in modo discrezionale, e, in particolare, quando il potere discrezionale dell’amministrazione sia esercitato al di fuori della semplice gestione delle imposte secondo criteri obiettivi (par. 21): “*In principio, qualsiasi decisione amministrativa che si discosti dalle regole fiscali generalmente applicabili, per favorire singole imprese dà luogo ad una presunzione di aiuti di Stato e deve essere analizzata in dettaglio ... L’opacità delle decisioni delle amministrazioni e il margine di manovra di cui talora possono disporre alimentano ... la presunzione che questo è almeno il loro effetto in certi casi*”³⁵.

Tanto premesso, è, in effetti, difficile ritenere che molti dei richiamati *ruling* pubblicati da ICIJ possano essere considerati pienamente coerenti e *compliant*s con i criteri di valutazione delle misure non *harmful* da tempo condivisi, sia in sede OCSE che a livello europeo: e, in particolare, le decine di *tax ruling* sottoscritti nello stesso giorno da un unico funzionario a favore di imprese che, in certi casi, erano presenti sul territorio attraverso la semplice domiciliazione ad un indirizzo condiviso con centinaia di altre società o enti; o, ancora, gli accordi sui prezzi di trasferimento che comprendono centinaia di pagine, firmati dal solito funzionario - nello stesso giorno di presentazione dell’istanza - senza ulteriori verifiche degli elementi di fatto forniti dal contribuente; gli accordi che sono rimasti ininterrottamente in vigore per oltre dieci anni senza alcun monitoraggio delle condizioni esistenti; i *ruling* con cui sarebbero stati fissati i redditi delle *branches* in modo ‘negoziale’, piuttosto che in base alla applicazione di un metodo condiviso di *transfer pricing*. Potremmo dire, al riguardo, che il *ring fencing* in senso stretto è stato ‘reinterpretato’ con accordi *taylor made*, studiati su misura per ogni singola entità.

Inoltre, questione tutt’altro che secondaria, si tratta di *ruling* che sono stati tenuti, finora, strettamente riservati, anche se la lettera E) della menzionata Risoluzione introduttiva del Codice di condotta già avesse impegnato gli Stati Membri a scambiarsi reciprocamente le informazioni sulle misure e pratiche amministrative suscettibili di rientrare nel suo campo di applicazione³⁶.

In definitiva, pur nel rispetto della specificità di ogni singola situazione e nella consapevolezza che devono essere evitate facili generalizzazioni, diversi casi

³⁵ Libera traduzione del par. 22 della Comunicazione del 10 dicembre 1998.

³⁶ Coerentemente con questo impegno, l’art. 8 del decreto legge n. 269 del 2004, introduttivo del *ruling* internazionale nell’ordinamento italiano, aveva fin dall’inizio previsto la comunicazione spontanea del *ruling* alle altre Amministrazioni interessate.

sembrerebbero, per l'appunto, integrare indici di 'pericolosità' sufficienti per poter qualificare i relativi *ruling* come *harmful tax practices*: e ciò sia alla luce delle disposizioni di *soft law* del Codice di condotta dell'Unione che delle indicazioni dell'*Application Note* dell'OCSE che pongono riferimento ai medesimi criteri³⁷.

Non solo. Oltre queste regole di *soft legislation* desumibili dal Codice di condotta, potrebbero non essere state rispettate (alla luce di una valutazione *case by case*) anche altre disposizioni, vincolanti, che vietano gli aiuti di stato.

Si tratta, infatti, di due questioni distinte, per quanto strettamente connesse: due diversi modi di valutare i *ruling* in ragione della differente situazione delle società destinatarie: le pratiche *harmful* più si adattano ad attività mobili e enti con una limitata presenza sul territorio, mentre gli aiuti di stato, in tanto possono essere considerati tali, in quanto siano destinati a società con attività economiche effettive in grado, proprio per questo, di incidere sugli scambi e di distorcere la concorrenza³⁸.

Ma vi è una vasta zona grigia in cui i due fenomeni possono sovrapporsi come già si affermava nella più volte richiamata Risoluzione sul Codice di Condotta e nella correlata Comunicazione della Commissione in tema di "*applicazione delle regole relative agli aiuti di Stato alle misure di fiscalità diretta delle imprese*" del 10 dicembre 1998. Sin da allora, sia pure con risultati finora del tutto inadeguati, fu disegnata dalla Commissione una strategia a due vie³⁹, incardinata – rispettivamente - nel Gruppo Codice (per la

³⁷ Secondo il Codice di condotta, "*sono potenzialmente dannose e pertanto coperte dal presente codice le misure fiscali che determinano un livello d'imposizione effettivo nettamente inferiore, ivi compresa l'imposizione di entità zero, ai livelli generalmente applicati nello Stato membro interessato. Tale livello d'imposizione può risultare dall'aliquota fiscale, dalla base imponibile o da altri elementi pertinenti*". "*Nel valutare il carattere pregiudizievole di tali misure si deve tenere conto, tra l'altro, delle seguenti caratteristiche*": Ring fencing; Lack of substance; Lack of trasparenza ("*compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigoroso e in modo non trasparente a livello amministrativo*"); Determinazione dei prezzi di trasferimento con criteri non coerenti con i principi generalmente riconosciuti a livello internazionale (Guidelines OCSE)

³⁸ Nel caso di enti privi di una presenza qualificata nel territorio dello Stato o che esercitano attività meramente 'mobili', gli accordi che integrano in tutto o in parte i richiamati indici di 'pericolosità' potrebbero rientrare nella categoria delle *harmful tax practices* che, nelle manifestazioni più estreme, riconoscono determinati benefici, al fine prevalente di distogliere basi imponibili da altre giurisdizioni. Essi esprimono, quindi, un fenomeno distinto e per certi aspetti opposto rispetto agli aiuti di Stato. I quali, ultimi, sono infatti rappresentativi di benefici 'selettivi' destinati a imprese che, invece, esercitano attività economiche reali: benefici che, proprio per questo, sono in grado di influire effettivamente sugli scambi commerciali e di falsificare la concorrenza.

³⁹ La lettera J) della Risoluzione chiariva, infatti, che "*una parte delle misure contemplate dal codice rientra nel campo di applicazione delle disposizioni sugli aiuti di stato*" e nella Comunicazione veniva precisato che "*la qualificazione di una misura fiscale dannosa ai sensi del codice di condotta non influisce sulla eventuale qualificazione della misura come aiuto di stato. Al contrario, la valutazione della compatibilità degli aiuti fiscali con il mercato comune dovrà*

valutazione delle pratiche *harmful*) e nella Direzione generale della concorrenza (per la valutazione degli aiuti di stato).

Un doppio 'vaglio' che solo ora la Commissione, come già si è detto, si accinge a condurre dopo che è stata diradata la completa opacità e riservatezza di queste pratiche amministrative. In attesa di nuovi e più ampi interventi in programma, all'esito della conclusione del progetto BEPS, la revisione generale dei *ruling* da parte della Commissione (e in particolare da parte della Direzione generale della Concorrenza) introduce per le imprese un'alea molto pericolosa, proprio perché inaspettata e tardiva: il rischio, cioè, di dover restituire i vantaggi ottenuti qualora i *ruling* - attraverso cui potrebbero avere cercato solo la necessaria 'certezza giuridica' - fossero *ex post* qualificati come aiuti di stato.

Per concludere

Gli Stati membri dell'Unione sono tenuti al rispetto di regole che da tempo hanno condiviso sul piano politico o cui sono vincolati da precise disposizioni del Trattato; ed è sufficientemente chiaro che alcuni Paesi sono finora riusciti a sottrarsi più di altri ai propri impegni, coperti da riserbo e opacità. Trasparenza e scambio automatico delle informazioni relative ai *ruling* possono, indubbiamente, contribuire a rendere più efficaci gli strumenti già esistenti contro la concorrenza sleale o la distorsione della concorrenza, consentendo alla Commissione di meglio esercitare i propri compiti di monitoraggio e supervisione.

Ma ciò ci pone di fronte ad un duplice paradosso, riconducibile proprio al fatto che l'ordinamento comunitario esistente - basato sulla concorrenza - punisce in modo molto più grave i comportamenti che distorcono gli scambi rispetto a quelli espressivi di concorrenza sleale. Per un verso, infatti, le imprese titolari passive di beni immateriali o attività 'mobili' - se non addirittura le costruzioni di puro artificio - rischiano molto di meno (anche per quanto già avvenuto in passato) delle altre imprese; e ciò perché solo le imprese che in un determinato Paese dispongono di una presenza significativa ed

essere fatta tenendo conto, tra l'altro, degli effetti di questi aiuti che l'applicazione del codice di condotta metterà in evidenza"³⁹: come dire che, ad esempio, un aiuto 'selettivo' a finalità regionale concesso a favore di attività che - alla luce del Codice di Condotta - hanno un'incidenza economica locale molto debole non potrà neppure ottenere un giudizio di compatibilità con il mercato³⁹, in quanto il beneficio non sarà considerato proporzionale rispetto all'obiettivo di impiantare *in loco* una reale iniziativa produttiva.

esercitano attività economiche reali e strutturate sono in grado di influire effettivamente sugli scambi e possono, se del caso, essere ritenute destinatarie di benefici qualificabili come aiuti di stato, da recuperare direttamente a loro carico. Per un altro – ma è l'altra faccia dello stesso problema – rischiano maggiormente la censura le scelte di politica economica dei Paesi a più alta intensità manifatturiera che possono essere oggetto dei più rigorosi esami della DG concorrenza per le misure con cui cercano di premiare ed attrarre attività economiche reali e radicate, rispetto alle scelte dei Paesi a più alta intensità finanziaria che – per misure anche aggressive di concorrenza fiscale dannosa a vantaggio di entità che non abbiano caratteristiche economiche tali da poter distorcere la concorrenza – possono al più subire danni reputazionali.

Questo paradosso mostra l'estrema vulnerabilità dell'Unione proprio rispetto alle pratiche più aggressive, che non potrà che essere risolta rimuovendo la sua intrinseca 'asimmetria', e cioè con un più accentuato livello di cooperazione e di armonizzazione fiscale, e non solo fiscale. E non è certo un caso che i Paesi più interessati a questo processo siano le più grandi 'manifatture' d'Europa, e cioè la Germania e l'Italia.