



ANNALI IFE 2019 Una lettura ragionata delle sentenze in materia tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

ANNALI IFE 2019

*Una lettura ragionata
delle sentenze in materia tributaria
della Corte di Giustizia
dell'Unione Europea*

a cura di

Pasquale Pistone

Maria Pia Nastri



IFE Ius Fiscale Europæum

Presidente

Pasquale Pistone

Direttore

Maria Pia Nastri

Comitato scientifico

Lucio d'Alessandro Tommaso Edoardo Frosini Alberto Comelli Daria Coppa
Giuseppe Corasaniti Juliane Kokott Antonio Merone João Félix Pinto Nogueira
Giovanni Pitruzzella José Rozas Valdés Antonio Tizzano

Comitato di redazione

Lorenzo Bianchi Adriano Fazio Menita Giusy De Flora
Claudio La Valva Viviana Salerno

Annotatori

Francesco Cannas Marco Fanti Rovetta Gioacchino Galizia Stefania Lotito Fedele
Silvia Marinoni Giuditta Merone Sergio Messina Andrea Mucciariello
Giuseppe Rocco Stefano Maria Ronco Claudio Sciancalepore
Federico Sergio Enza Sonetti

Assistente del comitato di redazione

Teresa Vallefuoco



ANNALI IFE 2019

UNA LETTURA RAGIONATA
DELLE SENTENZE IN MATERIA TRIBUTARIA
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di

Pasquale Pistone

Maria Pia Nastri



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI
SUOR ORSOLA
BENINCASA

Redazione
Luciana Trama

Progetto grafico e stampa
Flavia Soprani, Carmine Marra

© Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli 2021
Tutti i diritti sono riservati

ISBN 979-12-80426-09-3

SOMMARIO

- 9 **Introduzione**
- 13 ***BREVI RIFLESSIONI E TENDENZE INTERPRETATIVE***
- 15 **Alberto Comelli**
*L'importanza della giurisprudenza della Corte di Giustizia
con particolare riferimento alla sentenza Glencore*
- 19 **Giuseppe Corasaniti**
*L'integrazione negativa in materia di imposizione diretta:
la sentenza Brussels Securities*
- 25 **Maria Pia Nastri**
*Le tendenze interpretative della Corte di Giustizia in tema
di accesso agli atti: la sentenza Glencore*
- 29 **Pasquale Pistone, João Félix Pinto Nogueira**
*La giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia
dell'Unione Europea nel 2019*
- 33 **Lorenzo Bianchi**
Le operazioni esenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia
- 37 **Menita Giusy De Flora**
*Brevi considerazioni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia
in materia di imposta sul valore aggiunto*
- 41 **Adriano Fazio**
*Interpretazione del diritto europeo e normativa sulle società
controllate estere*

47 Claudio La Valva
L'interpretazione della Corte di Giustizia in tema di soggettività passiva IVA

53 Viviana Salerno
L'evoluzione della giurisprudenza europea in materia di aiuti fiscali di Stato e tax ruling

61 **NOTE REDAZIONALI 2019 / TRIMESTRE**

- 63 C-410/17, 10 gennaio 2019 – A Oy
65 C-496/17, 16 gennaio 2019 – Deutsche Post AG contro Hauptzollamt Köln
67 C-310/16, 17 gennaio 2019 – Petar Dzivev e a.
69 C-272/17, 23 gennaio 2019 – K.M. Zyla contro Staatssecretaris van Financiën
71 C-165/17, 24 gennaio 2019 – Morgan Stanley & Co International plc
contro Ministre de l'Économie et des Finances
73 C-373/18, 31 gennaio 2019 – Prosa – Produtos e Serviços Agrícolas
contro Autoridade Tributária e Aduaneira
75 C-434/17, 13 febbraio 2019 – Human Operator Zrt. contro Nemzeti Adó-
és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága
77 C-562/17, 14 febbraio 2019 – Nestrade SA contro Agencia Estatal de la
Administración Tributaria (AEAT), Tribunal Económico Administrativo Central
79 Cause riunite T-131/16 e T-263/16, 14 febbraio 2019 – Regno del Belgio
(sostenuto da Irlanda) e Magnetrol International contro Commissione Europea
81 C-531/17, 14 febbraio 2019 – Vetsch Int. Transporte GmbH a
83 C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C-299/16, 26 febbraio 2019 –
N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Dan-mark I, Z Denmark ApS contro
Ministero delle Imposte
85 C-116/16, 117/16 (cause riunite), 26 febbraio 2019 – Skatteministeriet
contro T Danmark e Y Denmark Aps
87 T-679/16, 26 febbraio 2019 – Athletic Club contro Commissione Europea
89 T-865/16, 26 febbraio 2019 – Fútbol Club Barcelona contro Commissione Europea
91 C-278/18, 28 febbraio 2019 – Manuele Jorge Sequiera Mesquita
v Fazenda Pública
93 C-689/18, 7 marzo 2019 – XT contro Elliniko Dimosio
95 C-643/17, 7 marzo 2019 – Suez II Water Technologies & Solutions Portugal
Unipessoal Lda contro Fazenda Públicao
97 C-647/17, 13 marzo 2019 – Skatteverket contro Srf konsulterna AB
99 C-695/17, 14 marzo 2019 – Metirato Oy contro Suomen valtio/
Verohallinto e Eesti Vabariik/Maksuja Tolliamet
101 C-174/18, 14 marzo 2019 – Jean Jacob e Dominique Lennertz contro État belge
103 C-201/18, 27 marzo 2019 – Mydibel SA v État Belge
105 C-275/18, 28 marzo 2019 – Milan Vinš v Odvolací finanční ředitelství

107 **NOTE REDAZIONALI 2019 // TRIMESTRE**

- 109 C-214/18, 10 aprile 2019 – H.W. contro Aleksandra Treder
111 C-691/17, 11 aprile 2019 – PORR Építési Kft. contro Nemzeti Adó-
és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága

- 115 C-265/18, 2 maggio 2019 – Valstybinė mokesčių inspekcija prie Lietuvos Respublikos finansų ministerijos contro Akvilė Jarmuškienė
- 117 C-224/18, 2 maggio 2019 – Budimex S.A. contro Minister Finansów
- 119 C-133/18, 2 maggio 2019 – Sea Chefs Cruise Services GmbH contro Ministre de l'Action et des Comptes publics
- 121 C-598/17, 2 maggio 2019 – A-Fonds contro Inspecteur van de Belastingdienst
- 123 C-225/18, 2 maggio 2019 – Grupa Lotos S.A. contro Minister Finansów X Denmark A/S, C Dan-mark I, Z Denmark ApS contro Ministero delle Imposte
- 125 C-9/19, 8 maggio 2019 – Mitliv Exim contro Agenzia nazionale dell'amministrazione fiscale e Direzione generale dei grandi contribuenti
- 127 C-712/17, 8 maggio 2019 – EN.SA. Srl contro Agenzia delle Entrate – Direzione Regionale Lombardia Ufficio Contenzioso
- 129 C-566/17, 8 maggio 2019 – Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach contro Szef Krajowej Administracji Skarbowej
- 131 C-127/18, 8 maggio 2019 – A-PACK CZ, s.r.o. contro Odvolací finanční ředitelství
- 133 Causa C-568/17, 8 maggio 2019 – Staatssecretaris van Financiën contro L.W. Geelen
- 135 C-235/18, 15 maggio 2019 – Vega International Car Transport and Logistic – Trading GmbH contro Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie
- 137 T-836/16 e T-624/17, 16 maggio 2019 – Repubblica di Polonia contro Commissione Europea
- 141 C-665/18, 4 giugno 2019 – Polus Vegas contro Direzione dei ricorsi dell'Ufficio nazionale delle imposte
- 143 C-185/18, 12 giugno 2019 – Oro Efectivo SL contro Diputación Foral de Bizkaia
- 145 C-420/18, 13 giugno 2019 – I.O. contro Inspecteur van de rijksbelastingdienst
- 147 C-607/17, 19 giugno 2019 – Skatteverket contro Memira Holding AB
- 149 C-608/17, 19 giugno 2019 – Skatteverket contro Holmen AB
- 151 C-291/18, 20 giugno 2019 – Grup Servicii Petroliere SA contro Agenția Națională de Administrare Fiscală
- 153 C-319/18 P, 25 giugno 2019 – Fred Olsen SA contro Naviera Armas SA
- 157 C-597/17, 27 giugno 2019 – Belgisch Syndicaat van Chiropraxie e a. contro Ministerraad
- 159 T-20/17, 27 giugno 2019 – Ungheria contro Commissione Europea

161 NOTE REDAZIONALI 2019 III TRIMESTRE

- 163 C-316/16, 3 luglio 2019 – Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs contro The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge
- 165 C-242/18, 3 luglio 2019 – «UniCredit Leasing» EAD v Direktor na Direktsia 'Obzhalvane i danachno-osiguritelna praktika'
- 167 C-273/18, 10 luglio 2019 – SIA «Kuršu zeme» contro Valsts ieņēmumu dienests
- 169 C-26/18, 10 luglio 2019 – Federal Express Corporation Deutsche Niederlassung contro Hauptzollamt Frankfurt am Main
- 171 C-438/18, 15 luglio 2019 – Galeria Parque Nascente-Exploração de Espaços Comerciais SA contro Autoridade Tributária e Aduaneira

- 175 C-388/18, 29 luglio 2019 – Finanzamt A contro B
177 C-71/18, 4 settembre 2019 – Skatteministeriet contro KPC Herning
179 C-145/18, 5 settembre 2019 – Regards Photographiques SARL contro
Ministre de l'Action et des Comptes publics
181 T-703/18, 16 settembre 2019 – Repubblica di Polonia contro
Commissione Europea
183 C-700/17, 18 settembre 2019 – Finanzamt Kyritz contro Wolf-Henning Peters
185 C-662/18 e C-672/18, 18 settembre 2019 – AQ e DN contro Ministre
de l'Action et des Comptes publics
187 T-755/15 e T-759/15, 24 settembre 2019 – Irlanda e Fiat Chrysler
Finance Europe contro Commissione Europea
189 T-760/15, 24 settembre 2019 – Regno dei Paesi Bassi contro
Commissione Europea

191 NOTE REDAZIONALI 2019 IV TRIMESTRE

- 193 C-329/18, 3 ottobre 2019 – Valsts ieņēmumu dienests contro «Altic» SIA
195 C-42/18, del 3 ottobre 2019 – Finanzamt Trier contro Cardpoint GmbH
197 C-573/18 e C-574/18, 9 ottobre 2019 – C GmbH & Co. KG e C-eG Contro
Finanzamt Z
199 C-270/18, 16 ottobre 2019 – UPM France SAS contro Premier ministre,
Ministre de l'Action et des Comptes publics
201 C-189/18, 16 ottobre 2019 – Glencore Agriculture Hungary Kft. contro
Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága
203 C-4/18 e C-5/18, 16 ottobre 2019 – Michael Winterhoff contro Finanzamt Ulm
205 C-459/18, 17 ottobre 2019, Argenta Spaarbank NV contro Belgische Staat
207 C-653/18, 17 ottobre 2019 – Unitel sp. z o.o. contro Dyrektor Izby
Skarbowej w Warszawie
209 C-469/18, C-470/18, 24 ottobre 2019 – IN, JM contro Belgische Staat
213 C-35/19, 24 ottobre 2019 – BU contro Belgio
217 C-68/18, 7 novembre 2019 – SC Petrotel-Lukoil SA contro Agenția
Națională de Administrare Fiscală – Direcția Generală de Administrare a
Marilor Contribuabili, Agenția Națională de Administrare Fiscală –
Direcția Generală de Soluționare a Contestațiilor
219 C-641/17, 13 novembre 2019 – College Pension Plan of British Columbia
contro Finanzamt München Abteilung
221 C-585/17, 14 novembre 2019, Causa promossa da Finanzamt Linz
e Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr Domanda di pronuncia pregiudiziale
proposta dal Verwaltungsgerichtshof
223 C-400/18, 20 novembre 2019, Infohos v Belgische Staat
225 C-389/18 del 19 dicembre 2019, Brussels Securities SA contro État belge
227 C-707/18 del 19 dicembre 2019 – Amărăști Land Investment SRL contro
Direcția Generală Regională a Finanțelor Publice Timișoara, Administrația
Județeană a Finanțelor Publice Timiș

229 INDICE ANALITICO SENTENZE

PASQUALE PISTONE
JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA

La giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia
dell'Unione Europea nel 2019

Il 2019 ha segnato un traguardo quantitativo importante nella giurisprudenza fiscale della Corte di Giustizia Europea in materia di imposta sul valore aggiunto, con il superamento della soglia delle 1000 sentenze nei cinquanta anni trascorsi dalla prima pronuncia¹. È stato però un anno importante anche da un punto di vista qualitativo per la giurisprudenza fiscale europea, specialmente in relazione alle imposte dirette, dove però il numero di pronunce è notevolmente calato rispetto al 2018².

Nel 2019, infatti, la Corte di Giustizia ha pronunciato le cosiddette sentenze danesi sul beneficiario effettivo³, in cui ha chiarito la portata dell'obbligo di contrasto alle pratiche abusive come principio del diritto dell'Unione Europea. Formalmente, queste sentenze non hanno un vero e proprio carattere innovativo, in quanto la Corte ha riconosciuto l'esistenza di questo principio per vari decenni all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea. In sostanza, però, tali sentenze eliminano ogni dubbio in merito all'esistenza del suddetto obbligo nelle materie rilevanti per questo ordinamento giuridico, indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme di contrasto all'elusione fiscale nei singoli Stati membri. Le sentenze danesi però non risolvono tutti i problemi che emergono nell'Unione Europea in relazione a tale fenomeno. Lasciano infatti impregiudicati quelli emersi

¹ In questo senso v. LEJEUNE, J., VERMEIRE, L., *50 years of case law in VAT: in what direction is the CJEU going?*, in «Kofler», G. e aa. (eds.), *CJEU – Recent Developments in Value Added Tax 2019*, Series on International Tax Law, vol. 123, Linde, 2020, p. 269.

² Infatti, a fronte delle 24 sentenze della Corte di Giustizia Europea nel 2018 relative ai vari ambiti delle imposte dirette, nel 2019 ve ne sono state solo 14, cui si aggiungono 3 sentenze del Tribunale in tema di aiuti di Stato.

³ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, cause riunite C-115/16 e aa., *N Luxembourg*; Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, cause riunite C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, su cui v. il commento di S. Ronco, in «DPTI», XXX, pp. 20

nella sentenza *3M Italia*⁴, avente a oggetto situazioni giuridiche soggettive prive di un collegamento con il diritto dell'Unione Europea, e non chiarisce in modo definitivo i confini dell'elusione fiscale. Quest'ultimo problema riguarda la sfortunata non coincidenza nella formulazione della soglia di tolleranza di questo fenomeno nelle sentenze danesi e nella coeva sentenza *X GmbH* – anch'essa adottata dalla Grande Sezione, ma con un diverso giudice relatore – in tema di legislazione sulle società controllate estere⁵. Infatti, nelle prime la Corte qualifica come abusive quelle fattispecie “essenzialmente” determinate da finalità di risparmio d'imposta⁶, confermando il proprio orientamento giurisprudenziale consolidato e formulato per la prima volta nella sentenza *Part Service*⁷; nella seconda invece prospetta tale qualificazione in relazione alle situazioni in cui le suddette finalità sono “la ragione principale” o “una delle ragioni principali”⁸. Non rinvenendosi ragioni che indichino chiaramente il fondamento di un superamento dell'orientamento giurisprudenziale consolidato, può ritenersi che questa diversa sfumatura sia stata causata dalla formulazione delle questioni pregiudiziali o dalla irrilevanza del diverso standard per le fattispecie concrete. Il fatto però che la formulazione adottata dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza *X GmbH* corrisponda a quella contenuta anche nella clausola generale antielusione dell'art. 6 della direttiva antielusione (ATAD) crea però il potenziale per ulteriori questioni interpretative che di certo non tarderanno a raggiungere la Corte di Giustizia nei prossimi anni.

Il contrasto alle pratiche abusive e fraudolente è comunque un tema che genera frequenti interventi interpretativi da parte della giurisprudenza fiscale della Corte di Giustizia Europea. In tema di imposta sul valore aggiunto si segnalano due interessanti pronunce nel 2019, nelle cause *Vetsch*⁹ e *Glencore Agriculture Hungary*¹⁰, in cui la Corte ha introdotto limitazioni al proprio orientamento in base al quale anche il terzo in buona fede non risponde dell'imposta evasa nei casi in cui “avrebbe dovuto ragionevolmente sapere” dell'esistenza dello schema fraudolento. Le suddette pronunce dimostrano implicitamente la consapevolezza da parte della Corte degli effetti indesiderati che il precedente

⁴ Corte di Giustizia, 29 marzo 2012, causa C-417/10, *3M Italia*.

⁵ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, causa C-135/17, *X GmbH*, su cui v. il commento di A. FAZIO, in «DPTI», XXXX, [4-2020], pp. 20

⁶ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, cause riunite C-115/16 e aa., *N Luxembourg*, cit., para. 107; CGUE, cause riunite C-116/16 e C-117/16, *T Danmark*, cit., para. 79.

⁷ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-425/06, *Part Service*, para. 62.

⁸ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, causa C-135/17, *X GmbH*, para. 77.

⁹ Corte di Giustizia, 14 febbraio 2019, causa C-531/17, *Vetsch*.

¹⁰ Corte di Giustizia, 16 ottobre 2019, causa C-189/18, *Glencore Agriculture Hungary*, su cui v. il commento di G. MERONE, in «DPTI», XX, [2-2020], pp. 20.

orientamento è in grado di produrre presumendo la conoscenza dello schema fraudolento anche in presenza di indici oggettivi. Nella causa *Dzivev*, la Corte di Giustizia Europea ha poi fatto un ulteriore passo in avanti verso la difesa effettiva dei diritti del contribuente, intervenendo con una limitazione all'utilizzo delle intercettazioni, che amplia la portata della precedente giurisprudenza *WebMindLicences*¹¹. Peraltro, il numero di cause fiscali sulla protezione dei diritti fondamentali rimesse alla Corte di Giustizia cresce in modo significativo, anche grazie al contributo delle Corti italiane, che tra il 2010 e il 2019 hanno rimesso ben nove questioni in via pregiudiziale, il più alto in tale contesto tra tutti quelli degli altri Stati membri. Quest'orientamento giurisprudenziale molto favorevole alla rimessione di questioni in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea da parte delle Corti italiane ne riflette l'attitudine più generale in tema di imposta sul valore aggiunto, ma non invece rispetto alle imposte dirette, dove le rimessioni sono generalmente molto più limitate¹². Quest'ultimo atteggiamento va stigmatizzato, in quanto potrebbe essere un indicatore indiretto della mancanza di una tutela effettiva del diritto dell'Unione Europea davanti al giudice tributario italiano in relazione a queste imposte.

Auspichiamo quindi che l'attività del Centro Studi *Ius Fiscale Europaeum* – IFE a sostegno della promozione della conoscenza del diritto tributario europeo e della giurisprudenza delle Corti sovranazionali possa fornire l'occasione per una maggiore circolazione dei problemi di interpretazione e applicazione anche tra i giudici tributari italiani, per consentire loro un più agevole coinvolgimento nell'attuazione del diritto europeo per quanto di loro competenza.

¹¹ Corte di Giustizia, 17 dicembre 2015, causa C-419/14, *WebMindLicences*.

¹² Nel 2019 è stata rimessa solo una causa in materia di imposte dirette, C-168/19 e C-169/19, HB e IC/.INPS, da parte della Corte dei conti – Sezione Giurisdizionale per la Regione Puglia.

LORENZO BIANCHI

Le operazioni esenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Nell'anno 2019 la Corte di Giustizia ha proseguito la sua costante opera di definizione degli elementi costitutivi delle operazioni esenti IVA (senza diritto alla detrazione, secondo la definizione unionale), individuate principalmente negli articoli 132, 133 e 135 della Direttiva 112/2006 (nel prosieguo solo la Direttiva) e recepite nell'ordinamento italiano nell'art. 10 del d.P.R. 633/1972.

La sentenza del 20 novembre 2019, *Infohos*, causa C-400/18, è intervenuta sui limiti d'applicazione della fattispecie di cui all'art. 132, paragrafo 1, lettera f), della Direttiva (già art. 13, parte A, paragrafo 1, lettera f), della sesta direttiva 77/388/CEE). Quest'ultima esenta le prestazioni di servizi effettuate da associazioni autonome di persone ai loro membri in quanto necessarie all'esercizio dell'attività sociale e purché erogate a fronte di un esatto rimborso delle spese comuni imputabili a ciascuno membro. Nell'esaminare la posizione della *Infohos* – un'associazione specializzata nell'informatica ospedaliera che forniva prestazioni di servizi sia agli ospedali a essa affiliati, sia a soggetti non membri – la Corte ha affermato (punto 41) che non impedisce di godere della prevista esenzione il fatto che l'associazione che svolge l'attività esente non fornisca delle prestazioni di servizi solo ai propri membri, ma anche a terzi. La diversa qualità dei committenti, infatti, comporta semplicemente un diverso regime delle prestazioni di servizi: da un lato, l'esenzione di quelle rese ai membri (ricorrendone anche tutti gli altri presupposti); dall'altro, l'imponibilità di quelle fornite ai soggetti terzi. Il che porta all'altrettanto conseguente incompatibilità della norma nazionale che, con un'interpretazione in contrasto con la finalità (punto 40) della norma unionale¹, subordini la concessione dell'e-

¹ Sulla funzione generale dell'esenzione nel contesto della Direttiva iva, si veda anche la sentenza del 5 marzo 2020, *Idealmed III*, causa C-211/18, in *Dir. prat., trib. Int.*, 2020, 1106 e ss.,

senzione alla condizione che le associazioni autonome di persone forniscano servizi esclusivamente ai loro membri.

Con la sentenza del 28 febbraio 2019 *Manuale Jorge Sequeira Mesquita/Fazenda Pública*, causa C-278/18, la Corte ha ricondotto l'affitto di un vigneto a una società produttrice di vini nell'ambito dell'esenzione di cui all'articolo 135, paragrafo 1, lettera l), e paragrafo 2, della Direttiva (già art. 13, parte B, lettera b), della sesta direttiva). Tale l'esenzione si applica all'affitto e alla locazione di beni immobili, con esclusione, tuttavia, delle prestazioni di alloggio alberghiero o analoghe, di locazione di aree destinate al parcheggio dei veicoli, nonché di utensili e macchine fissati stabilmente all'immobile o delle locazioni di casseforti. La *ratio* dell'esenzione (punto 19) risiede nel fatto che la locazione o l'affitto d'immobili costituiscono di norma un'attività, seppur economica, relativamente passiva, che non produce un valore aggiunto significativo, seppur con l'eccezione dei casi che hanno un carattere industriale e commerciale. Tra queste, le fattispecie d'espressa esclusione normativa sopra descritte o quelle che hanno un oggetto che è caratterizzato dall'esecuzione di una prestazione più che dalla semplice messa a disposizione di un bene.

Coerentemente con tale premessa, la Corte (punti 21 e 22) ha escluso dal beneficio dell'esenzione quelle attività in cui la disponibilità del bene immobile locato risulta secondaria rispetto all'esercizio di altre attività commerciali collegate all'utilizzo dell'immobile quali, ad esempio, la messa a disposizione di impianti o di servizi di supervisione o di gestione dell'immobile da parte del proprietario. Per contro, tuttavia, il fatto che il locatario sfrutti, quand'anche per scopi commerciali, il bene immobile condotto (in quanto tale e senza l'ottenimento dal proprietario di altre attività o prestazioni) non è, di per sé stesso, tale da far sì che il proprietario del bene in questione sia escluso dal beneficio dell'esenzione. Esattamente per tale ragione, la Corte ha ammesso all'esenzione lo sfruttamento agricolo di un fondo rustico (adibito a vigneto) e affittato (per un periodo di tempo limitato seppur soggetto a rinnovo) a una società operante nel settore economico (la viticoltura, nel caso) collegato alla cultura a cui è destinato il fondo stesso.

La Corte è altresì intervenuta a precisare l'ambito applicativo dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera b), della Direttiva con le due sentenze del 15 maggio 2019, *Vega International*, causa C-235/18 e del 17 ottobre 2019, *Paulo Nascimento Consulting – Mediação Imobiliária Lda*, causa C-692/17. La norma unionale, come noto, dispone l'esenzione per "la concessione e la

con commento di L. Bianchi, *L'esenzione iva delle prestazioni sanitarie e il requisito delle "condizioni sociali analoghe" d'erogazione secondo la Corte di giustizia.*

negoziazione di crediti” nonché per “la gestione di crediti da parte di chi li ha concessi”.

Con la prima pronuncia (*Vega International*), la Corte ha incluso nella fattispecie esente la messa a disposizione di carte per il pagamento del rifornimento di carburante (c.d. carte carburante) da parte di una società madre alle proprie controllate, il cui valore veniva successivamente rifatturato a queste ultime con una maggiorazione percentuale.

La descritta attività di messa a disposizione di carte carburante è stata qualificata dalla Corte come prestazione di servizi, non potendo rientrare nella categoria di cessione di beni², in mancanza di un acquisto diretto del carburante da parte della *holding* e della sua successiva rivendita alle controllate. Tale prestazione è stata conseguentemente qualificata dalla Corte come servizio di concessione di credito esentato dall’IVA, ai sensi della norma citata, poiché – indipendentemente dal fatto (irrilevante ai fini iva) che essa non fosse svolta da un intermediario finanziario abilitato – la rifatturazione del valore maggiorato delle carte rappresenta nella sostanza una remunerazione alla *holding* per la concessione di un credito, rappresentato dal finanziamento alle controllate per l’acquisto del carburante per i loro veicoli.

La questione pregiudiziale di cui alla seconda pronuncia (*Paulo Nascimento Consulting*) ha riguardato, invece, la cessione a titolo oneroso, in favore di un terzo, della posizione processuale (intesa come insieme di diritti e obblighi) in un’azione esecutiva per la riscossione forzata di un credito del soggetto passivo cedente. La Corte ha escluso la specifica fattispecie dall’ambito applicativo dell’esenzione citata poiché (punti 35 e 36) le circostanze all’origine della controversia principale non si riferivano a un credito consistente nella messa a disposizione di un capitale, debitamente retribuito con il pagamento di interessi, o in un pagamento differito del prezzo di acquisto di un bene concesso da un fornitore, mediante il pagamento di interessi su tale credito. L’estraneità della posizione processuale ceduta rispetto all’applicazione d’interessi su un finanziamento esclude, dunque, che possa considerarsi una negoziazione di crediti la cessione a titolo oneroso di tutti i diritti e gli obblighi derivanti da una posizione processuale nell’ambito di un procedimento esecutivo per la riscossione forzata di un credito.

Infine, di particolare rilievo ricostruttivo (anche dalla prospettiva tributaria nazionale) è il dispositivo della sentenza del 4 settembre 2019, *KPC Hering*, causa C-71/18, con cui la Corte ha esaminato il concetto di terreno

² La possibilità di una rettifica di tale specifica operazione, quand’anche nel corso di una verifica fiscale, al fine di ottenere la neutralizzazione del cambio di regime, è stata recentemente prevista dalla Corte di Giustizia con la sentenza del 18 marzo 2021, *UAB P*, causa C-48/20.

edificabile ai sensi dell'articolo 135, paragrafo 1, lettera j), della Direttiva. La citata lettera prevede un'esenzione IVA a favore delle cessioni di fabbricati, diverse da quelle effettuate anteriormente alla prima occupazione dell'immobile e previste dall'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), della Direttiva. Secondo la Corte (punto 56), nel loro combinato disposto le due disposizioni operano una distinzione tra la cessione di vecchi o di nuovi fabbricati, ove la vendita dei primi, in linea di principio, non è assoggettata a IVA in ragione di un'assenza relativa di generazione di un valore aggiunto. In altre parole, la *ratio* dell'esenzione risiede nel fatto che la vendita di un fabbricato, successiva alla sua prima cessione, a un consumatore finale segna la fine del processo di produzione e non genera un valore aggiunto significativo.

Sulla base di tale criterio ricostruttivo, la Corte ha correttamente escluso che un'operazione di cessione di un terreno che incorpora, alla data di tale cessione, un fabbricato collabente non possa essere qualificata come cessione di un «terreno edificabile» quando tale operazione sia economicamente indipendente da altre prestazioni e non formi, con queste ultime, un'unica operazione, anche se l'intenzione delle parti era che il fabbricato fosse totalmente o parzialmente demolito per fare posto ad un nuovo fabbricato.

Il principio, sebbene determinato necessariamente dalle logiche strutturali dell'iva, dovrebbe orientare verso una coerente soluzione anche il dibattito nazionale sugli effetti – ai fini dell'imposta di registro e dell'Irpef – della riqualificazione (in termini di terreno edificabile) della cessione di un fabbricato collabente destinato alla demolizione e alla successiva sua riedificazione.

Le pronunce brevemente descritte – alle quali vanno aggiunte quelle coeve già oggetto di ampi commenti dottrinali (*A & G Fahrschul-Akademie GmbH*, C-449/17; *Finanzamt Kyritz/Wolf-Henning Peters*, C-700/17; *Michael Winterhoff*, C-4/18 e C-5/18) – evidenziano quei criteri teleologici e di rigorosa coerenza sistematica che guidano ormai da tempo l'interprete nell'esame della normativa d'esenzione, a partire da quelli di neutralità e di stretta interpretazione, che consentono anche al giudice nazionale di eliminare le inevitabili distonie tra la disciplina unionale e quella attuativa nazionale.

MENITA GIUSY DE FLORA

Brevi considerazioni sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di imposta sul valore aggiunto

Nel 2019, la Corte di Giustizia ha aggiunto ulteriori tasselli nella ricerca del giusto contemperamento tra la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea ed i diritti fondamentali garantiti dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo.

La Corte di Giustizia¹ si è, infatti, pronunciata con toni innovativi sull'art. 325, paragrafo 1, TFUE, nonché sull'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea².

Allo stadio attuale, il diritto dell'Unione Europea non stabilisce norme relative alle modalità di assunzione delle prove ed al loro utilizzo nell'ambito di procedimenti penali in materia di IVA. Ne deriva, pertanto che tale ambito, in linea di principio, ricade nella competenza degli Stati membri.

Quest'ultimi hanno l'obbligo di contrastare le frodi e gli illeciti che ledono gli interessi finanziari Unione Europea e devono garantire che le norme di procedura penale, sancite dal diritto nazionale, consentano una repressione effettiva dei reati collegati ai comportamenti illeciti. Tuttavia, anche se le sanzioni e le procedure amministrative e penali ad esse relative, istituite dagli Stati membri per lottare contro le violazioni delle norme armonizzate in materia di IVA, rientrano nella loro autonomia procedurale ed istituzionale,

¹ Corte di Giustizia, 17 gennaio 2019, causa C-310/16, *Dzivev*.

² Già prima dell'attuale assetto istituzionale dell'Unione, gli interessi finanziari dell'Unione Europea trovavano protezione attraverso il principio di leale cooperazione e la normativa adottata sulla base del primo e terzo pilastro. Secondo la sentenza del *Mais greco-Yugolavo* (Corte di Giustizia, 21 settembre 1989, causa C-68/1988, *Commissione v. Repubblica ellenica*), il principio di leale cooperazione sancito nell'art. 5 TCEE (ora art. 4 TUE) impone agli Stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario (ora diritto europeo), quindi, l'obbligo di prevedere all'interno del proprio ordinamento sanzioni adeguate ed efficaci a prevenire e reprimere le offese contro gli interessi finanziari della Comunità (ora Unione), nonché analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza.

quest'ultima è limitata, oltre che dal principio di proporzionalità e di equivalenza³, anche dal principio di effettività, il quale impone che tali sanzioni siano effettive e dissuasive.

Inoltre, anche nel contrasto alle frodi agli interessi finanziari dell'Unione Europea, è necessario rispettare la centralità del principio di legalità nella materia penale, inteso come limite al primato del diritto europeo ed alla disapplicazione di norme nazionali incompatibili con i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione Europea.

Pertanto, la Corte di Giustizia permette di resistere al tentativo di affermare il primato del diritto dell'Unione Europea rispetto a tradizioni costituzionali comuni e principi generali degli ordinamenti penali nazionali, con conseguenze anche sul cd. principio dell'effetto utile, in base al quale una determinata norma deve essere interpretata in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo in essa prefissato.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sembra, quindi, emergere una nozione di materia penale che prescinde da una distinzione tra norma processuale e norma sostanziale.

È possibile, pertanto, individuare ed assicurare tratti indefettibili di protezione nei confronti di un soggetto sottoposto ad un processo penale, indipendentemente dal riparto delle competenze normative tra diritto interno e diritto sovranazionale.

In particolare, nel caso delle intercettazioni telefoniche, poiché quest'ultime costituiscono un'ingerenza nel diritto alla vita privata, tale ingerenza può essere ammessa solo se prevista dalla legge e se, nel rispetto del contenuto essenziale del suddetto diritto e del principio di proporzionalità, sia necessaria e risponda effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione Europea.

Ne deriva, quindi, un sistema in cui la Corte di Giustizia persegue, come obiettivo primario, la tutela dei diritti fondamentali attraverso gli strumenti previsti dalla normativa dell'Unione Europea ovvero, in via sussidiaria, dalla disciplina nazionale, qualora quella europea risulti carente. In altri ter-

³ Si osserva che sono gli stessi Trattati che richiedono un ragionevole bilanciamento tra gli obiettivi dell'Unione Europea ed i diritti fondamentali. L'art. 52, comma 1, impone di adottare un processo di razionalizzazione del bilanciamento dei valori che comporta la seguente verifica: la limitazione del diritto fondamentale prevista da una norma Unione Europea persegue "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" o l'"esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui"; esistono fattori di compensazione capaci di "rispettare il contenuto essenziale" del diritto fondamentale; la limitazione è strettamente "necessaria", non esistendo alternative meno invasive per il diritto fondamentale ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito. In giurisprudenza, v. Corte di Giustizia, 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*; Corte di Giustizia, 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi*.

mini, si considerano, in assenza di unificazione o armonizzazione, i principi e le regole elaborate a livello nazionale come strumenti di tutela dei principi e dei diritti riconosciuti dall'Unione Europea.

Nel 2019, la Corte di Giustizia⁴ ha altresì offerto l'opportunità di riflettere ulteriormente sul tema dell'indetraibilità dell'IVA e sul necessario contemperamento che deve realizzarsi tra i principi propri del sistema dell'IVA e l'esigenza di assicurare un'esatta riscossione dell'imposta nel contrasto all'evasione fiscale.

La lotta all'evasione ed alla frode fiscale nel campo dell'IVA è, infatti, un tema di grande interesse ed attualità, come testimoniano le continue pronunce della giurisprudenza europea, nelle quali si cerca di contemperare l'esigenza di costruire un sistema di tassazione che favorisca la circolazione dei fattori produttivi con la necessità di contrastare le pratiche illecite in tale settore dell'imposizione. Il diritto dei soggetti passivi di detrarre l'IVA assoluta sugli acquisti rappresenta un principio fondamentale del sistema comune dell'IVA⁵ e parte integrante del meccanismo dell'IVA che, in linea di principio, non può essere soggetto a limitazioni⁶ nel caso in cui i requisiti a cui tale diritto è subordinato, siano rispettati dai soggetti passivi che intendano esercitarlo⁷. Le limitazioni devono, infatti, essere espressamente previste dalla normativa dell'Unione Europea⁸ (come nel caso delle operazioni esenti) ovvero in ipotesi legate ad eventi straordinari. Inoltre, tale diritto non può essere pregiudicato a seguito dell'entrata in vigore di disposizioni interne di uno Stato membro che limitino o rendano eccessivamente gravosa la realizzazione del principio di neutralità dell'imposta. Esso è, infatti, fondamentale per garantire la neutralità del sistema dell'IVA⁹, in quanto è inteso ad esonerare interamente il soggetto passivo dall'IVA dovuta o assoluta nell'ambito di tutte le sue attività economiche, sempre che queste siano, di per sé, soggette all'IVA¹⁰.

⁴ Corte di Giustizia, 3 ottobre 2019, causa C-329/18.

⁵ V., tra le tante, Corte di Giustizia, 15 settembre 2016, causa C-518/14, *Senatex*.

⁶ V., tra le tante, Corte di Giustizia, 6 settembre 2012, causa C-324/11, *Tóth*.

⁷ V. Corte di Giustizia, 9 ottobre 2017, causa C-101/16, *Paper Consult*.

⁸ V., tra le tante, Corte di Giustizia, 6 ottobre 2005, causa C-243/03, *Commissione c. Francia*; Corte di Giustizia, 6 ottobre 2005, causa C-204/03, *Commissione c. Spagna*; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*.

⁹ V., tra le tante, Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, causa C-37/95, *Ghent Coal Terminal*, par. 15; Corte di Giustizia, 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*; Corte di Giustizia, 29 aprile 2004, causa C-137/02, *Faxworld*, punto 37; Corte di Giustizia, 21 giugno 2007, causa C-435/05, *Inverstrand*, punto 22; Corte di Giustizia, 13 marzo 2008, causa C-437/06, *Securenta*, punto 25; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa 102/08, *SALIX Grundstücks-Vermietungsgesellschaft*, punto 71.

¹⁰ V., tra le tante, Corte di Giustizia, 22 ottobre 2015, causa C-277/14, *PPUH Stehcemp*.

Da ciò ne deriva, tra l'altro, che il diritto alla detrazione non può essere compromesso dalla circostanza che, nella catena di cessioni, un'altra operazione, precedente o successiva, sia inficiata da frode all'IVA senza che il soggetto passivo lo sapesse o potesse saperlo¹¹.

Pertanto, gli operatori che adottano tutte le misure che si possono loro ragionevolmente richiedere al fine di assicurarsi che le loro operazioni non facciano parte di un meccanismo fraudolento, devono poter fare affidamento sulla liceità di tali operazioni senza rischiare che il diritto alla detrazione dell'IVA assolta sugli acquisti non sia loro riconosciuto¹².

Il livello di diligenza richiesto al soggetto passivo varia a seconda delle circostanze della fattispecie concreta, con la conseguenza che il contesto fattuale specifico potrebbe essere tale da richiedere una diligenza elevata (come, per esempio, con riferimento al valore dei beni nel contesto di un acquisto¹³) ovvero la necessità di assumere informazioni sui loro partner commerciali al fine di sincerarsi della loro affidabilità¹⁴.

In ogni caso, il livello di diligenza può basarsi su diversi contesti fattuali, ma sempre nell'ambito della direttiva IVA e del suo regime giuridico.

La suddetta posizione è stata evidenziata dalla Corte di Giustizia¹⁵ anche in una rilevante sentenza sempre del 2019 che, oltre a ribadire l'importanza di dimostrare la consapevole partecipazione del soggetto passivo alla frode IVA, attribuisce fondamentali diritti ai soggetti nell'ambito della fase procedimentale¹⁶.

¹¹ Corte di Giustizia, 6 luglio 2006, cause riunite C-439/04 e C-440/04, *Kittel e Recolta Recycling*, punti 45 e 46.

¹² Corte di Giustizia, 21 giugno 2012, cause riunite C-80/11 e C-142/11, *Mahagében e Dávid*, punto 53.

¹³ Corte di Giustizia, 14 giugno 2017, causa C-26/16, *Santogal M-Comércio e Reparação de Automóveis*, punto 74.

¹⁴ Corte di Giustizia, 21 giugno 2012, cause riunite C-80/11 e C-142/11, *Mahagében e Dávid*, punto 60.

¹⁵ Corte di Giustizia, 16 ottobre 2019, causa C-198/18, *Glencore*.

¹⁶ Si fa riferimento, in particolare, al diritto di accesso del soggetto alle informazioni contenute nel suo fascicolo amministrativo e che sono state prese in considerazione per l'emanazione della decisione amministrativa.

ADRIANO FAZIO

Interpretazione del diritto europeo e normativa sulle società controllate estere

Il 2019 ha rappresentato un anno importante in quanto la Corte di Giustizia UE, a distanza di qualche tempo, è tornata sul tema della compatibilità delle discipline CFC degli Stati membri con il diritto primario dell'Unione Europea.

In particolare, il 26 febbraio 2019 è stata emessa la sentenza relativa alla causa C-135/17, *X GmbH*¹, con cui il Giudice euro-unitario ha esaminato, da un lato, la compatibilità delle norme sulle *controlled foreign companies* ("CFCs") con il diritto primario dell'UE² e, dall'altro, ha posto in evidenza (per la prima volta) le criticità emergenti dalla loro applicazione nel caso di società controllate residenti in paesi terzi.

La Corte di giustizia UE, in alcuni suoi importanti precedenti³, ha sancito che per determinare la libertà fondamentale applicabile per valuta-

¹ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2019, C-135/17, *X GmbH c. Finanzamt Stuttgart – Körperschaften*.

² Sul tema della compatibilità delle discipline CFC nazionali con il diritto primario UE si è soffermata autorevole dottrina internazionale. A tal proposito, tra gli altri, si vedano: M. LANG, *CFC Legislation and Community Law*, in «European Taxation», [42/2002], pp. 374 ss.; P. PISTONE, G. MAISTO, *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 1*, in «European Taxation», [2008], 48, 10; Id., *A European Model for Member States' Legislation on the Taxation of Controlled Foreign Subsidiaries (CFCs) – Part 2*, in «European Taxation», [2008], 48, 11; J. SANTOS PINTO, *The Role of the Concept of Control under CFC Legislation within the European Union vis-à-vis Third Countries*, in «European Taxation», [2013], 53, 2/3; D.S. SMIT, *Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the EU Freedom of Establishment*, in «Finance and Capital Markets», [2014], 16, 6; G. T.K. MEUSSEN, *Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States*, in «European Taxation», [2007], 47, 1; D. WEBER, *Abuse of Law in European Tax Law: An Overview and Some Recent Trends in the Direct and Indirect Tax Case Law of the ECJ – Part 2*, in «European Taxation», [2013], 53, 7.

³ Cfr. Corte di Giustizia UE, 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes v. Commissioners of Inland Revenue*; 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV*

re la compatibilità di una disciplina nazionale CFC innanzitutto bisogna fare riferimento a tale disciplina nazionale. Qualora la normativa interna, per poter essere applicata, richieda che venga esercitata un'influenza dominante nella società controllata estera, trova applicazione la libertà di stabilimento. In caso contrario, nell'eventualità in cui la disposizione nazionale sia applicabile anche a partecipazioni effettuate al solo scopo di realizzare un investimento finanziario senza intenzione di influire sulla gestione e sul controllo dell'impresa estera controllata, trova applicazione la libertà di circolazione dei capitali.

L'importanza della sentenza *X GmbH* è rappresentata dal fatto che in tale fattispecie, rispetto al *leading case Cadbury Schweppes*⁴, in cui la Corte di Giustizia UE aveva censurato l'applicazione della legislazione inglese sulle CFC per violazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 49, TFUE, la Corte è stata "costretta" a giudicare la legislazione tedesca sulle CFC non già su tale libertà, bensì sulla base del principio di libera circolazione dei capitali di cui all'art. 63, TFUE.

Ciò è avvenuto per due motivi: *i)* la società controllata era residente in un Paese terzo; *ii)* il giudizio di compatibilità della legislazione tedesca sulle CFC, anche laddove questo fosse stato astrattamente possibile, non avrebbe in ogni caso potuto essere condotto sulla base della libertà di stabilimento proprio in ragione delle peculiarità della suddetta legislazione tedesca, la quale, trovando applicazione anche in ipotesi di cc.dd. "investimenti di portafoglio" (i.e., quando il soggetto controllante detenga una partecipazione nella CFC pari ad almeno l'1% del capitale di quest'ultima), non presupponeva quella significativa partecipazione nel capitale sociale con finalità vicine all'esercizio del diritto di stabilimento.

Dalle considerazioni svolte emerge come, nel caso *X GmbH*, la Corte di Giustizia UE, stante la peculiarità della disciplina tedesca sulle CFC, non avrebbe potuto utilizzare gli stessi parametri del caso *Cadbury Schweppes*, ragion per cui la soluzione interpretativa raggiunta nella sentenza in commento non si pone quale arresto idoneo a smentire o superare le precedenti

of the ACT Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue; 24 maggio 2007, causa C-157/05, *Winfried L. Holbock v. Finanzamt Salzburg-Land*; 13 novembre 2012, causa C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*; ord., 4 febbraio 2016, causa C-194/15, *Véronique Baudinet e a. v. Agenzia delle Entrate*; 13 novembre 2014, causa C-112/14, *Commissione/ Regno Unito*.

⁴ L'interpretazione seguita nella sentenza *Cadbury Schweppes* è stata sostanzialmente confermata sia dalla successiva giurisprudenza della Corte (cfr. ad es. la sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*), sia dalla Commissione europea nella comunicazione COM(2007) 785 def del 10 dicembre 2007, riguardante "L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta all'interno dell'UE e nei confronti dei Paesi terzi".

indicazioni già fornite nel *leading case* avente ad oggetto lo scrutinio della legislazione CFC inglese, ponendosi semmai in rapporto di parallelismo e di maggior specificazione, con particolare riguardo al funzionamento della summenzionata disciplina quando siano coinvolte società residenti in paesi terzi.

Il 2019 rappresenta dunque l'anno in cui la Corte di Giustizia sembra chiudere il cerchio con riguardo al tema della compatibilità delle discipline nazionali CFC con il diritto primario europeo e completa l'attività ermeneutica avviata con la sentenza *Cadbury Schweppes*, nella misura in cui fornisce precise ed ulteriori indicazioni anche nel caso in cui le società controllate siano residenti in paesi terzi.

In questa prospettiva, si apprezzano i punti di contatto e di difformità tra la sentenza *X GmbH* e la sentenza *Cadbury Schweppes* in merito all'iter logico-giuridico seguito dal Giudice europeo per verificare la sussistenza, prima, e la giustificazione, poi, di una restrizione alla libera circolazione dei capitali ex art. 63, TFUE.

E infatti, in un primo momento, la sentenza *X GmbH* appare fortemente allineata alla sentenza *Cadbury Schweppes*, nella misura in cui si afferma che una misura nazionale che limita una delle libertà europee può essere giustificata dalla necessità di prevenire l'evasione e l'elusione fiscale se concerne costruzioni di puro artificio, da intendersi come tali quelle strutture create al solo fine di eludere l'imposta normalmente dovuta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale di uno Stato membro⁵.

Il parallelismo con la sentenza *Cadbury Schweppes* termina però nel momento in cui il Giudice euro – unitario si trova ad esaminare la proporzionalità della legislazione CFC tedesca rispetto all'obiettivo di contrasto all'elusione e all'evasione transfrontaliere: è in questo ambito che il Giudice euro-unitario, stimolato dal giudice del rinvio, interrogandosi sulla trasponibilità nel caso in esame della nozione di "costruzione di puro artificio" adottata nella sentenza *Cadbury*, avverte evidentemente una certa difficoltà, determinata, in specie, dalle peculiarità della fattispecie sottoposta alla sua cognizione (peculiare legislazione tedesca sulle CFC e controllata residente in paese terzo).

A fronte di ciò, la Corte di Giustizia UE, avvedutasi che nel caso *X GmbH* occorre enucleare gli elementi qualitativi e quantitativi idonei a qualificare una "costruzione di puro artificio" stabilita in un paese terzo nella prospettiva della libera circolazione dei capitali e non della libertà di stabilimento (la quale, evidentemente, mira solo a disciplinare le condizioni alle quali le società possono stabilirsi in seno al mercato interno), ha precisato

⁵ Corte di Giustizia UE, 26 febbraio 2019, causa C-135/17, *X GmbH*, par. 73.

che, venendo in rilievo in questo caso il movimento transfrontaliero di capitali, la nozione di “costruzione di puro artificio” non può limitarsi agli elementi (relativi all’essenza di effettività economica dello stabilimento di una società) descritti nella sentenza *Cadbury*, potendo essere invece molteplici le forme per sottrarsi indebitamente all’imposizione in uno Stato membro o per fruire ivi indebitamente di un vantaggio fiscale.

È proprio nell’individuazione degli standard di identificazione dell’elusione/evasione fiscale che le discipline nazionali CFC tendono a contrastare che è ravvisabile la principale differenziazione tra la sentenza *Cadbury Schweppes* e la sentenza *X GmbH*: nel primo caso, quando si ha a riguardo all’applicazione di norme riguardanti la libertà di stabilimento, l’elusione fiscale sarebbe configurabile nel momento in cui risulti accertata l’assenza di effettività economica dello stabilimento di una società (in altro stato membro), mentre, quando si ha a che fare con l’applicazione di norme riguardanti la libera circolazione dei capitali, evidentemente gli standard di identificazione dell’elusione fiscale si ampliano, sino a ricomprendere qualsiasi operazione la cui “ragione principale” o “una delle ragioni principali” consista nel trasferimento artificioso di utili in stati (terzi) a bassa fiscalità, non essendo dunque sufficiente a questi fini la dimostrazione che la controllata estera abbia una qualche “sostanza economica”.

Come si nota, il 2019 ha oltremodo rappresentato un anno importante anche perché la Corte di Giustizia, insieme con le note “sentenze d’anesi”, ha approfondito il tema dell’abuso del diritto – affermandone la natura di principio immanente del diritto euro – unitario ed identificandone gli elementi costitutivi – anche nella prospettiva dell’operatività nelle ipotesi in cui vengano in rilievo le libertà fondamentali.

In ultimo, la sentenza *X GmbH* ha affrontato l’ulteriore e interessante tema della “proporzionalità” della disciplina CFC tedesca rispetto a quanto necessario al conseguimento del proprio obiettivo, ossia il contrasto all’elusione e all’evasione fiscali transfrontaliere.

In primo luogo, è stato rilevato come una disciplina di tal fatta, che presuppone l’esistenza di comportamenti artificiali per la sola ragione che ricorrono le condizioni enunciate nella normativa stessa, senza che al soggetto passivo residente sia data la possibilità di fornire elementi atti a dimostrare che la propria partecipazione nella società controllata non è finalizzata al trasferimento di utili in stati a bassa fiscalità, laddove riguardasse società (controllante e controllata) residenti entrambe in Stati membri sarebbe certamente censurabile per violazione della libertà di circolazione dei capitali⁶.

⁶ Corte di Giustizia UE, 26 febbraio 2019, causa C-135/17, *X GmbH*, par. 88.

Tuttavia, poiché nel caso di specie il procedimento principale riguardava non gli Stati membri, bensì paesi terzi, la Corte ha ricordato che la propria giurisprudenza vertente sulle restrizioni all'esercizio delle libertà di circolazione dei capitali in seno all'UE non può essere integralmente trasposta ai movimenti di capitali tra gli Stati membri e i paesi terzi, in quanto tali movimenti si collocano in un contesto giuridico diverso⁷.

Pertanto, al diritto del soggetto che controlla una società residente in un paese terzo di dimostrare le ragioni commerciali della sua partecipazione in tale società, si accompagna l'obbligo dello Stato membro di residenza di ascoltarlo in via preventiva solo ove esistano misure amministrative e regolamentari che consentano, se del caso, un controllo della veridicità delle informazioni fornite dal soggetto controllante⁸: in sostanza, lo Stato membro di residenza del soggetto controllante può rifiutare la concessione della suddetta possibilità al soggetto controllante laddove non siano contemplati, tra gli altri, a livello convenzionale, meccanismi di scambio di informazioni fiscali tra lo Stato di residenza e il paese terzo.

Alla luce di quanto detto, si può affermare che, nel caso *X GmbH*, la circostanza che la società controllata fosse residente in un paese terzo, oltre che le peculiarità della disciplina nazionale tedesca sulle CFC, consentono di poter affermare che la soluzione interpretativa adottata dalla CGUE non rappresenta, almeno sotto certi aspetti, un mutamento di orientamento rispetto a quanto già raggiunto nei propri precedenti resi in tema di CFC, ma anzi si ponga in rapporto di migliore individuazione delle condizioni di applicabilità nelle ipotesi in cui la società controllata sia residente in un paese terzo.

In definitiva, è evidente come la soluzione interpretativa fornita dalla Corte di Giustizia nel 2019 fornisca all'interprete alcune nuove indicazioni interessanti in merito alla sussistenza di una sorta di nuova "tripartizione" degli standard di identificazione dell'elusione fiscale transfrontaliera, nei termini che seguono: *i)* laddove venga in rilievo un tema di applicazione di norme in base al principio della libertà di stabilimento, trovano applicazione i criteri individuati nella sentenza *Cadbury Schweppes*, che, pertanto, nonostante l'arresto del 2019, mantengono la propria validità, stante il differente contesto cui si riferiscono (libertà di stabilimento in altro Stato membro UE); *ii)* nel caso in cui si ponga un tema di applicazione di norme in base al principio di libera circolazione dei capitali (soprattutto laddove sia coinvolto

⁷ Corte di Giustizia UE, 28 ottobre 2010, *Établissements Rimbaud*, causa C72/09, par. 40 e giurisprudenza ivi citata).

⁸ Corte di Giustizia UE, sentenze dell'11 ottobre 2007, *ELISA*, causa C451/05, par. 98; del 28 ottobre 2010, *Établissements Rimbaud*, causa C72/09, par. 45 e 46, e del 10 aprile 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, causa C190/12, par. 85.

un paese terzo]), trovano applicazione i criteri individuati nella sentenza *X GmbH*, che, tuttavia, si auspica saranno meglio esemplificati dal Giudice eu-ro-unitario; *iii*) da ultimo, nell'ipotesi in cui sia accertata la natura elusiva o evasiva di un'operazione transfrontaliera, secondo le modalità descritte nelle "sentenze danesi", non vi può essere alcuna libertà fondamentale sancita nel TFUE idonea a determinare la disapplicazione di una normativa nazionale (come quelle sulle CFC) introdotte con il fine di contrastare indebite sottrazioni all'imposizione nello Stato membro⁹.

⁹ Sul punto, anche la Corte di Cassazione, 10 ottobre 2019, n. 25490, ha precisato che «Non può esservi [...] tutela della libertà di circolazione dei capitali o di stabilimento laddove risulti la costruzione artificiosa delle condizioni necessarie per l'ottenimento dei benefici derivanti dall'applicazione della direttiva madre-figlia».

CLAUDIO LA VALVA

L'interpretazione della Corte di Giustizia in tema di soggettività passiva IVA

L'analisi ricostruttiva condotta sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia nel 2019 ha messo in luce interessanti prospettive ermeneutiche in materia di imposta sul valore aggiunto, segnatamente con riguardo all'interpretazione delle norme di diritto derivato ai fini della delimitazione degli ambiti di applicazione soggettivo e oggettivo, nonché con riferimento ai principi di detrazione¹, neutralità e proporzionalità².

Con particolare attenzione al tema della soggettività passiva IVA, si osserva che la Corte di Giustizia, nel 2019, ha fornito taluni importanti contributi nella direzione dell'evoluzione interpretativa degli articoli 9 e 10 della direttiva 2006/112/CE.

Secondo il diritto dell'Unione, emergente dal combinato disposto delle succitate norme della direttiva, si considera soggetto passivo dell'IVA chiunque esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo un'attività economica che sia astrattamente orientata all'effettuazione di operazioni rilevanti ai fini IVA, prescindendo da qualsivoglia valutazione in ordine allo scopo e ai risultati della medesima attività³.

La Corte di Giustizia⁴ ha, in più occasioni, evidenziato che l'articolo 9 della direttiva *“si basa sul principio generale secondo cui ogni attività di na-*

¹ Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia, sent. 3 luglio 2019, causa C-316/18, *University of Cambridge*.

² Cfr. *ex multis*, Corte di Giustizia, sent. 10 aprile 2019, causa C-214/18, PSM, punto 53, in cui la Corte ha affermato che *“i principi di neutralità dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una prassi amministrativa delle autorità nazionali competenti, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, secondo cui l'IVA relativa alle prestazioni di servizi fornite da un ufficiale giudiziario nell'ambito di un procedimento di esecuzione forzata è considerata inclusa nei diritti di esecuzione percepiti da quest'ultimo”*.

³ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 5 luglio 2018, causa C320/17, *Marle Participations*, punto 22; Corte di Giustizia, sent. 26 settembre 1996, causa C-230/94, *Enkler*.

⁴ Cfr. la sentenza PSM citata, punto 41.

tura economica è, in linea di principio, soggetta all'IVA"⁵ e che "la nozione di attività economica comprende ogni attività di produzione, di commercializzazione o di prestazione di servizi e, in particolare, le operazioni che comportano lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi carattere di stabilità"⁶.

In definitiva, nella prospettiva interpretativa della Corte, ai fini della delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo dell'IVA, assume rilevanza "ogni prestazione di servizi fornita a titolo oneroso da un soggetto passivo"⁷.

L'approccio ermeneutico adottato dalla Corte in merito all'interpretazione dell'art. 9 della direttiva, tende a considerare la nozione di soggettività passiva IVA in senso ampio⁸.

Al riguardo, si segnala la sentenza del 17 ottobre 2019, resa nella causa C-692/17, *Paulo Nascimento Consulting*, con cui la Corte, in linea di continuità con l'orientamento invalso in materia⁹, si è pronunciata sull'interpretazione dell'articolo 9 della direttiva 2006/112/CE affrontando la questione dell'assoggettamento all'IVA di operazioni effettuate a titolo occasionale da un contribuente per la sua attività principale, in un caso in cui l'attività secondaria di tale persona, pur costituendo un'attività economica e presentando un'affinità con la sua attività principale, non corrispondeva a quest'ultima.

In tale circostanza, la Corte ha concluso affermando che "una persona fisica, già soggetta all'IVA per un'attività economica che esercita in modo permanente, deve essere considerata come «soggetto passivo» per qualsiasi altra attività economica che esercita in modo occasionale, a condizione che tale attività costituisca un'attività ai sensi dell'articolo 9, paragrafo 1, secondo comma, della direttiva 2006/112".

Nel percorso evolutivo della giurisprudenza europea in tema di soggettività passiva IVA, un contributo di notevole rilievo è stato fornito dalla Corte di Giustizia con la sentenza *IO* del 13 giugno 2019, resa nella causa C-420/18.

⁵ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 19 gennaio 2017, causa C344/15, *National Roads Authority*, punto 36.

⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 8 novembre 2018, causa C-502/17, *C&D Foods Acquisition*, punto 29.

⁷ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 21 marzo 2013, causa C-197/12, *Commissione/Francia*, punto 30.

⁸ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 29 settembre 2015, causa C-276/14, *Gmina Wrocław*, dove, al punto 28, la Corte osserva che "i termini utilizzati in tale disposizione <ossia l'art. 9 della direttiva IVA (n.d.r.)>, in particolare il termine «chiunque», danno una definizione ampia della nozione di «soggetto passivo», incentrata sull'indipendenza nell'esercizio di un'attività economica nel senso che... tutte le persone fisiche e giuridiche, sia pubbliche che private, e anche gli enti privi di personalità giuridica, che obiettivamente soddisfino i criteri di cui a tale disposizione, sono considerate soggette all'IVA".

⁹ In tal senso cfr. Corte di Giustizia, sent. 13 giugno 2013, causa C-62/12, *Kostov*, punto 31.

In particolare, giudici della Corte sono stati chiamati a pronunciarsi su una domanda di rinvio pregiudiziale che aveva ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione degli articoli 9 e 10 della direttiva 2006/112/CE (e dunque la sussistenza del requisito dell'attività economica esercitata in modo indipendente) in relazione all'eventuale assoggettamento a IVA di un contribuente che, nel caso oggetto del giudizio, rivestiva la qualità di membro di un consiglio di vigilanza di una fondazione esercente l'attività di ospitalità nei confronti di persone in stato di bisogno.

Nella sentenza, la Corte articola l'esame della fattispecie sottoposta al suo vaglio in due distinti profili di valutazione che riguardano, da una parte, la sussistenza del carattere economico dell'attività svolta, dall'altra, l'esercizio indipendente della medesima attività.

Con riguardo al primo profilo, la Corte, dopo essersi riportata al proprio consolidato orientamento in tema di interpretazione degli articoli 9 e 10 della direttiva IVA¹⁰, ha affermato che un'attività del tipo di quella svolta dal contribuente nel caso di specie deve essere qualificata come "economica", poiché presenta un carattere stabile ed è svolta a fronte di un corrispettivo percepito dall'autore dell'operazione, indipendentemente dal fatto che l'attività fosse temporalmente limitata ad un mandato della durata di quattro anni¹¹.

La portata innovativa dell'approccio interpretativo adottato dalla Corte nella sentenza in esame si coglie con riguardo al secondo profilo in riferimento al carattere indipendente dell'attività svolta.

Infatti, i giudici osservano che, nel caso di specie, l'attività del contribuente non è svolta alle dipendenze e sotto la direzione della fondazione o del suo organo direttivo, in quanto essa si qualifica in termini di prestazione di servizi.

Ai fini della sussistenza del carattere di indipendenza dell'attività, la Corte di Giustizia ritiene che occorre verificare se il soggetto interessato svolga le sue prestazioni in nome proprio, per proprio conto e sotto la propria responsabilità, con contestuale assunzione del rischio economico derivante dall'esercizio in concreto della predetta attività¹².

L'aspetto più interessante del ragionamento argomentativo della Corte si coglie nella considerazione secondo cui il membro di un consiglio di sorveglianza di una fondazione, se da una parte non può considerarsi sottoposto a vincoli di sovraordinazione gerarchica nei confronti dell'organo di-

¹² In tal senso si richiamano le sentenze della Corte di Giustizia, 29 settembre 2015, causa C-276/14, *Gmina Wrocław*; 26 marzo 1987, causa C-235/85, *Commissione/Paesi Bassi*, punto 14; 27 gennaio 2000, causa C-23/98, *Heerma*, punto 18, nonché 18 ottobre 2007, causa C-355/06, *van der Steen*, punti da 21 a 25.

rettivo della fondazione (con conseguente insussistenza del requisito della subordinazione), tuttavia, egli non soddisfa il requisito dell'indipendenza ai fini dell'assoggettabilità a IVA, in quanto l'attività da lui svolta si caratterizza per l'assenza di qualsivoglia rischio economico¹³.

In definitiva, la Corte afferma che gli articoli 9 e 10 della direttiva IVA devono essere interpretati nel senso che un membro del consiglio di vigilanza di una fondazione che, pur agendo in assenza di vincoli di subordinazione nei confronti del predetto ente, non svolge attività indipendente, ma opera per conto e sotto la responsabilità del medesimo consiglio e non sopporta neppure il rischio economico derivante dalla sua attività, dal momento che egli percepisce una retribuzione fissa che non dipende né dalla sua partecipazione alle riunioni né dalle ore di lavoro che egli ha effettivamente svolto.

Ne consegue che, con specifico riguardo alla predetta attività, non può configurarsi il requisito soggettivo dell'IVA che, pertanto, sarà inapplicabile al caso di specie.

In riferimento al soprarichiamato profilo dell'assunzione del rischio ai fini della puntuale individuazione del requisito della indipendenza richiesto dall'art. 9 della direttiva IVA, l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia nella pronuncia in esame si pone in linea con il consolidato indirizzo ermeneutico in materia.

Al riguardo, si segnala la sentenza *Morgan Stanley del 24 gennaio 2019, resa nella causa C-165/17, con la quale la Corte di Giustizia ha affermato che "nel caso di una società la cui sede centrale si trovi in uno Stato membro e la cui succursale sia immatricolata in un altro Stato membro... la casa madre e la succursale costituiscono un unico e medesimo soggetto passivo ai fini dell'IVA, salvo che sia dimostrato che la succursale svolge un'attività economica indipendente, ciò che si realizzerebbe in particolare nel caso in cui detta succursale sopportasse il rischio economico inerente alla sua attività"*¹⁴.

L'opera ricognitiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia, svolta con riguardo al 2019, ha messo in luce la tendenza evolutiva e dinamica dell'approccio interpretativo adottato in tema di soggettività passiva IVA e al quale la stessa Corte ha inteso dare continuità.

¹³ Sul punto, la Corte di Giustizia richiama le seguenti pronunce: sentenza del 23 marzo 2006, causa C210/04, *FCE Bank*, punti da 35 a 37; sentenza 18 ottobre 2007, causa C-355/06, *van der Steen*, punti da 24 a 26; sentenza 24 gennaio 2019, causa C-165/17, *Morgan Stanley & Co International*, punto 35.

¹⁴ In senso conforme cfr. Corte di Giustizia, sent. 17 settembre 2014, causa C-7/13, *Skandia America*; punto 25; sent. 23 marzo 2006, causa C210/04, *FCE Bank*, punto 35.

A titolo di esempio, si richiama il citato caso *Gmina Wrocław*, in cui la Corte di Giustizia, pronunciando sulla questione relativa al riconoscimento della soggettività passiva dell'IVA degli enti di diritto pubblico (nella specie le unità iscritte al bilancio comunale), ha interpretato l'art. 9 della direttiva IVA alla stregua dei criteri e dei metodi utilizzati ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti di indipendenza e del carattere economico dell'attività svolta¹⁵.

Nella più ampia prospettiva di assicurare la creazione e la circolazione di modelli interpretativi orientati all'uniforme applicazione del diritto europeo negli ordinamenti interni dei Paesi membri¹⁶, la Corte di Giustizia opera un bilanciamento fra due esigenze contrapposte: da una parte quella di mantenere un approccio ermeneutico il più possibile fondato sul criterio casistico-induttivo (*case-by-case approach*) e sul metodo ricognitivo ispirato all'interpretazione delle norme di diritto primario e secondario secondo il loro tenore letterale, il loro contesto e le loro finalità; dall'altra, l'esigenza di adeguare l'interpretazione del diritto dell'Unione ai continui mutamenti del contesto sociale e giuridico in cui le norme sono destinate a trovare concreta applicazione.

Volgendo l'attenzione al caso *IO*, esaminato nella presente rassegna, si ritiene che l'approccio interpretativo adottato dalla Corte di Giustizia con riguardo all'interpretazione degli articoli 9 e 10 della direttiva IVA sia destinato a trovare futuri sviluppi in un più ampio numero di fattispecie.

A fini casistici, si possono richiamare i *pending cases LN* di cui alla causa C-655/19 e *Gmina Wrocław* relativo alla causa C-604/19.

Nel primo caso, la questione pregiudiziale che la *Curtea de Apel Alba Iulia della Romania* ha sottoposto alla Corte di Giustizia riguarda l'assoggettabilità a IVA di un soggetto creditore che, avendo concesso prestiti garantiti da ipoteche su beni immobili, si era aggiudicato tali beni nell'ambito di un procedimento di esecuzione forzata per poi procedere alla loro vendita.

Con la seconda fattispecie, la Corte di Giustizia è stata investita della questione relativa alla individuazione della soggettività passiva IVA nei confronti di un Comune che aveva percepito, sotto forma di canone, un corrispettivo derivante dalla conversione di un diritto di usufrutto perpetuo su un bene immobile in un diritto di proprietà.

¹⁵ Nel caso deciso dalla Corte, i giudici hanno affermato che "l'articolo 9, paragrafo 1, della direttiva IVA dev'essere interpretato nel senso che enti di diritto pubblico, quali le unità iscritte al bilancio comunale di cui al procedimento principale, non possono essere qualificati come soggetti passivi ai fini dell'IVA in quanto non soddisfano il criterio di indipendenza previsto da tale disposizione".

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, sent. 27 marzo 1980, causa C-61/79, *Denkavit Italiana*; sent. 8 novembre 1990, causa C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*; sent. 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur Bloem*.

La questione appare di notevole interesse pratico, specie ove si consideri che secondo quanto previsto dall'art. 13 della direttiva IVA, lo Stato, le regioni, le province, i comuni e gli altri enti di diritto pubblico non sono considerati soggetti passivi IVA per le attività e le operazioni poste in essere nell'esercizio di pubbliche funzioni a meno che il loro non assoggettamento comporti il rischio di provocare distorsioni della concorrenza.

Anche con riguardo ai predetti casi ci si attende che la Corte di Giustizia adotterà un'interpretazione dell'art. 9 della direttiva in ossequio ai criteri ermeneutici già adottati nell'ambito delle pronunce rese nel 2019 in tema di soggettività passiva IVA.

VIVIANA SALERNO

L'evoluzione della giurisprudenza europea in materia di aiuti fiscali di Stato e *tax ruling*

Nel corso del 2019 si è assistito ad un importante sviluppo nella giurisprudenza europea in materia di applicazione del divieto di aiuti di Stato alle misure fiscali relative ai gruppi multinazionali di impresa.

Di particolare interesse risultano, senza dubbio, le sentenze rese dal Tribunale della Corte di Giustizia dell'Unione europea sui casi *Magnetrol*¹, *Fiat*² e *Starbucks*³.

Tali pronunce originano dalle indagini condotte dalla Commissione europea, a partire dal 2013, sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento concessi dagli Stati membri a gruppi di imprese multinazionali⁴, al fine di contrastare l'utilizzo di tale strumento per la concessione di aiuti di Stato incompatibili con il mercato interno, ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

L'azione della Commissione si inserisce nel più ampio contesto di una delle sfide principali dell'Unione europea, ossia il contrasto all'elusione fiscale transfrontaliera, alla pianificazione fiscale aggressiva e alla concorrenza fiscale dannosa. Infatti, le esigenze di redistribuzione, rese ancor più urgenti dal perdurare della crisi economico-finanziaria, hanno convogliato l'attenzione alla disciplina in materia di prezzi di trasferimento e al suo impatto sui regimi fiscali dei gruppi multinazionali⁵.

¹ TUE, 24 settembre 2019, Causa T-760/15, *Regno dei Paesi Bassi contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:669

² TUE, 24 settembre 2019, Causa T-755/15, *Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:670

³ TUE, 24 settembre 2019, Causa T-760/15, *Regno dei Paesi Bassi contro Commissione europea*, ECLI:EU:T:2019:669

⁴ Per un elenco dettagliato delle decisioni della Commissione in materia di *tax ruling*, nonché delle indagini ancora pendenti cfr. https://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/.

⁵ Cfr. uno dei primi *press release* della Commissione sul punto: *State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Nether-*

Come noto, le norme in materia di prezzi di trasferimento rappresentano, in linea di principio, uno strumento di risoluzione del conflitto tra giurisdizioni, al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione nelle ipotesi di modelli imprenditoriali le cui unità operative di produzione, distribuzione e servizi siano dislocate in ordinamenti differenti. Nel caso in cui, inoltre, l'amministrazione fiscale di uno Stato membro addivenga ad un accordo circa la remunerazione delle transazioni infragruppo, la disciplina del *transfer pricing* garantisce alle imprese associate di operare in condizioni di certezza e prevedibilità del diritto, con conseguente riduzione dei costi di compliance.

Tuttavia, come segnalato da accorta dottrina, la pratica dei *ruling* fiscali in materia di prezzi di trasferimento può rappresentare un terreno di convergenza tra gli interessi degli operatori economici, che aspirano a ridurre il proprio carico fiscale, e gli interessi degli Stati, intenti ad aumentare il proprio gettito tributario⁶. Infatti, da un lato, una gestione strategica dei prezzi infragruppo da parte delle imprese associate, nel caso di remunerazioni infragruppo stabilite in contrasto con il principio di libera concorrenza, può comportare una riduzione del carico fiscale effettivo (spostando imponibili da Paesi a tassazione elevata e indirizzandoli verso Paesi a tassazione più bassa). Dall'altro lato, è ormai evidente che gli ordinamenti nazionali risultano sempre più spesso in competizione tra loro, grazie a prassi e politiche fiscali che garantiscono benefici tributari tali da attrarre la localizzazione di nuove attività produttive, a scapito dell'ambito territoriale "naturale" di sviluppo dell'attività imprenditoriale⁷.

Ciò spiega la particolare attenzione rivolta dalla Commissione alla pratica dei *ruling* fiscali, la quale ha deciso di contrastare determinate forme di pianificazione fiscale aggressiva sulla base della normativa europea sugli aiuti di Stato⁸, al fine di assicurare parità di condizioni fiscali tra le imprese

lands) and *Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*, Brussels, 11 giugno 2014, in cui l'allora vicepresidente della Commissione Joaquín Almunia, responsabile della politica di concorrenza, ha sostenuto come nell'attuale contesto di ristrettezza dei bilanci pubblici, sia particolarmente importante che le grandi multinazionali paghino la loro giusta quota di tasse, sottolineando al contempo che le autorità nazionali non possono adottare misure che consentano a certe imprese di pagare meno tasse di quanto dovrebbero se le regole fiscali dello Stato membro fossero applicate in modo equo e non discriminatorio.

⁶ Così P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, op. cit., in particolare a pp. 428, 429.

⁷ Così P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano 2015, p. 264.

⁸ Sul punto, cfr. P.J. WATTEL, *The Cat and the Pigeons: Some General Comments on (TP) Tax Rulings and State Aid After the Starbucks and Fiat Decisions*, in W. SCHÖN, I. RICHELLE, E. TRAVERSA, *State aid and business taxation*, Heidelberg 2016, p. 185; R. LUJA, *State Aid Benchmarking and Tax Rulings: Can We Keep It Simple?*, in W. SCHÖN, I. RICHELLE, E. TRAVERSA, *State aid and business taxation*, cit., p. 118; R. LYAL, *Transfer pricing rules and State aid*, in *Fordham international Law Journal*,

che concorrono in base ai propri meriti e rafforzare, al contempo, la fiducia nel mercato unico dell'Unione europea: concedere alle multinazionali agevolazioni fiscali che non sono invece disponibili per le altre imprese (spesso imprese locali) falsa gravemente la concorrenza⁹.

Le decisioni adottate dalla Commissione in tale ambito sono state progressivamente impugnate dagli Stati Membri e dai relativi gruppi multinazionali coinvolti. Uno dei principali motivi lamentati dai ricorrenti, pur avendo riguardo le peculiarità di ciascun caso, risulta essere la lesione delle prerogative fiscali degli Stati membri da parte della Commissione, e la sua ingerenza in una materia non armonizzata come quella delle imposte dirette. Inoltre, è stato lamentato l'utilizzo di un parametro nuovo nel giudizio trifasico di selettività, quale il principio di libera concorrenza, in quanto non espressamente previsto dal diritto dell'Unione europea.

È possibile chiedersi quanto sia opportuno utilizzare la disciplina a tutela della concorrenza ex art. 107 TFUE e una autonoma declinazione del principio di libera concorrenza per stabilire se una società appartenente ad un gruppo abbia beneficiato di un vantaggio selettivo incompatibile con il mercato interno in seguito ad un accordo preventivo con l'amministrazione finanziaria di uno stato membro. E ciò sicuramente per la possibile lesione della ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione (ex articoli da

2015, in «*Fordham International Law Journal*», [2015], 38, 4, 1017; L. LOVD AHL GORMSEN, *EU State Aid Law and Transfer Pricing: a critical introduction to a new saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, 7, 6, 369; M.A. CALABRESE, *L'adozione dell'arm's lenght principle ai fini della legittimità degli advance pricing agreements nell'Unione Europea*, in «*Dir. prat. trib. int.*», [2017], 1, 21; F. AMATUCCI, *Ruling fiscali, discrezionalità amministrativa e compatibilità con il diritto sovranazionale*, in «*Dir. prat. trib. int.*», [2018], 1, 11; W. HASLEHNER, *EU-US relations in the field of direct taxes from the EU perspective: a BEPS-induced transformation?*, in P. Pistone, D. Weber (a cura di), *The implementation of Anti-Beps rules in the EU: a comprehensive study*, 2018, pp. 37-61; D. S. SMIT, *Tax planning and State Aid*, in P. Pistone, D. Weber (a cura di), *The implementation of Anti-Beps rules in the EU: a comprehensive study*, 2018, pp. 121-132; J.S. PASTORIZA VÁSQUEZ, *Application of the State Aid Regime to Tax Rulings*, in J. M. Almuñí Cid, J.A. Ferreras Gutiérrez, P.A. Hernández González-Barreda (a cura di), *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, 2019, pp. 467-482; G. ALLEVATO, *The Commission's State aid decisions on advance tax rulings: criticisms and potential impact on the future of direct taxation within the European Union*, in J. M. Almuñí Cid, J. A. Ferreras Gutiérrez, P.A. Hernández González-Barreda (a cura di), *Combating Tax Avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, 2019, pp. 483-495; J.M. CALEDERÓN CARRERO, *La jurisprudencia del TJUE en los casos Starbucks y Fiat: clarificación del impacto del art. 107 TFUE sobre APAs y tax rulings en materia de precios de transferencia*, in *Revista Quincena Fiscal*, 2019, 1; C. FRANCIOSO, *State aid and tax rulings: managing the risk of recovery*, in P. De Vincentiis, F. Culasso, & S.A. Cerrato (a cura di), *The Future of Risk Management*, Palgrave Macmillan – Springer International Publishing, 2019, I, pp. 351-382.

⁹ Principi espressi dalla Commissione, da ultimo, in COM [2019] 339 final, *Report on Competition Policy* 2018, del 15 luglio 2019, pag. 25. Il report è reperibile presso https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/2018/part1_it.pdf.

2 a 6 TFUE), nonché tra Parlamento europeo e Consiglio (art. 14 TFUE) da un lato, e Commissione (art. 17 TFUE) dall'altro. Infatti, è evidente il rischio di riconoscere alla Commissione un ampio margine di discrezionalità in merito alle decisioni politiche assunte negli Stati membri, senza che i Trattati le conferiscano alcun potere normativo autonomo, procedendo ad una armonizzazione de facto in materia di fiscalità diretta.

Con particolare riferimento all'anno 2019, come anticipato in premessa, il Tribunale dell'Unione europea ha avuto modo di pronunciarsi su tre decisioni della Commissione in materia.

Con la sentenza *Magnetrol*, il Tribunale si è occupato dei *tax ruling* concessi a 55 imprese da parte del Belgio sulla base del regime dell'esenzione degli utili in eccesso. In base a tale regime, una società può essere autorizzata dall'amministrazione tributaria a non ricomprendere nel proprio reddito imponibile l'utile corrispondente alle sinergie, alle economie di scala o agli altri benefici derivanti dalla appartenenza ad un gruppo multinazionale, poiché esso rappresenta un utile in eccesso rispetto all'utile di libera concorrenza, che non sarebbe conseguito da un'impresa autonoma comparabile.

La sentenza, purtroppo, non entra nel merito della questione, poiché il Tribunale ha dovuto occuparsi della questione relativa alla corretta definizione di "regime di aiuti" a norma dell'art. 1, lett. d), del regolamento (UE) 2015/1589¹⁰. Il Tribunale ha annullato la decisione, in quanto la Commissione avrebbe erroneamente identificato gli atti in base ai quali il sistema degli utili in eccesso costituirebbe un regime di aiuti, incorrendo in errore di diritto nel considerare che tali atti non richiedessero ulteriori misure di attuazione a norma del suddetto regolamento. La pronuncia del Tribunale si basa su ragioni prettamente formali e sarà dunque interessante seguire gli esiti dell'impugnazione pendente.

Nelle sentenze *Fiat* e *Starbucks*, il Tribunale ha analizzato le decisioni con cui la Commissione ha dichiarato l'incompatibilità dei *tax ruling* accordati ai due gruppi societari rispettivamente da Lussemburgo e Paesi Bassi.

Nel caso *Fiat*, il Tribunale conferma la decisione della Commissione, in quanto risulta sufficientemente provato che per la determinazione della remunerazione della Fiat Finance and Trade (controllata lussemburghese che svolge servizi di tesoreria e finanziamento per il gruppo) il metodo utilizzato nella decisione anticipata controversa non consente di ottenere un

¹⁰ In base a tale articolo, un regime di aiuti risponde ai seguenti tre criteri: i) si tratta di un atto in base al quale possono essere adottate misure di aiuto; ii) il regime non necessita di ulteriori misure di attuazione; iii) il regime definisce i potenziali beneficiari degli aiuti in linea generale e astratta.

risultato di libera concorrenza. Si conferma, in sostanza, che la segmentazione del capitale (né esplicitamente autorizzata né vietata dalle Linee Guida OCSE), cui poi attribuire rendimenti differenziati secondo il metodo del margine netto della transazione, non sia stata adeguata, tenuto conto delle circostanze concrete e delle attività svolte dalla società. L'intero capitale è necessario per la fornitura delle funzioni di finanziamento e per assorbire eventuali perdite connesse alle attività di finanziamento, mentre la segmentazione operata condurrebbe ad un rapporto fra capitale e prestiti inferiore a quanto sarebbe accettabile per un ente creditizio.

Nel caso Starbucks, il Tribunale annulla la decisione con cui la Commissione aveva ritenuto non conforme al principio di libera concorrenza l'accordo preventivo sottoscritto con Starbucks manufacturing BV, controllata olandese del gruppo statunitense, con particolare riferimento al pagamento di *royalty* a favore di una consociata inglese per la proprietà intellettuale relativa alla torrefazione dei chicchi di caffè. Secondo la Commissione, l'entità di *royalty* conformi alla libera concorrenza poteva essere determinata utilizzando il metodo CUP (il *comparable uncontrolled price method*, basato sul confronto del prezzo di singoli beni o servizi), sottolineando come anche le Linee Guida OCSE abbiano espresso una certa preferenza per l'uso di metodi tradizionali. Starbucks manufacturing BV non avrebbe tratto alcun profitto all'uso dei diritti di proprietà intellettuale oggetto delle *royalty*, il cui livello esatto di libera concorrenza, secondo la Commissione, avrebbe quindi dovuto essere zero. Il Tribunale sostiene che la Commissione non sia riuscita a dimostrare che l'accordo preventivo in questione avesse conferito un vantaggio ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, poichè la semplice inosservanza di requisiti metodologici non comporta necessariamente una riduzione dell'onere fiscale. Sarebbe stato necessario dimostrare che gli errori metodologici individuati nell'accordo preventivo in questione non consentivano di giungere ad un'approssimazione attendibile di un risultato di libera concorrenza.

Dalla succinta analisi delle sentenze appena effettuata, risulta evidente che esse hanno ad oggetto normative tributarie e schemi di pianificazione fiscale abbastanza diversi tra loro. Le decisioni della Commissione hanno subito esiti contrastanti e in alcuni casi ancora non definitivi: tuttavia, anche quando dette decisioni sono state annullate per motivi di forma dal Tribunale, è possibile identificare nelle relative pronunce un denominatore comune, ossia la legittimazione dell'operato della Commissione rispetto alla delineata ripartizione delle competenze in materia tributaria. L'asserita ingerenza della Commissione nelle competenze esclusive degli Stati membri in materia di fiscalità diretta viene respinta dal Tribunale in quanto infondata, ribadendo che, per giurisprudenza costante, essi devono esercitare

tale competenza (ancorché esclusiva) in ogni caso in conformità del diritto dell'Unione.

Inoltre, e ciò con particolare riferimento alle sentenze Fiat e Starbucks, è possibile sottolineare che il Tribunale ha avallato l'utilizzo da parte della Commissione di uno standard di libera concorrenza quale principio integrante del quadro di riferimento, con cui condurre il giudizio trifasico di selettività. Rientra nell'esercizio di competenze della Commissione l'utilizzo del principio di libera concorrenza, quale strumento per verificare se le operazioni infragruppo siano remunerate come se negoziate tra società indipendenti e, di conseguenza, se una decisione tributaria anticipata conferisca un vantaggio al beneficiario ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Il principio di libera concorrenza consente alla Commissione di verificare se un prezzo di trasferimento approvato da uno Stato membro corrisponda ad un'approssimazione affidabile di un risultato basato sul mercato, e se l'eventuale differenza riscontrata nel corso di tale esame non vada al di là delle imprecisioni inerenti al metodo applicato per ottenere detta approssimazione.

Nella prima fase del giudizio di selettività, id est l'identificazione del quadro di riferimento, viene quindi introdotto un nuovo *benchmark*, che opererebbe anche se non espressamente previsto nella legislazione nazionale. La libera concorrenza viene declinata quale corollario di un principio generale di parità di trattamento in materia fiscale, diventando vincolante per gli Stati membri, i quali non possono non adeguarsi senza rischiare di essere sottoposti al vaglio di selettività.

L'utilizzo di tale nuovo parametro di riferimento risulta propedeutico alla realizzazione di un confronto tra società integrate e società non integrate, che si trovano in una situazione di fatto e di diritto simile, rispetto all'obiettivo del sistema di riferimento di tassare gli utili derivanti dall'attività economica delle società.

Non è possibile non notare, tuttavia, che le analisi condotte dalla Commissione si basano su una applicazione estensiva dell'ambito di applicazione del divieto di aiuti di Stato. Si può sottolineare la sostanziale differenza tra lo scopo tipico del divieto di aiuti di Stato, e cioè impedire che il sistema fiscale sia utilizzato per concedere vantaggi selettivi, e l'individuazione di un nuovo principio cui gli Stati membri devono uniformarsi, che rischia di limitare la loro sovranità fiscale in quanto tale principio esisterebbe indipendentemente dall'incorporazione nell'ordinamento giuridico nazionale.

Allo stato attuale, l'attività della Commissione è stata portata avanti in assenza di ben definito fondamento giuridico che giustifichi l'utilizzo (e determini la portata) del principio di libera concorrenza. Le sentenze del 2019 non hanno contribuito a delineare il contenuto concreto del principio di

libera concorrenza utilizzato dalla Commissione. La libera concorrenza viene definita come “metodologia”, “strumento”, “parametro di riferimento del giudizio di selettività”; ma il concetto di “approssimazione attendibile di un risultato di libero mercato” risulta ancora sfuggente.

Ciò potrebbe comportare negli operatori economici dubbi interpretativi, dovendosi inoltre considerare che la disciplina sul *transfer pricing*, non essendo una scienza esatta, ha natura approssimativa: l'applicazione dei metodi di determinazione dei prezzi infragruppo conduce spesso ad un intervallo di valori di libera concorrenza, piuttosto che un singolo prezzo di libera concorrenza, poiché la comparazione alla base di tali metodi tiene conto, tramite rettifiche, delle differenze materiali sussistenti tra imprese e transazioni comparate. E ciò è particolarmente vero nell'utilizzo di metodi indiretti, che concedono ampi spazi ai consulenti fiscali in merito alla individuazione delle transazioni comparabili e della base appropriata cui rapportare l'utile netto.

Inoltre, è possibile osservare che dichiarare l'illegittimità *ex tunc* di un *ruling* fiscale può creare una situazione di instabilità che lede la certezza del diritto nonché tutela del legittimo affidamento dei contribuenti interessati. È intuibile notare che le indagini della Commissione rappresentano, infatti, una prassi successiva alla sottoscrizione di tali accordi, e pertanto non prevedibile da contribuenti e Stati membri: ponendosi in tal modo in contrasto con principi di certezza, prevedibilità del diritto e legittimo affidamento generato da un atto dell'amministrazione fiscale statale. Risulta dunque difficile un bilanciamento di tali principi con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione, perseguito dalle norme sugli aiuti di Stato.

Le questioni di *policy* qui delineate brevemente impongono, forse, sforzi più sistematici e soluzioni maggiormente condivise ed armonizzate, al fine di individuare la soluzione ottimale per garantire una tassazione più giusta ed equa delle imprese multinazionali.

In conclusione, si sottolinea che la sentenza *Magnetrol* è attualmente al vaglio della Corte di Giustizia, e ci si aspetta che una analisi nel merito sul regime belga degli utili in eccesso presupporrà un'analisi ermeneutica dei requisiti di cui all'art. 1, lett. d), del regolamento 2015/1589.

La Commissione ha deciso, invece, di non appellare la sentenza del Tribunale resa sul caso Starbucks, forse a fronte degli errori commessi nell'analisi di comparabilità, che non le hanno reso possibile soddisfare l'onere della prova.

Importanti chiarimenti potranno pervenire dalla impugnazione della sentenza Fiat, in quanto tra i motivi di doglianza sollevati innanzi alla Corte di Giustizia figurano l'inadeguatezza e la contraddittorietà dell'analisi del Tribunale circa la base giuridica del principio di libera concorrenza e la violazione del principio fondamentale della certezza del diritto.

Sicuramente, le tre pronunce hanno caratterizzato il 2019 in materia di *tax ruling* e aiuti di Stato e rappresentano per la Commissione una vittoria sui principi, in ordine alla legittimazione del suo operato. Le tematiche sottese sono senza dubbio complesse ed interessanti, ma ancora lontane da una soluzione definitiva. Pertanto sarà necessario seguirne l'evoluzione nel corso del prossimo periodo, soprattutto al fine di valutare gli esiti delle sentenze del Tribunale innanzi alla Corte di Giustizia.