

DOTTORATO DI RICERCA in

DIRITTO E IMPRESA

XXXII ciclo

Coordinatore: Prof. Antonino Gullo

**Aiuti di Stato e Diritti di Proprietà intellettuale
nel ciclo dell'innovazione**

Tutor: Chiar.mo Prof. Daniele Gallo

Valutatori: Chiar.mo Prof. Francesco Bestagno

Chiar.mo Prof. Stefano Amadeo

Candidata: Elena Pauri

*A mia madre,
anima bella*

Summum ius, summa iniuria

CICERONE
(*De Officiis* I, 10, 33)

Indice

Introduzione	p. 11
I. Aiuti di stato e proprietà intellettuale nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione	p. 16
1. Il mutamento della concezione del regime giuridico degli aiuti di Stato da forma di controllo delle distorsioni sul mercato a strumento di sviluppo di una politica industriale comune nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione...	p. 16
1.1. Da interesse comune a obiettivo di interesse comune: l'interpretazione degli articoli 107 e 179 TFUE...	p. 17
1.2. L'evoluzione dell'interpretazione della Commissione europea: le prime comunicazioni, la modernizzazione degli aiuti di Stato e la strategia Europa2020...	p. 30
1.3. L'inversione di prospettiva nel regime applicabile: la nuova disciplina come incentivo al sostegno di ricerca e sviluppo...	p. 42
1.3.1. Esenzione e compatibilità nella nuova architettura delle fonti in materia di aiuti nell'ambito della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione...	p. 43
1.3.2. Considerazioni critiche sul cumulo degli aiuti in base alla normativa vigente...	p. 53
2. La proprietà intellettuale come elemento essenziale all'avvio del processo di innovazione nel regolamento generale di esenzione per categoria...	p. 56
2.1. Premessa: l'arricchimento della disciplina in materia di aiuti esenti da notifica ai sensi degli artt. 25-30 del regolamento..	p. 57
2.2. L'incentivo agli investimenti nei prodotti dell'ingegno: il ruolo della proprietà intellettuale quale costo ammissibile all'esenzione da notifica...	p. 64

3. La proprietà intellettuale come prodotto della ricerca nella comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione...p. 66
 - 3.1. Criteri per la determinazione della presenza di un aiuto di Stato...p. 67
 - 3.1.1. La presenza dell'aiuto alla luce delle diverse declinazioni del concetto di attività economica nel settore RSI...p. 67
 - 3.1.2. Profili problematici dell'utilizzo dell'allocazione dei diritti di proprietà intellettuale quale indicatore della presenza di un aiuto...p. 75
 - 3.1.3. Presenza dell'aiuto e appalti pubblici (rinvio)...p. 79
 - 3.2. I limiti dei principi comuni di valutazione: considerazioni sull'inadeguatezza del giudizio di compatibilità dell'aiuto..p. 79
 - 3.2.1. Obiettivo ben definito di interesse comune...p. 80
 - 3.2.2. Necessità dell'intervento statale...p. 81
 - 3.2.3. Effetto di incentivazione...p. 84
 - 3.2.4. La "clausola di allineamento"...p. 85
 - 3.2.5. Effetti distorsivi sulla concorrenza e sugli scambi..p. 87
 - 3.2.6. Il regime di trasparenza per l'erogazione...p. 89

II. Aiuti di Stato e proprietà intellettuale nel settore degli appalti pubblici.....p. 95

1. Appalti pubblici e aiuti di Stato: cenni introduttivi sul rapporto tra le due discipline...p. 95
 - 1.1. Il vantaggio selettivo e i limiti della teoria degli effetti nel settore degli appalti pubblici...p. 97
 - 1.1.1. Applicabilità del principio dell'operatore in un'economia di mercato negli appalti pubblici...p. 99
 - 1.1.2. Condizioni di mercato negli appalti pubblici: il valore del confronto competitivo tra forma e sostanza...p. 102

- 1.1.3. Il test di necessità dell'acquisto: la sentenza *BAI contro Commissione*...p. 107
- 1.2. Il rilievo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nel procedimento di selezione...p. 109
- 1.3. Il test di separabilità e la gerarchia delle fonti nel rapporto tra appalti pubblici e aiuti di Stato...p. 112
- 2. I contratti pubblici come strumento mirato per lo sviluppo della politica industriale europea dell'innovazione...p. 117
 - 2.1. Evoluzione della strategia di settore: il rapporto tra aiuti di Stato, DPI e appalti innovativi nel nuovo millennio...p. 118
 - 2.2. Nuova architettura delle fonti: il criterio di applicabilità delle direttive appalti e il criterio di rilevanza della gestione dei DPI...p. 132
 - 2.2.1. *Segue*: il parametro di applicabilità delle direttive appalti alla procedura...p. 133
 - 2.2.2. *Segue*: il parametro della rilevanza diretta o indiretta della gestione dei DPI...p. 135
- 3. Strumenti generali di incentivo all'innovazione negli appalti pubblici: le procedure negoziate...p. 136
 - 3.1. La procedura competitiva con negoziazione...p. 141
 - 3.2. La procedura competitiva con negoziazione senza previa pubblicazione...p. 147
 - 3.3. Il dialogo competitivo...p. 150
- 4. La gestione dei DPI nelle procedure specializzate a sostegno dell'innovazione...p. 153
 - 4.1. Appalti pre-commerciali (ACP) e rapporto con il c.d. «sviluppo esclusivo»...p. 159
 - 4.2. Appalti pubblici per soluzioni innovative (APSI) ...p. 164
 - 4.3. Partenariati per l'innovazione (PIn) ...p. 167
- 5. Conclusioni intermedie: aiuti di Stato e DPI in funzione pro-concorrenziale...p. 173

III. Aiuti di Stato e diritti di proprietà intellettuale nel settore

fiscale: i *tax rulings*.....p. 178

1. Premessa: la nozione di aiuto fiscale e la sua evoluzione p. 178
 - 1.1. I due *Fiscal Aid Packages*: la capacità dei beni immateriali di sviluppare la prassi e la giurisprudenza in applicazione del diritto degli aiuti di Stato alle misure fiscali...p. 179
 - 1.2. Cenni introduttivi sulla nozione di aiuto fiscale alla luce del più recente *acquis* nella prassi e nella giurisprudenza...p. 185
 - 1.2.1. L'origine pubblica della misura fiscale: l'irrilevanza della forma con cui lo Stato rinuncia alle entrate...p. 185
 - 1.2.2. La natura "restringente" del criterio di selettività e i limiti del test per il suo riscontro...p. 186
 - 1.2.3. La natura autonoma del presupposto del vantaggio di una misura di aiuto fiscale...p. 193
 - 1.2.4. La distorsione del mercato alla luce dell'effetto delle misure fiscali sui costi di funzionamento...p. 196
2. Aiuti di Stato e proprietà intellettuale nelle decisioni contro i *tax rulings*...p. 197
 - 2.1. Il trasferimento dei DPI quale strumento di distorsione della libera concorrenza nel mercato interno ad opera delle società multinazionali...p. 202
 - 2.2. Criticità sollevate nelle decisioni della Commissione europea: il dialogo transatlantico e le prime soluzioni avanzate dalla giurisprudenza...p. 211
 - 2.2.1. La commistione dell'analisi degli elementi di vantaggio e selettività come *deminutio* dei diritti di difesa...p. 212
 - 2.2.2. Sulle peculiarità dell'applicazione del principio *arm's lenght* nel contesto degli aiuti fiscali alle imprese...p. 216
 - 2.2.3. Il bilanciamento tra legittime aspettative, certezza del diritto e obbligo di recupero degli aiuti...p. 224

- 2.2.4. L'errore di applicazione della legislazione fiscale e il fattore tempo: aspetti procedurali e sostanziali...p. 230
- 2.3. Ulteriori riflessioni a margine delle recenti sentenze sulle decisioni della Commissione nei casi *Belgian Profit Scheme*, *FIAT* e *Starbucks*...p. 233
 - 2.3.1. La centralità dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nella concessione dell'aiuto: le sentenze *Belgian Excess Profit Scheme* e *FIAT*...p. 233
 - 2.3.2. Il valore della proprietà intellettuale: onere della prova e peso della ricostruzione fattuale nella sentenza *Starbucks*...p. 237
- 3. Questioni aperte e prospettive dell'evoluzione in materia di aiuti fiscali e DPI...p. 240
 - 3.1. Selettività come chiave della definizione d'incompatibilità dell'aiuto fiscale e rischi connessi alla sua compressione...p. 241
 - 3.2. Le difficoltà di applicazione del concetto di "giustificazione alle deroghe" in materia di fiscalità internazionale...p. 246
 - 3.3. Iniziative *de jure condendo*: verso una nuova governance della tassazione d'impresa...p. 249

IV. Aiuti di Stato e diritti di proprietà intellettuale nel settore fiscale: i regimi *Intellectual Property (IP) Box*.....p. 254

- 1. Il dibattito scientifico sui regimi di tassazione del reddito da beni immateriali: premessa...p. 254
 - 1.1. *Intellectual Property Box*: definizione e diffusione dell'istituto negli Stati membri dell'Unione europea...p. 257
 - 1.2. La rilevanza del regime ai sensi della disciplina sugli aiuti di Stato: gli elementi costitutivi della nozione di aiuto...p. 260
- 2. Indici di incompatibilità e aspetti problematici nella definizione dei regimi *IP Box* quali misure generali...p. 263

- 2.1. Selettività materiale *de facto* di una misura generale: la linea sottile tra misura selettiva e incidenza relativa del vantaggio di una misura generale alla luce della più recente giurisprudenza...p. 264
- 2.2. Gli obiettivi perseguiti dagli *IP Box*: legittimità ed incidenza sulla nozione di selettività nel test trifasico...p. 271
- 2.3. Critica agli *IP Box* quali misure non rispondenti ai criteri di proporzionalità e adeguatezza nella concessione di aiuti anche in riferimento all'esercizio della discrezionalità amministrativa...p. 276
- 3. Stato dell'arte e prospettive future ai fini dell'accertamento della compatibilità dei regimi *IP Box* con il mercato...p. 280
 - 3.1. Compatibilità alla luce della prassi della Commissione europea: la decisione *IP Box 2008* e il concetto di "realtà economica"...p. 281
 - 3.2. Compatibilità degli *IP Box* secondo l'interpretazione nella disciplina RSI: inapplicabilità e altri rilievi critici...p. 284
 - 3.3. Compatibilità derivante da accordi di convergenza sul piano internazionale: il nuovo consenso intorno al *modified nexus approach*...p. 292
- 4. Conclusioni: la selettività nel rapporto tra aiuti di Stato e DPI in funzione anticoncorrenziale...p. 299

Conclusioni.....p. 303

Bibliografia.....p. 310

Abbreviazioni e simboli

<i>APA</i>	<i>advanced pricing agreement</i>
art., artt.	articolo, articoli
cap.	capitolo
<i>CCCTB</i>	<i>Common Consolidated Corporate Tax base</i>
<i>CCTB</i>	<i>Common corporate tax base</i>
cfr.	confronta
cit.	citato
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>CUP</i>	<i>Cambridge University Press</i>
def.	definitivo
<i>Dir. comm. internaz.</i>	<i>Diritto del Commercio Internazionale internaz.</i>
<i>Dir. pen. cont.</i>	<i>Diritto Penale Contemporaneo</i>
DPI	diritto, diritti di proprietà intellettuale
<i>EE</i>	<i>Edward Elgar</i>
<i>EPPL</i>	<i>European Procurement & Public Private Partnership Law Review</i>
es.	esempio
<i>ESAL</i>	<i>European State Aid Law Quarterly</i>
Id.	<i>idem</i>
<i>IMP</i>	<i>Journal, industrial marketing and purchasing journal</i>
IP	intellectual property
<i>IP box</i>	<i>Intellectual Property Box</i>
n., nn.	numero, numeri
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
<i>OECD</i>	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>
OMPI	Organizzazione Mondiale della Proprietà Intellettuale
<i>OUP</i>	<i>Oxford University Press</i>
P2P	partenariati pubblico-pubblici
par., parr.	paragrafo, paragrafi (per le norme)
p., pp.	pagina, pagine
<i>PPLR</i>	<i>Public Procurement Law Review</i>
PPP	partenariati pubblico-privati
seg., segg.	seguito, seguiti
v.	vedi
WIPO	<i>World Intellectual Property Organization</i>
§, §§	paragrafo, paragrafi (per il testo)

Introduzione

Il presente lavoro di ricerca mira ad indagare il trattamento che la disciplina degli aiuti di Stato riserva alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale nell'ordinamento dell'Unione europea.

La disciplina degli aiuti di Stato (artt. 107-109 TFUE) è quella branca del diritto dell'Unione europea istituzionalmente prevista dal trattato al fine di tutelare la concorrenza nel libero mercato contro gli effetti distorsivi degli interventi degli Stati membri sotto forma di aiuti alle imprese. A tal fine, la disciplina impone il divieto generale degli aiuti incompatibili con il mercato e definisce particolari condizioni di compatibilità di alcune misure che verrebbero altrimenti ricomprese nel divieto.

Il diritto della proprietà intellettuale è quel sistema di norme volte ad assicurare tutela ai prodotti dell'inventiva e dell'ingegno umani nel campo dell'industria, della scienza, della letteratura e dell'arte. Tale disciplina è funzionalmente atta al conseguimento di due obiettivi. In primo luogo, attraverso i diritti di proprietà intellettuale, gli ordinamenti riconoscono la titolarità morale, giuridica ed economica dei beni immateriali in capo ai loro creatori, attraverso la tutela di diritti di privativa dal carattere esclusivo ed escludente. In secondo luogo, gli ordinamenti, salvaguardando la proprietà intellettuale, in definitiva, compiono una vera e propria scelta di politica industriale, con l'obiettivo ultimo di incentivare la creatività, gli sviluppi applicativi e la diffusione della conoscenza a beneficio della società¹.

La dottrina si è a lungo interrogata sul rapporto tra i regimi della concorrenza e della proprietà intellettuale evidenziandone

¹ Cfr. OMPI, *Wipo Intellectual Property Handbook*, WIPO Publications n. 489 (E), ed. II, 2004, p. 3.

l'ambivalenza. Da un lato, i due regimi proteggono interessi tendenzialmente confliggenti. Mentre il diritto della proprietà intellettuale tutela l'interesse dell'impresa, quale singolo concorrente, allo sfruttamento economico esclusivo-monopolistico del bene immateriale nel mercato competitivo, il diritto della concorrenza garantisce alle imprese di poter competere su un mercato che rimanga aperto e contendibile. D'altro lato, i due regimi presentano profili di significativa interconnessione e si conciliano l'uno con l'altro in quanto la possibilità di vedersi riconosciuti diritti esclusivi sui prodotti dell'ingegno fornisce un incentivo allo sviluppo del mercato, innescando dinamiche pro-competitive ed esternalità positive per la società.

Mentre la ricerca scientifica si è lungamente soffermata sul rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e *antitrust* (intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni), il dibattito accademico sul rapporto tra controllo degli aiuti di Stato e diritti di proprietà intellettuale non sembra essere stato oggetto, ad oggi, di un compiuto approfondimento in letteratura. Questa circostanza stupisce ove si consideri che le due branche del diritto presentano numerosi punti di contatto all'interno del "ciclo dell'innovazione". L'espressione si riferisce a quel processo che, dal punto di vista dell'impresa, vede dapprima la creazione del bene immateriale (attraverso gli investimenti in ricerca e sviluppo), successivamente la sua affermazione sul mercato (*market-pull* o *demand-pull*) ed infine il suo trattamento fiscale (attraverso regimi preferenziali).

In effetti, l'ordinamento europeo fornisce un cospicuo *corpus* di fonti, sia vincolanti che di *soft law*, e un'ampia casistica decisionale e giurisprudenziale che offrono spunti per l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alle varie fasi del ciclo dell'innovazione. Dette fonti evidenziano la problematicità del rapporto tra controllo degli aiuti di

Stato e diritti di proprietà intellettuale. Esiste infatti una convergenza tra l'interesse dell'impresa all'appropriazione dei frutti degli investimenti effettuati nei prodotti dell'ingegno e l'interesse degli Stati alla promozione dell'innovazione (e dell'indotto economico da essa derivato), con effetti potenzialmente distorsivi delle logiche del mercato.

L'elaborato intende mettere in luce che gli aiuti pubblici alle imprese possono determinare effetti di incentivo all'investimento nei prodotti dell'ingegno e di promozione della diffusione delle soluzioni innovative. Tuttavia, tali aiuti non devono costituire un vantaggio selettivo a favore di talune imprese o produzioni. Nelle pagine che seguono verrà dunque analizzata l'apparente contraddizione tra effetti pro-concorrenziali e anticoncorrenziali degli aiuti di Stato rispetto ai diritti di proprietà intellettuale.

In questo quadro, la parte prima si sofferma sulla politica europea di sostegno all'innovazione nella fase iniziale del suo ciclo di vita, dove gli aiuti concessi dagli Stati vengono considerati dalla Commissione europea alla stregua di uno strumento di promozione della produzione scientifica e della sua diffusione anche commerciale quali veicolo di crescita della società. In particolare, nel capitolo I viene ricostruito il quadro degli aiuti pubblici sotto forma di incentivo iniziale alla ricerca e allo sviluppo. Nel capitolo II ci si sofferma sull'acquisizione dei prodotti stessi da parte dell'amministrazione la quale, per il tramite dei contratti pubblici e di procedure *ad hoc*, funge da catalizzatore della domanda di innovazione.

Nella parte seconda si illustra il più attento scrutinio da parte istituzioni europee della legittimità degli aiuti concessi alle imprese nella fase finale o discendente del ciclo dell'innovazione, ossia le strategie per la maturazione del beneficio fiscale sui prodotti dell'ingegno. Il capitolo III, dedicato all'analisi delle decisioni in

materia di *tax rulings* sui prezzi di trasferimento della proprietà intellettuale, ha per oggetto una casistica in cui la misura fiscale è prevalentemente considerata incompatibile con il mercato. Il capitolo IV, dedicato ai regimi detti *Intellectual Property Box*, invece, ha per oggetto una casistica in cui la misura fiscale sulla proprietà intellettuale è prevalentemente considerata compatibile con il mercato.

Dal punto di vista metodologico, la tesi svilupperà un raffronto sul trattamento che la disciplina degli aiuti di Stato riserva alla proprietà intellettuale nelle varie fasi del ciclo dell'innovazione attraverso un'analisi giuridica delle nozioni di aiuto e di compatibilità con il mercato basata sulle fonti normative e decisionali della prassi e della giurisprudenza.

Nella stesura si cercherà di comprendere quali siano le soluzioni che la politica della regolazione ha trovato per ricomporre il contrasto tra gli obiettivi apparentemente confliggenti della tutela della proprietà intellettuale e del controllo sugli aiuti di Stato.

La tesi ambisce, dunque, ad offrire alcune riflessioni sul rapporto tra diritto degli aiuti di Stato e tutela della proprietà intellettuale mettendo in luce come il crescente sviluppo di politiche dell'innovazione renda attuale l'argomento ed urgente l'individuazione di risposte per l'interprete. Inoltre, la tesi offre occasione di approfondire diversi profili, tra i quali l'analisi della nozione di aiuto, la sua evoluzione e flessibilità. L'elaborato offre anche un'occasione per richiamare alcune similitudini e differenze tra diritto degli aiuti di Stato e diritto *antitrust* in rapporto con il diritto della proprietà intellettuale. Nell'analisi trovano spazio anche considerazioni di politica del diritto, intesa come utilizzo di un obbligo giuridico quale incentivo o deterrente, facendo emergere non solo riflessioni dogmatiche ma anche aspetti operativi.

Saranno esaminate le diverse posizioni sostenute in dottrina in relazione all'applicazione della nozione di aiuto e sarà messa in luce la difficoltà di conciliare la vigente interpretazione del diritto degli aiuti di Stato con alcuni principi fondamentali dello Stato di diritto, tra cui il principio di certezza del diritto e quello di sovranità statale.

Le riflessioni sviluppate nel presente lavoro intendono riprendere anche l'analisi del criterio di selettività ed indicare in questo elemento costitutivo della nozione di aiuto una chiave di lettura e uno strumento di tendenziale composizione e superamento dell'apparente contrasto tra il perseguimento dell'obiettivo di promozione dell'innovazione e la tutela del mercato contro l'ingerenza statale.

CAPITOLO I

Aiuti di Stato e proprietà intellettuale nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione

1 Il mutamento della concezione del regime giuridico degli aiuti di Stato da forma di controllo delle distorsioni sul mercato a strumento di sviluppo di una politica industriale comune nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione

È noto che il regime giuridico dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato e la sua applicazione da parte delle istituzioni competenti, in particolare la Commissione europea e la Corte di giustizia, presentano profili problematici e sollevano alcuni quesiti cui gli esperti cercano ancora di dare risposta.

Le difficoltà interpretative sorgono in particolare a causa della rilevanza e della varietà degli interessi pubblici e privati, nazionali e comuni, che il controllo degli aiuti di Stato immancabilmente si trova a dover contemperare, tenendo conto degli obiettivi del trattato. In via di principio, l'art. 107 TFUE mira a perseguire un bilanciamento tra questi interessi e limita l'ingerenza delle istituzioni europee nelle scelte degli Stati membri.

In alcuni settori più di altri, l'applicazione del regime giuridico in materia di aiuti mostra un'evoluzione tendente alla valorizzazione dell'intervento pubblico nell'economia e, in particolare, alla funzionalizzazione dell'interpretazione normativa ai fini della promozione di alcune politiche. La disciplina degli aiuti di Stato nel settore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione ne costituisce l'esempio migliore.

Nelle pagine che seguono¹ verrà illustrato il modo in cui, pur rimanendo il testo delle norme del trattato in materia di aiuti di Stato formalmente identico nella sua formulazione, la sua interpretazione sia mutata nel tempo per dare una risposta ad esigenze nuove.

1.1 Da *interesse comune* a *obiettivo di interesse comune*: l'interpretazione degli articoli 107 e 179 TFUE

Fin dal Rapporto Spaak², la disciplina sul controllo degli aiuti di Stato ha mirato ad evitare che il sostegno statale preferenziale ad alcune imprese e produzioni generasse esternalità negative sul piano transfrontaliero, ostacolando, quale misura protezionistica, la creazione del mercato interno, anche a causa dell'incidenza di interessi politici locali sulle scelte dei governi³. A tal fine, il trattato ha disciplinato la materia declinandola, come accade anche per le libertà fondamentali, in una struttura bifasica.

In primo luogo, è stato previsto uno stringente divieto per gli aiuti incompatibili, ossia aiuti rispondenti a precise caratteristiche definite dal trattato stesso: rispondenza del soggetto beneficiario alla nozione di impresa esercente un'attività economica, origine statale della misura, concessione di un vantaggio selettivo ad alcune imprese o produzioni e possibile effetto distorsivo della concorrenza⁴.

¹ Cfr. §§ da 1.1 a 1.3.2.

² Comitato intergovernativo per la conferenza di Messina, Rapporto dei capi delegazione ai Ministri degli affari esteri (Rapporto Spaak), Bruxelles, 21.4.1956.

³ V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, in ID., *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 9-16. Per un approfondimento sulle origini della materia, cfr. T. M. RUSCHE-C. MICHEAU-H. PIFFAUT-K. VAN DE CASTEELE, *State aid*, in J. FAULL-A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, III ed., OUP, 2014, vol. IV, cap. 17, § 17.12.

⁴ Oggi art. 107, par. 1, TFUE.

In secondo luogo, è stata introdotta una deroga per quegli aiuti che, pur rispondendo alle stesse caratteristiche, sono ritenuti in linea con gli obiettivi comuni, termine non espressamente previsto dall'articolo 107 TFUE ma di cui nel tempo è invalso l'uso per identificare quelli che sono sostanzialmente gli obiettivi delle politiche dell'Unione. Se alcuni obiettivi sono ritenuti compatibili *tout court* dal trattato⁵, altri possono ritenersi compatibili solo in base a una ponderazione di contrapposti interessi: da un lato, la tutela della libera concorrenza da ogni distorsione e, dall'altro, lo sviluppo di alcune politiche parimenti rilevanti. Tale ponderazione deve effettuarsi alla luce dei cc.dd. "interessi comuni"⁶.

A tale proposito va osservato che il diritto vivente in materia di aiuti di Stato è stato caratterizzato da una significativa evoluzione rispetto all'originaria impostazione contenuta nei trattati. Invero, come sottolineato dalla dottrina, pur rimanendo nel tempo invariate le norme oggi corrispondenti agli articoli da 107 a 109 TFUE, il regime del controllo degli aiuti statali ha subito negli anni una profonda

⁵ Ai sensi del par. 2 dell'art. 107 TFUE, sono compatibili con il mercato interno a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali; e c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione. Cinque anni dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare una decisione che abroga la presente lettera.

⁶ Art. 107, par. 3, TFUE.

rivisitazione nella direzione del progressivo adeguamento ad esigenze contingenti⁷.

Si potrebbe affermare che l'attuale interpretazione del diritto degli aiuti di Stato va nel senso di una maggiore flessibilità poiché la Commissione europea tende a riconoscere l'esistenza di una convergenza tra interesse generale dello Stato e interesse comune dell'Unione.

In sostanza, si passa da un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 107, in cui il concetto di "interesse comune" è parametro che limita la possibilità di considerare compatibili gli aiuti⁸, a un'interpretazione funzionale e flessibile, che identifica l'interesse dello Stato con quello comune agli Stati e lo fa assurgere a "obiettivo di interesse comune"⁹.

Di conseguenza, le norme sulla compatibilità non sono più intese come giustificata deroga al regime generale ma piuttosto come strumento di promozione di certe attività.

La prassi interpretativa oggi in uso può essere meglio compresa considerando tre fattori fondamentali.

In primo luogo, la giurisprudenza dell'Unione ha da sempre riconosciuto un'ampia discrezionalità in capo alla Commissione europea (in prosieguo, anche "Commissione") per la valutazione della

⁷ A. BIONDI-E. RIGHINI, *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL-D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, 2015, pp. 671-674.

⁸ Art. 107, par. 3, let. c), «Possono considerarsi compatibili con il mercato interno [...] gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse».

⁹ Il termine è utilizzato dalla Commissione in alcune sue comunicazioni per indicare un elemento del giudizio di compatibilità. Cfr. *infra*, § 3.2.1.

compatibilità dell'aiuto *prima facie* vietato¹⁰. La Corte riconosce infatti che il proprio scrutinio debba «limitarsi ad esaminare se la Commissione non abbia oltrepassato i limiti del suo potere discrezionale a seguito di un travisamento o di un manifesto errore di valutazione dei fatti, oppure a causa di uno sviamento di potere o di procedura»¹¹ e il già esiguo margine di apprezzamento è sempre stato caratterizzato da un notevole atteggiamento di *self-restraint* nell'esercizio del controllo giudiziale.

In secondo luogo, se fino agli anni '90 del secolo scorso la Commissione concentrava i suoi sforzi sull'applicazione del divieto di aiuti incompatibili, ottenendo un calo considerevole della percentuale del PIL ad essi correlato (2% negli anni 1980; 1% negli anni 1990; 0.5% negli anni 2000), dal 2005 essa ha proposto un reindirizzamento dell'approccio interpretativo, non più votato all'applicazione del divieto degli aiuti incompatibili ma piuttosto incentrato sulla funzionalizzazione degli aiuti considerati compatibili individuati in base a obiettivi "orizzontali", ossia non suddivisi per settori industriali,

¹⁰ Sentenza del 17 settembre 1980, Philip Morris/Commissione, 730/79, EU:C:1980:209, punto 24; sentenza del 24 febbraio 1987., Deufil/Commissione, 310/85, EU:C:1987:96, punto 18; sentenza del 21 marzo 1991, Italia/Commissione, C-303/88, EU:C:1991:136, punto 34.

¹¹ Sentenza del 15 giugno 1993, Matra SA/Commissione, C-225/91, EU:C:1993:239, punto 25; sentenza del 5 ottobre 2000, Germania/Commissione, C-288/96, EU:C:2000:537, punto 26; sentenza del 12 marzo 2002, Omega Air e a., cause riunite C-27/00 e C-122/00, EU:C:2002:161, punto 64.

e definiti per semplicità aiuti “buoni”¹², nel comune interesse europeo¹³. Ciò è avvenuto inizialmente attraverso un’interpretazione delle norme che in breve sostituiva, a trattati invariati, il concetto di “interesse comune” con quello di “fallimento di mercato”¹⁴, ossia adottando un approccio basato sull’analisi economica del mercato¹⁵. Successivamente, anche a causa della crisi economico-finanziaria, l’approccio economico perde rilevanza a favore di una più elastica definizione del concetto di “obiettivo di interesse comune”, inteso come principio di compatibilità dell’aiuto¹⁶.

Tale operazione ermeneutica potrebbe definirsi, dal punto di vista della *performance* istituzionale, di efficientamento rispetto alle limitate risorse disponibili per la repressione degli illeciti anticoncorrenziali e alle ingenti risorse necessarie all’impresa per la competitività europea e internazionale. Infatti, la Commissione ha negli anni avuto necessità di sviluppare una politica in materia di aiuti che tenesse in considerazione l’impossibilità di eliminare del tutto l’intervento statale

¹² Cfr. il punto 12 della comunicazione della Commissione, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell’UE, COM/2012/0209 definitivo, 8.5.2012, «La modernizzazione del controllo degli aiuti di Stato dovrebbe agevolare il trattamento degli aiuti che sono ben concepiti, che mirano a carenze del mercato ben individuate e a obiettivi di interesse comune e che hanno i minori effetti distorsivi possibili (aiuti "buoni")».

¹³ D. CHALMERS-G. DAVIES-G. MONTI, *European Union Law*, III ed., CUP, 2014, p. 1055; L. HANCHER-P. NICOLAIDES, *Compatibility of Aid*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *EU State Aid Control: Law and Economics*, cit., p. 195.

¹⁴ In dottrina si rilevano posizioni molto critiche relativamente alla legittimità di questa operazione. Si vedano T. MRUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid*, H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 231-232; T. M. RUSCHE, C. MICHEAU, H. PIFFAUT, K. VAN DE CASTEELE, *State aid*, cit., § 17.12.

¹⁵ Cfr. *infra*, § 1.2.

¹⁶ Cfr. *infra*, § 3.2.1.

e la necessità di concentrare le poche risorse a sua disposizione sui casi che maggiormente avrebbero comportato effetti distorsivi della concorrenza. Al contempo era necessario convogliare le cospicue risorse nazionali, molto più significative di quelle a disposizione delle istituzioni europee, verso la realizzazione di obiettivi comuni¹⁷.

In terzo luogo, la Commissione si è presto trovata a dover affrontare le grandi sfide del mercato internazionale. Negli anni, il raggiungimento degli obiettivi delle politiche del trattato è stato influenzato sempre meno dalla necessità di integrazione del mercato unico europeo e sempre più dalla incapacità di quest'ultimo di competere con quelli in forte crescita delle controparti extraeuropee. Nell'era della globalizzazione la Commissione ricorre all'interpretazione funzionale del regime degli aiuti di Stato, il più adatto tra gli strumenti di politica della concorrenza, per accrescere la "competitività delle imprese europee"¹⁸. Ciò implica una rivalutazione del regime giuridico degli aiuti e della sua funzione pro-concorrenziale. Essa non è più solo intesa in chiave anti-protezionistica per eliminare vantaggi competitivi tra le imprese, *rectius* tra Stati membri, ma anche per garantire tali vantaggi all'industria europea sul piano internazionale. Tuttavia, questo fine non è direttamente esplicitato dalle norme del trattato in materia di aiuti di Stato¹⁹.

¹⁷ V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, cit., p. 11.

¹⁸ Cfr. ad es. i punti 157-158 del Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo (Milano, 28-29 giugno 1985), *Completamento del mercato interno*, COM(85) 310 def., 14.06.1985.

¹⁹ Sull'evoluzione del regime degli aiuti di Stato dalla concezione basata sul mercato interno ad una basata sulla concorrenza anche sul piano internazionale cfr. J. J. PIERNAS LÓPEZ, *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford Scholarship Online, 2015.

Non è un caso, infatti, che negli stessi anni in cui nell'applicazione del diritto sugli aiuti di Stato vengono enfatizzate l'individuazione di aiuti "buoni" e la possibilità di competere a livello internazionale si sviluppano anche nuove politiche europee tra cui, in particolare, un'incisiva politica in materia di ricerca e sviluppo (in prosieguo, anche R&S). Nel 1986 viene firmato l'Atto unico europeo, che introduce per la prima volta il titolo sulla politica di ricerca, chiarendo che la sua principale finalità è quella di aumentare la competitività internazionale²⁰, e al contempo viene emanata la prima comunicazione della Commissione in materia di aiuti alla ricerca e allo sviluppo²¹.

Successivamente i trattati ampliaranno la base giuridica del settore R&S fino a creare una politica e un vero e proprio "Spazio unico della ricerca"²² e ad annoverare la materia tra le competenze condivise tra Unione e Stati membri²³.

Se inizialmente lo sviluppo del settore R&S si limita agli obiettivi del rafforzamento delle basi tecnologiche dell'industria europea e a favorire la competitività internazionale²⁴, oggi la politica ha assunto un respiro più ampio e vede l'interazione di obiettivi diversi tra cui il potenziamento della ricerca, delle condizioni di lavoro nel settore, l'apertura della scienza e dell'innovazione²⁵ e l'ampliamento dei

²⁰ Cfr. Atto unico europeo, GU L 169 del 29.6.1987, sottosezione V, pp. 1-29.

²¹ Cfr. *infra*, § 1.2.

²² Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, *Verso uno Spazio Europeo della Ricerca*, COM(2006) 6 definitivo del 18.01.2000, par. 6. Oggi la materia trova la sua fonte primaria negli artt. 179-190 TFUE.

²³ Art. 4, par. 3, TFUE.

²⁴ Art. 24, Atto unico europeo.

²⁵ Cfr. https://ec.europa.eu/info/departments/research-and-innovation_it.

programmi di sostegno. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce la libertà di ricerca scientifica e la libertà accademica tra i diritti tutelati²⁶.

Questa politica è stata sviluppata attraverso due azioni principali.

Sotto un primo profilo, la crescita del settore è stata sostenuta attraverso la creazione di appositi programmi succedutisi nel tempo ed oggi rappresentati dalla strategia Europa 2020²⁷. Questa prevede, tra l'altro, che il 3% del PIL dell'UE debba essere investito entro il 2020 in R&S, e tra le iniziative a suo sostegno si annoverano la promozione della competitività dell'industria europea²⁸ e l'aumento dei fondi pubblici per la ricerca nel settore informatico al fine di stimolare gli investimenti privati²⁹. Ai presenti fini³⁰, è importante sottolineare che è un obiettivo di Europa2020 la diffusione e la condivisione dei risultati di ricerca scientifici finanziati pubblicamente³¹.

Sotto un secondo profilo, è stato ricercato un bilanciamento tra obiettivi della politica R&S e obiettivi potenzialmente confliggenti

²⁶ Art. 13 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, C 364, 18.12.2000, pp. 1-22.

²⁷ Comunicazione della Commissione, Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010) 2020 def., 3.3.2010.

²⁸ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione - Riconoscere il ruolo centrale di concorrenzialità e sostenibilità, COM(2010) 614 def./2, 9.11.2010.

²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'agenda digitale europea, COM(2010) 245 def./2, 26.8.2010.

³⁰ Cfr. il ruolo della diffusione e condivisione dei risultati di ricerca nella valutazione della misura di aiuto (*infra*, § 3).

³¹ Cfr. F. POCAR-M.C. BARUFFI, commento all'art. 179 TFUE, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., CEDAM, 2014, par. 7, p. 1091.

quali, in particolare, la politica della concorrenza. Fin dal principio, vi era piena consapevolezza che il coordinamento dei programmi europei e, soprattutto, l'erogazione di fondi statali avrebbero costituito il primo motore della ricerca ma, al contempo, che questi ultimi sarebbero potuti ricadere nella normativa in materia di aiuti di Stato ed essere considerati incompatibili con il mercato interno³². L'intento di perseguire il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi di R&S che l'Unione si prefigge ha avuto per conseguenza l'emanazione di una disciplina molto favorevole alla concessione di aiuti e, entro certi limiti, un'attenuazione del controllo sulle misure di aiuto nel settore³³. Come si diceva, i finanziamenti statali costituiscono una risorsa più cospicua per l'ottenimento degli obiettivi di Europa2020, che al 2018 rimangono comunque ben lontani dall'essere centrati³⁴.

Occorre a questo punto sottolineare che, se l'interesse dell'autorità pubblica alla promozione del settore R&S ha come obiettivo il miglioramento della società, non solo a fini industriali, l'impresa investe nel settore tendenzialmente a fini di profitto. Nel ciclo dell'innovazione, il principale strumento con cui le imprese si appropriano dei risultati dell'attività di R&S è rappresentato dai diritti di proprietà intellettuale. La protezione dei risultati delle attività di R&S attraverso tali diritti e, in particolare, attraverso i brevetti, «plays a central and specific role in recovering the costs and compensating the efforts and investments of the firm itself, typically operating in a

³² Cfr. par. 3 dell'art. 130 F, in art. 24 Atto unico europeo.

³³ Cfr. *infra*, §§ 2 e 3.

³⁴ Cfr. EUROSTAT, *Europe 2020 indicators - R&D and innovation*, in Statistics explained, 18.07.2018, disponibile online all'indirizzo <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/50448.pdf>.

competitive environment»³⁵. Si può dire in tal senso che i beni immateriali siano anzi il primo prodotto dell'R&S, specialmente alla luce del loro valore di mercato³⁶. Tuttavia, la chiave dell'opportunità di appropriazione dei risultati dell'attività di R&S sta nella natura tipicamente esclusiva ed escludente della tutela che i diritti di proprietà intellettuale apprestano al loro titolare, di proprietà o di esercizio, ossia del garantito vantaggio competitivo.

La dottrina si è a lungo spesa sulla dialettica tra regimi di proprietà intellettuale e concorrenza, evidenziando due approdi fondamentali. In primo luogo, i due regimi proteggono interessi immancabilmente confliggenti. Mentre il diritto della proprietà intellettuale tutela l'interesse dell'impresa, quale singolo concorrente, allo sfruttamento economico esclusivo-monopolistico del bene immateriale nel mercato competitivo, di converso il diritto della concorrenza è designato alla tutela della possibilità per le altre imprese

³⁵ G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, EE, 2010, p. 8 [trad. lib.: «gioca un ruolo centrale e specifico nel recupero dei costi e nella compensazione degli sforzi ed investimenti dell'impresa, che tipicamente opera in un contesto concorrenziale»]. Nello stesso senso, S. D. ANDREMAN, *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Law*, CUP, 2007, p. 12; W. CORNISH, *Jeremy Bentham and the expediency of patents for invention*, in J. DREXL ET AL., *Technologie et concurrence*, Larcier, 2009, pp. 25-34.

³⁶ Sul valore di mercato della proprietà intellettuale cfr., *ex multis*, M. GRANIERI, *Garanzie sui diritti di proprietà intellettuale e mercato del credito*, in M. GRANIERI-T.M. UBERTAZZI, *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, il Mulino, 2017; R. ORIANI, *Investimenti in R&S, brevetti e valore di mercato dell'impresa: analisi dell'evidenza empirica ed implicazioni per gli studi sull'innovazione aziendale*, in *Economia e Politica Industriale*, 2003, pp. 35-72.

di competere su un mercato che rimanga aperto a condizioni di parità³⁷. In secondo luogo, i due regimi presentano profili di interconnessione in quanto la possibilità di vedersi riconosciuti diritti esclusivi sui prodotti dell'ingegno fornisce un incentivo allo sviluppo del mercato stesso innescando dinamiche pro-competitive ed esternalità positive³⁸.

Tuttavia, se la letteratura di settore ha potuto approfondire negli anni il rapporto tra diritto della proprietà intellettuale e concorrenza nel settore *antitrust*, non altrettanto dibattuta è stata la questione relativa al rapporto del diritto delle private con la disciplina degli aiuti di Stato. In particolare, è opportuno chiedersi se l'indagine sul bilanciamento necessario tra ragioni *antitrust* e di tutela della proprietà immateriale, oggetto di dibattito ed evoluzione ancora oggi, trovi un suo corrispondente anche nell'ambito del regime *ex artt. 107 e segg. TFUE*. Infatti, in questo caso il rapporto tra le due aree di tutela assume connotati differenti a causa della presenza dello Stato, direttamente coinvolto quale soggetto finanziatore dello sviluppo di una politica industriale e, di conseguenza, portatore di un interesse generale.

La stessa dottrina evidenzia come nel settore *antitrust* gli effetti anti-competitivi della tutela delle private vengano limitati per via di alcune disposizioni ad essa coesenziali, come ad esempio il limite temporale di tutela³⁹, e controbilanciati dall'effetto incentivante sulle dinamiche d'investimento.

Tuttavia, l'utilizzo del regime degli aiuti di Stato come strumento di incentivo volto al sostegno dell'R&S e, di conseguenza,

³⁷ Ad esempio, i diritti di proprietà intellettuale possono costituire una distorsione del mercato sotto forma di barriere all'ingresso di nuovi concorrenti. Cfr. *infra*, § 3.2.5.

³⁸ G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, cit., pp. 11-17.

³⁹ Cfr. ad es. S. D. ANDREMAN, *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Law*, cit., p. 13.

alla produzione di beni immateriali oggetto di tutela esclusiva, segna un capovolgimento di prospettiva. La Commissione ha dimostrato un certo attivismo nell'esercizio delle sue funzioni in questo processo⁴⁰, ma l'Unione europea non nasce come organizzazione a fini generali e l'utilizzo degli strumenti di politica della concorrenza non prevedeva lo sviluppo di una politica industriale bensì, unicamente, il controllo sulle distorsioni nel libero gioco mercato.

Infatti, il principale problema relativo all'attuale assetto della disciplina in materia di aiuti all'R&S è rappresentato dal fatto che le norme del trattato non miravano ad armonizzare i criteri con cui gli aiuti compatibili sarebbero stati erogati dai Paesi membri. Tali norme prevedono unicamente che la Commissione abbia un potere discrezionale, praticamente esclusivo, di definire l'aiuto quale compatibile. L'attuale interpretazione pone peraltro una serie di interrogativi relativamente all'estensione dell'ambito della compatibilità. Ci si chiede non soltanto, da un punto di vista sostanziale, in cosa consista l'interesse comune ma anche se la compatibilità dell'aiuto debba riscontrarsi sempre e soltanto quando è presente un interesse comune.

Tuttavia, la Commissione non può, in base all'art. 107, paragrafo 3, TFUE, forzare uno Stato membro a sostenere un obiettivo comune. Il trattato immaginava la Commissione come un supervisore del controllo

⁴⁰ In letteratura si rinvengono posizioni che sostengono la necessità di un tale attivismo da parte delle *competition agencies* nel piegare gli strumenti di tutela *antitrust* a favore di una politica di sviluppo della proprietà intellettuale. Si veda, ad es., W. E. KOVACIC, *Competition Policy and Intellectual Property: redefining the role of competition agencies*, in F. LÉVEQUE et al., *Antitrust, Patents and Copyright*, EE, 2005, pp.1-11. Tuttavia, tali posizioni pertengono all'ambiente giuridico statunitense, ove manca una disciplina paragonabile a quella europea in materia di aiuti incompatibili.

degli aiuti di Stato, senza prevedere quell'imponente mole di linee guida e criteri *ex ante* che gli Stati avrebbero dovuto considerare nell'erogare forme di sostegno all'impresa ritenuto compatibile⁴¹.

Proprio alla luce di quanto sopra esposto è possibile dubitare della legittimità dell'attuale interpretazione e applicazione del regime giuridico sugli aiuti di Stato per il sostegno al settore R&S. Esse tendono a sfruttare la norma sulla compatibilità degli aiuti per accrescere la competitività europea a livello internazionale e centrare un obiettivo strategico, rinunciando parzialmente al ruolo di supervisore della Commissione⁴². Si osserva dunque un'inversione di prospettiva rispetto alle norme del trattato, che immaginavano gli obiettivi comuni come una deroga e non un obiettivo del regime in materia di aiuti. Tale impostazione solleva dubbi di legittimità alla luce del principio generale del diritto dell'Unione europea e della tradizione giuridica occidentale secondo cui una deroga deve essere interpretata in senso restrittivo⁴³. Inoltre, la dottrina più attenta sottolinea che la discrezionalità della Commissione nel valutare la compatibilità degli aiuti, benché ampia, non è esente da limiti, tra cui ad esempio la necessità del rispetto dei principi di necessità e proporzionalità, l'inadeguatezza degli aiuti al funzionamento ad essere considerati compatibili *ex art. 107, par. 3, TFUE*, l'osservanza dei principi generali del diritto dell'Unione in materia di parità di trattamento e l'opportunità

⁴¹ L. HANCHER-P. NICOLAIDES, *Compatibility of Aid*, cit., p. 194.

⁴² Ciò non avviene solamente per il fenomeno detto di trasformazione da un sistema di controllo *ex ante* a *ex post* (cfr. *infra*, § 1.3.1.), ma anche a causa della tendenza al decentramento del controllo, il cui esercizio è sorprendentemente demandato agli Stati membri stessi. Ad esempio, si veda V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, cit., pp. 15-16.

⁴³ A. BATES, *Compatibility of Aid – General principles*, in K. BACON, *European Union Law of State Aid*, III ed., OUP, par. 3.02, p. 93 e giurisprudenza citata.

che la valutazione sulla compatibilità degli aiuti sia limitata nel tempo data la sua natura derogatoria⁴⁴. Di tali limiti la giurisprudenza si è spesso disinteressata, non rinvenendo mai alcuno sviamento di potere. Al contempo, la Commissione ritiene di poter «rivedere o modificare la presente disciplina in qualsiasi momento, se ciò è necessario per motivi connessi con la politica di concorrenza o per tener conto di altre politiche dell'Unione e di impegni assunti a livello internazionale o per qualsiasi altro motivo giustificato»⁴⁵, a scapito del principio di certezza del diritto e parità di trattamento nel tempo⁴⁶.

1.2 L'evoluzione dell'interpretazione della Commissione europea: le prime comunicazioni, la modernizzazione degli aiuti di Stato e la strategia Europa2020

L'attuale disciplina degli aiuti nel settore R&S è il frutto di una serie di iniziative intraprese dalla Commissione europea in due aree. La prima è la disciplina generale degli aiuti di Stato e, in special modo, la sua interpretazione alla luce, da ultimo, del piano di modernizzazione⁴⁷. La seconda è costituita dallo sviluppo delle politiche strategiche europee e, da ultimo, la strategia Europa2020⁴⁸. Nelle pagine che seguono verrà analizzato il modo in cui l'evoluzione delle politiche europee nei settori menzionati ha profondamente inciso sull'attuale

⁴⁴ T. M RUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid*, cit., pp. 224-227.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (comunicazione RSI 2014), C 198, 27.6.2014, pp. 1-29, punto 129.

⁴⁶ Di certo una tale legittimazione non può rinvenirsi nell'evoluzione del mercato. Sul punto, cfr. sentenza del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187 ABSL/Commissione (di seguito, "sentenza *Forum 187*"), cause riunite C-182/03 e C-217/03, EUEU:C:2006:416, punti 70-71.

⁴⁷ Comunicazione RSI 2014, punto 6.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 3.

quadro regolatorio degli aiuti alla ricerca, portando alle estreme conseguenze l'atteggiamento di favore della Commissione verso questo tipo di sostegno all'industria fino a determinare una funzionalizzazione del regime degli aiuti di Stato.

Il riconoscimento della possibilità di ritenere compatibili gli aiuti a sostegno della ricerca e dello sviluppo (ma non ancora dell'innovazione) si rinviene già dal 1986, quando la Commissione emanò la prima comunicazione in materia⁴⁹. Per giustificare l'interpretazione favorevole, la Commissione affermò, piuttosto apoditticamente, che «[l]o scopo della politica della concorrenza è di migliorare la competitività internazionale dell'industria comunitaria»⁵⁰. Tale forte presa di posizione si giustifica probabilmente a causa della mancanza di una solida base giuridica nel trattato a fondamento della politica in oggetto. Infatti, nell'aprile 1986 il trattato non prevedeva ancora una norma corrispondente all'attuale art. 179 TFUE, e l'Atto unico europeo, non ancora entrato in vigore, cercava di fondare una politica della ricerca⁵¹. L'urgenza dell'iniziativa comunitaria veniva ricondotta al paventato «peggioramento delle condizioni di vita» che si sarebbe verificato, in ultima analisi, in mancanza dello sviluppo di una «comunità tecnologica comunitaria» competitiva⁵². Il ricorso al contributo degli Stati membri sotto forma di aiuto era considerato fondamentale poiché capace di mobilitare «la maggior parte delle risorse disponibili» e, mentre si incentivava la concessione di brevetti e licenze sul *know-how*, il timore di un'incompatibilità dell'aiuto veniva

⁴⁹ Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo (Comunicazione R&S 1986), C 83, 11.04.1986, pp. 2-6.

⁵⁰ *Ibidem*, § 1.4.

⁵¹ Cfr. *supra*, § 1.1.

⁵² Comunicazione R&S 1986, §§ 1.1 e 1.2.

dissipato sostenendo che la possibilità di distorsioni della concorrenza tra Stati membri fosse minima⁵³. Tuttavia, dalla lettura della comunicazione emerge che l'analisi economica relativa all'incidenza di questa politica sul mercato rimaneva esigua e comunque ai margini dell'impianto interpretativo della Commissione. Contestualmente, la giurisprudenza in materia di aiuti di Stato doveva ancora raggiungere uno stato di maturazione e sviluppare molti dei principi interpretativi che hanno permesso, successivamente, di ampliare il novero delle misure capaci di integrare gli estremi dell'incompatibilità⁵⁴.

Ad ogni modo la Corte, sebbene riconoscesse l'ampia discrezionalità della Commissione, già insisteva sulla necessità che l'interpretazione favorevole all'aiuto dovesse rispondere a un interesse comune inteso quale interesse della Comunità europea tutta⁵⁵. Inoltre, pur mirando la comunicazione a sottolineare la compatibilità degli aiuti alla ricerca, essa prevedeva strumenti di cautela e presidio alla corretta applicazione di questa interpretazione. In primo luogo, l'analisi degli aiuti *ex ante* in base alla notifica preventiva aveva un ruolo fondamentale, al fine di garantire che la Commissione potesse valutare non solo la sussistenza dell'aiuto e la sua eventuale compatibilità⁵⁶, ma anche il valore ammissibile dell'aiuto "caso per caso"⁵⁷. In secondo luogo, la comunicazione prevedeva un accurato monitoraggio delle iniziative degli Stati membri a sostegno della ricerca, per il tramite delle relazioni degli Stati⁵⁸ oltre che di una rivalutazione della politica in

⁵³ *Ibidem*, §§ 1.4.1 e 1.4.2.

⁵⁴ Si veda, ad esempio, lo sviluppo della giurisprudenza nel settore fiscale (cfr. *infra*, capp. III e IV).

⁵⁵ Sentenza *Philip Morris/Commissione*, cit., punti 24-25.

⁵⁶ Comunicazione R&S 1986, punti 4.1-4.2.

⁵⁷ *Ibidem*, punto 5.1.

⁵⁸ *Ibidem*, punto 6.

essere che sarebbe stata effettuata sulla base dell'esperienza acquisita e delle distorsioni rilevate⁵⁹, anche grazie alla predisposizione di un elenco completo degli aiuti concessi in ogni Stato e di un esame congiunto degli stessi⁶⁰. In breve, la Commissione intendeva rimarcare che la valutazione delle misure concesse sarebbe rimasta ancorata alla realizzazione “degli obiettivi del trattato”⁶¹.

Le successive comunicazioni ribadiscono la medesima impostazione ma articolano meglio l'analisi dei requisiti di compatibilità e ampliano il respiro degli orientamenti della Commissione al fine di circostanziare nel dettaglio la base giuridica per il raggiungimento degli obiettivi della politica di innovazione, di ricerca e di sviluppo tecnologico senza, tuttavia, che a questo indirizzo si accompagni un controllo maggiore sugli aiuti erogati.

Nella comunicazione del 1996⁶² la Commissione può citare, a sostegno della sua interpretazione, una norma del nuovo trattato che essa interpreta come conferente mandato ad attuare la strategia di sviluppo industriale «attraverso politiche ed azioni da essa attuate ai sensi di altre disposizioni del presente trattato»⁶³. Di conseguenza, la Commissione può concedere che il miglioramento della competitività internazionale dell'industria comunitaria sia solo «*uno* degli obiettivi della politica di concorrenza»⁶⁴. Ciononostante, rilevando l'inadeguatezza dei finanziamenti europei alla ricerca rispetto «a quelli

⁵⁹ *Ibidem*, punto 7.

⁶⁰ *Ibidem*, punto 8.1.

⁶¹ *Ibidem*, punto 8.2.

⁶² Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo (Comunicazione R&S 1996), C 45, 17.02.1996, pp. 5-16.

⁶³ Art. 130 F, par. 3, trattato di Maastricht.

⁶⁴ Comunicazione R&S 1996, punto 1.8, enfasi aggiunta.

di certi suoi concorrenti»⁶⁵, se da un lato stabilisce criteri più dettagliati per la valutazione della compatibilità degli aiuti⁶⁶, dall'altro inizia ad allentare le forme di controllo preventivo⁶⁷. Tale assetto può giustificarsi anche alla luce della interpretazione che la Corte di giustizia offre dell'art. 107, par. 3, TFUE. Infatti, essa aveva in quegli anni riconosciuto sia l'importanza degli elementi di analisi economica dietro la valutazione della compatibilità dell'aiuto, sia l'ampia discrezionalità della Commissione in materia⁶⁸. Proprio alla luce di un tale atteggiamento di *self-restraint*, la Corte richiamava subito all'essenzialità del controllo *ex ante* della Commissione ed *ex post* della stessa Corte, riconoscendo la sussistenza di un indefettibile equilibrio tra le norme del trattato oggi corrispondenti all'art. 107, par. 3, e all'art. 108⁶⁹.

⁶⁵ *Ibidem*, punto 1.6.

⁶⁶ Si veda, ad esempio, la considerazione dell'attività di acquisto di servizi di R&S da parte dell'autorità pubblica per il tramite di appalti (*ibidem*, punto 2.5).

⁶⁷ Ad esempio, ricorrendo alle esenzioni da notifica in base al regime *de minimis* (*ibidem*, punti 4.5-4.8).

⁶⁸ Al punto 15 della sentenza del 14 febbraio 1990, Francia/Commissione, C-301/87, EU:C:1990:67 si legge «L' accertamento, in siffatti casi, della compatibilità o dell'incompatibilità con il mercato comune d' un aiuto statale solleva problemi che implicano la valutazione di fatti e circostanze economiche complesse ed atte a modificarsi rapidamente».

⁶⁹ *Ibidem*, punto 16: «Per questo motivo il trattato ha previsto all' art. 93 un procedimento speciale che comporta l'esame permanente ed il controllo degli aiuti da parte della Commissione. Per quanto riguarda i nuovi aiuti che gli Stati membri abbiano intenzione d' istituire è previsto un procedimento preliminare senza il quale nessun aiuto può essere considerato come regolarmente istituito. Il trattato, disponendo all' art. 93 l'esame permanente e il controllo degli aiuti da parte della Commissione, ha inteso far sì che l'accertamento dell'eventuale incompatibilità di un aiuto col mercato comune risulti, sotto il controllo della Corte, da un adeguato procedimento, di competenza della Commissione».

Ai presenti fini, è importante osservare che, in questa comunicazione, a differenza di quella del 1986, vengono per la prima volta menzionati i diritti di proprietà intellettuale. Da una lettura critica della comunicazione è facile osservare come la Commissione non ignori il potenziale conflitto tra il sostegno statale alla ricerca, inteso come la capacità degli aiuti di diffondere la conoscenza, e la tutela dei regimi di privativa, per loro natura conferenti diritti di esclusiva. Infatti, la Commissione sottolinea che l'auspicata diffusione dei risultati della ricerca non deve contravvenire al rispetto delle norme in materia di proprietà intellettuale⁷⁰.

La comunicazione 2006⁷¹ segna un'importante svolta per il regime di compatibilità degli aiuti di Stato.

In primo luogo, la Commissione ritiene di includere tra le misure interessate dalla presente "disciplina" per la prima volta anche quelle a sostegno dell'innovazione, ampliando così considerevolmente il novero delle possibili forme di sostegno del settore rinominato "ricerca, sviluppo e innovazione" (in prosieguo, anche RSI). Mancava tuttavia e manca ancora oggi una definizione del concetto di innovazione. La comunicazione 2006 si limitava a statuire che l'«innovazione è legata a un processo che consente di combinare conoscenza e tecnologia con lo sfruttamento delle opportunità offerte dal mercato per prodotti, servizi e processi commerciali nuovi o più avanzati rispetto a quelli già disponibili sul mercato comune, e comporta un certo grado di rischio»⁷². Di conseguenza, essendo l'innovazione un'attività che

⁷⁰ Cfr. comunicazione R&S 1996, punti 1.8, 2.5 e 5.10.3.

⁷¹ Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (Comunicazione RSI 2006), GU C323, 30.12.2006, pp. 1-26.

⁷² *Ibidem*, punto 1.2.2.

necessariamente avvicinava l'aiuto erogato alla fase della commercializzazione, era necessario argomentare il giudizio di compatibilità sulla base di evidenze scientifiche derivanti dall'analisi economica.

Di fatti, il secondo sviluppo importante di questa comunicazione si rinviene nella affermazione della centralità del concetto di fallimento di mercato. Se in precedenza la Commissione faceva solo incidentalmente riferimento alle "lacune" del mercato⁷³, in questa comunicazione viene chiarito che è necessaria la presenza di un collegamento diretto tra l'intervento statale e la funzionalità del mercato, ossia gli aiuti concessi devono mirare a rimediare alle "imperfezioni" dello stesso⁷⁴.

Occorre ricordare sul punto che dagli anni 2000 la Commissione ha iniziato ad applicare l'approccio economico in modo strutturale, sia al diritto *antitrust* che al controllo degli aiuti di Stato, in particolare in materia di compatibilità degli aiuti. Dal 2005, facendo leva sul Piano di azione (o *State Aid Action Plan*, SAAP), la Commissione ha definito un "approccio economico più preciso" secondo cui «ogni valutazione concreta degli effetti allocativi o distributivi degli aiuti di Stato deve tener conto del loro effettivo contributo alla realizzazione di obiettivi fissati di comune accordo e politicamente auspicabili»⁷⁵. A tal fine, il

⁷³ Comunicazione R&S 1996, punto 6.2 (*market failures* nella versione inglese).

⁷⁴ Comunicazione RSI 2006, punti 1.1.3, 1.2.2 e 1.2.5.

⁷⁵ Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato della Commissione, Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 (Piano di azione), COM/2005/0107 def., 7.6.2005, punto 18. Sull'approccio economico in materia di aiuti di Stato cfr., *ex multis*, J. HAUCAP-U. SCHWALBE, *Economic Principles of State Aid Control*, Discussion Paper n. 17, Düsseldorf Institute of Competition Economics, 2011; D. NEVEN-V. VERouden, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in W. MEDERER ET AL., *EU Competition Law*, vol. IV,

Piano di azione limitava i riferimenti all'analisi degli obiettivi comuni e si concentrava, invece, sulla necessità di sopperire alla “carenze” del mercato. Tuttavia, gli esperti del settore e la dottrina ritengono che non solo questo rappresenti un indebito slittamento della base giuridica alla luce della quale i trattati pretendono che venga valutata la compatibilità dell'aiuto, ma chiarisce anche che l'approccio economico, pur comportando maggiore astrattezza delle comunicazioni e maggiori costi per le parti interessate, non ha condotto all'individuazione di aiuti incompatibili avendo piuttosto offerto una base a riconferma delle precedenti interpretazioni della Commissione⁷⁶. La comunicazione RSI 2006 ha rappresentato il primo prodotto di questo nuovo approccio, come dimostrato dalla presenza del cd. “test di bilanciamento” (*balancing test*)⁷⁷. Tuttavia, il Piano di azione sottolineava con chiarezza che il ricorso alle risorse statali per il sostegno allo sviluppo dell'industria europea deve considerarsi un'*extrema ratio*. Infatti «non è sufficiente che l'aiuto di Stato sia volto alla correzione di un fallimento del mercato. Prima di ricorrere agli aiuti di Stato, che in genere costituiscono solo un'opzione "di ripiego" per l'allocazione ottimale delle risorse, è necessario verificare l'impossibilità di correggere il fallimento del mercato mediante misure meno distorsive»⁷⁸.

Claeys & Casteels, 2008; D. SPECTOR, *State Aids: Economic Analysis and Practice in the European Union*, in X. VIVES, *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, OUP, 2009, cap. 7.

⁷⁶ Cfr. anche T. M RUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid.*, cit., pp. 231-232.

⁷⁷ Cfr. la comunicazione RSI 2006, punti 1.3.6. e 7.5 e il Piano di azione, punto 11. Sul punto, v. I. AALTO-SETÄLÄ-T. KLEINER, *Research, development and innovation aid*, in L. HANCHER ET AL., *EU State Aids*, V ed., Sweet&Maxwell, 2016, p. 993.

⁷⁸ Piano di azione, punti 23 e segg. Cfr. *infra*, § 3.2.2.

A seguito della crisi economica del 2008, la Commissione ha intrapreso nuovamente la sfida del rilancio delle politiche di crescita con una strategia decennale denominata Europa2020. Tale strategia individua gli aiuti di Stato tra gli strumenti in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi di investimento nel settore RSI⁷⁹.

Appena due anni dopo la Commissione emanò la comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato (*State Aid Modernisation, SAM*)⁸⁰. Questo strumento intende adeguare l'interpretazione del regime sugli aiuti di Stato alle necessità della strategia di crescita, senza più far riferimento esplicito al menzionato approccio economico più preciso⁸¹. La comunicazione rimarca invece l'importanza dell'individuazione di principi comuni di valutazione della compatibilità dell'aiuto⁸², con l'obiettivo di convogliare le scarse risorse pubbliche nazionali verso l'ottenimento degli obiettivi di politica industriale secondo i criteri dell'efficienza e dell'efficacia⁸³, anche in un'ottica di superamento della crisi economico-finanziaria⁸⁴.

Sostanzialmente, nella modernizzazione i principi comuni di valutazione sostituiscono il test di bilanciamento tra compatibilità, come era previsto dal Piano di azione. È stato sostenuto in dottrina che un simile approccio sottolinea il passaggio da una valutazione di bilanciamento ad una, più rigorosa, di filtro, poiché in base ai nuovi

⁷⁹ Comunicazione della Commissione, Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, cit., punto 1.3.6.

⁸⁰ Comunicazione della Commissione, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, cit.

⁸¹ T. M RUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid*, cit.

⁸² Comunicazione della Commissione, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, cit., punto 18, lett. a).

⁸³ *Ibidem*, punti 10-12.

⁸⁴ Cfr. *supra*, § 1.1.

orientamenti ciascun principio di valutazione deve essere rispettato⁸⁵. Potrebbe tuttavia ritenersi, al contrario, che la nuova disciplina indebolisca la valutazione di compatibilità a favore del sostegno al settore RSI. Infatti, se in base alla previgente interpretazione la Commissione si obbligava a svolgere una valutazione comparativa che di volta in volta doveva rendere conto dei contrapposti interessi in gioco, oggi questo spazio deliberativo viene meno poiché la prova della compatibilità si basa sulla presenza piuttosto che la preponderanza di determinate condizioni.

La vigente comunicazione RSI 2014⁸⁶ costituisce il portato delle due iniziative di modernizzazione e strategia Europa2020.

Essa invero una delle “iniziative faro” della strategia Europa2020⁸⁷ e mira ad ottenere l’efficienza economica nel settore RSI⁸⁸. Del progetto di modernizzazione la comunicazione adotta i nuovi principi comuni di valutazione, pur riconfermando l’impianto interpretativo delle precedenti comunicazioni cui essi vengono adattati. Un esempio del modo in cui le due fonti si integrano e plasmano la disciplina in essere sta nella previsione di una presunzione legale per cui se il progetto è co-finanziato dall’Unione alcuni principi di compatibilità, come l’obiettivo di interesse comune, la necessità di risorse statali e l’adeguatezza della misura, si ritengono formalmente rispettati e la misura si ritiene compatibile con il mercato⁸⁹.

⁸⁵ B. VON WENDLAND, *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: not a Revolution but a Silent Reform*, in *EStAL*, 2015, p. 37.

⁸⁶ Comunicazione RSI 2014, cit.

⁸⁷ Comunicazione della Commissione, Iniziativa faro Europa 2020. L’Unione dell’innovazione, COM(2010) 546 def., 6.10.2010.

⁸⁸ B. VON WENDLAND, *R&D&I-State Aid Rules at the Crossroads – taking Stock and Preparing the Revision*, in *EStAL*, 2012, pp. 389 – 409.

⁸⁹ Comunicazione RSI 2014, punti 43, 54 e 59.

La vera rivoluzione della disciplina vigente risiede però nell'interazione tra la comunicazione e la disciplina generale di esenzione per categoria. Al momento della pubblicazione della comunicazione RSI 2006, non vigeva ancora un regime di esenzione generale in blocco, emanato per la prima volta nel 2008⁹⁰. Tuttavia, anche quest'ultimo non offrì un quadro disciplinatorio effettivamente integrato alla comunicazione. Ad esempio, alla Commissione non era stato ancora conferito il potere di esentare la categoria degli aiuti all'innovazione⁹¹. La comunicazione RSI 2014 viene invece redatta alla luce dell'esperienza maturata nella vigenza del primo regolamento di esenzione negli anni precedenti ed emanata contemporaneamente al nuovo regolamento. L'interazione tra le due fonti permette di innalzare il livello degli aiuti ammissibili, articolare meglio le definizioni e presentare una maggiore flessibilità ai fini dell'esenzione dall'obbligo

⁹⁰ Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria 2008), GU L 214, 9.8.2008, pp. 3-45. In realtà, tale disciplina trova un precedente nel Regolamento (CE) n. 364/2004 della Commissione, del 25 febbraio 2004, recante modifica del regolamento (CE) n. 70/2001 per quanto concerne l'estensione del suo campo d'applicazione agli aiuti alla ricerca e sviluppo, GU L 63, 28.2.2004, pp. 22-29. Esso aveva modificato la disciplina dell'esenzione per le PMI al fine di includervi anche la materia dell'R&S. Tuttavia, riguardando l'esenzione unicamente le PMI, il regolamento non può dirsi di esenzione in blocco.

⁹¹ Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali (regolamento di abilitazione), GU L 142, 14.5.1998, pp. 1-4. La disciplina in esso contenuta è stata più volte modificata e aggiornata. Da ultimo, si veda il Regolamento (UE) 2018/1911 del Consiglio, del 26 novembre 2018, che modifica il regolamento (UE) 2015/1588 sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, GU L 311, 7.12.2018, pp. 8-9.

di notifica⁹². Ad esempio, ciò avviene per il tramite dell'enucleazione della nuova figura delle infrastrutture di ricerca. Come dimostrato dal caso *ADIF*⁹³, fino all'introduzione della nozione di infrastruttura di ricerca nella comunicazione del 2014, un aiuto di Stato illegale a tali strutture doveva valutarsi alla luce del mero art. 107, par. 3, TFUE, non essendo la Commissione vincolata all'applicazione dei suoi orientamenti⁹⁴.

Appare evidente che la vigente disciplina costituisce un ulteriore passo verso il sostegno all'interpretazione favorevole sulla compatibilità degli aiuti di Stato nel settore RSI, considerati strumentalmente come forma di traino dell'industria anche al fine del superamento della crisi. La necessità di superare l'impianto rigido del diritto antimonopolistico in epoca di crisi è consuetudine nota alla dottrina e, in base al trattato, l'obiettivo può ritenersi legittimo fintantoché i benefici dell'aiuto sono maggiori dei suoi effetti distorsivi. Tuttavia, è da rilevarsi in senso critico che l'analisi della compatibilità dell'aiuto intesa come test di bilanciamento degli effetti distorsivi si basa su presupposti non sempre condivisi. Ad esempio, la dottrina ha sottolineato che i principi comuni di valutazione si applicano solo al piano della giustificazione e non permettono di analizzare in concreto la realtà della concorrenza nel settore a livello transfrontaliero⁹⁵.

⁹² I. AALTO-SETÄLÄ-T. KLEINER, *Research, development and innovation aid*, cit., p. 994.

⁹³ Decisione (UE) 2017/70 della Commissione, del 25 luglio 2016, sulla misura di aiuto SA.37185 (2015/C) (ex-2013/N) Spagna, *finanziamento del Centro de ensayos de alta tecnología ferroviaria de Antequera (CEATF)* [notificata con il numero C(2016) 4573] GU L 9, 13.01.2017, pp. 8-32.

⁹⁴ *Ibidem*, punti 8 e da 93 a 96.

⁹⁵ U. SCHWALBE, *Introduction – Economic principles of State aid control*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, Beck-Hart-Nomos, 2016, § 183, p. 50.

È dunque possibile concludere affermando che il ruolo del regime degli aiuti di Stato come strumento di sostegno all'espansione del settore RSI e, come verrà ulteriormente chiarito in prosieguo⁹⁶, alla generazione dei prodotti dell'ingegno, è frutto di un'evoluzione dell'interpretazione che le istituzioni europee hanno sviluppato alle norme del trattato. Questa evoluzione riflette la necessità di centrare obiettivi strategici e può ritenersi legittima alla luce della possibilità che lo stesso art. 107 TFUE prevede di bilanciare il controllo degli aiuti con la tutela degli obiettivi comuni. Tuttavia, un'interpretazione di aperto favore quale è quella oggi in vigore rischia di eccedere i limiti del bilanciamento e sviare lo strumento del controllo degli aiuti dal suo fine connaturato e primario di contenimento delle distorsioni del mercato. Inoltre continua a mancare un chiarimento circa la dimensione della compatibilità dell'aiuto, non essendo possibile definire in quali termini il giudizio di compatibilità dipende dall'individuazione dell'interesse generale o comune.

1.3 L'inversione di prospettiva nel regime applicabile: la nuova disciplina come incentivo al sostegno di ricerca e sviluppo

In base alla disciplina vigente, gli Stati membri sono incentivati ad erogare forme di sostegno alla ricerca, allo sviluppo e all'innovazione e di conseguenza, come si illustrerà meglio in prosieguo, agli investimenti nei prodotti dell'ingegno. Infatti, il quadro disciplinatorio presenta numerose conferme dell'intenzione della Commissione di voler ingenerare legittime aspettative di riconoscimento della compatibilità con il mercato interno delle misure a sostegno del settore.

Per un'analisi dettagliata dei limiti dei principi comuni di valutazione in merito al regime degli aiuti RSI cfr. *infra*, § 3.2.

⁹⁶ Cfr. *infra*, § 2 e 3.

Nelle pagine che seguono verrà illustrato come non solo le norme ma la struttura stessa della disciplina avvalorano tale assunto.

1.3.1 Esenzione e compatibilità nella nuova architettura delle fonti in materia di aiuti nell'ambito della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione

A seguito delle riforme proposte dalla Commissione nel Piano di azione e nella modernizzazione degli aiuti di Stato, sono essenzialmente quattro le fonti giuridiche rilevanti ai fini della ricostruzione del regime che disciplina gli aiuti di Stato in materia di R&S: il trattato, il regolamento *de minimis*, il regolamento generale di esenzione per categoria e la comunicazione RSI⁹⁷.

Delle norme fondamentali del trattato si è già detto⁹⁸. Occorre tuttavia ricordare che alcune norme in materia di aiuti al settore R&S non derivano unicamente dalla base giuridica offerta dall'art. 107, par. 3, let. c), ma anche dalla lettera b) dello stesso articolo. Trattasi degli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto

⁹⁷ In realtà, in materia di aiuti al settore RSI si rinvencono anche altre fonti. Tuttavia, queste fonti non hanno carattere orizzontale ma settoriale. Ad esempio, si vedano le norme per gli aiuti di R&S nel settore dell'agricoltura di cui al regolamento (UE) n. 702/2014 della Commissione, del 25 giugno 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali e che abroga il regolamento della Commissione (CE) n. 1857/2006 (GU L 193 del 1.7.2014, pp. 1–75); al regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «*de minimis*» (GU L 352 del 24.12.2013, pp. 1–8); e agli orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014–2020 (GU C 204 del 1.7.2014, pp. 1–97).

⁹⁸ Cfr. *supra*, § 1.1. (

di comune interesse europeo, che può essere anche un progetto RSI⁹⁹. In tal caso, la disciplina qui illustrata deve integrarsi con l'autonoma disciplina che la Commissione ha ritenuto di dedicare a tale settore¹⁰⁰. La disciplina in oggetto non offre tuttavia autonomi spunti di riflessione circa il rapporto tra tutela del libero gioco del mercato e protezione della proprietà intellettuale ma riconduce alle stesse soluzioni interpretative della disciplina RSI, ad esempio in materia di costi ammissibili alla definizione dell'importo massimo di aiuto¹⁰¹.

Il regolamento *de minimis*¹⁰², come noto, impone alcune soglie di rilevanza¹⁰³ al di sotto delle quali vige il principio racchiuso nel brocardo latino secondo cui *de minimis praetor non curat*. In particolare, le misure non costituiscono aiuti poiché si ritiene che la loro contenuta dimensione non sia in grado di generare una distorsione della

⁹⁹ Si vedano, ad esempio, le decisioni della Commissione, del 18 dicembre 2018, sulle misure d'aiuto SA.46705 (Francia), SA.46578 (Germania), SA.46595 (Italia) e SA.46590 (Regno Unito), IPCEI sulla microelettronica, non ancora pubblicate, (comunicato stampa disponibile online all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6862_it.htm); per un commento, v. E. HARGITA – P. NICOLAIDES- P. STAVICZKY, 'Repayable Advances' for Support of Research Projects, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, pp. 1-12.

¹⁰⁰ Comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo (comunicazione IPCEI), GU C 188, 20.6.2014, pp. 4-12.

¹⁰¹ Cfr. punto 31 della comunicazione IPCEI. Si veda anche infra, § 2.

¹⁰² Regolamento *de minimis*, cit.

¹⁰³ Ai sensi degli artt. 3, par. 2, e 4 del regolamento *de minimis*, attualmente la soglia di applicazione generale è di €200.000 nell'arco di tre esercizi finanziari, mentre in presenza di determinate condizioni anche prestiti sovvenzionati fino a €1.000.000 e garanzie fino a €1.500.000.

concorrenza rilevante ai sensi dell'art. 107 TFUE¹⁰⁴. Il regolamento si applica, salvo alcune limitate eccezioni¹⁰⁵, indistintamente a tutte le tipologie di aiuto e di conseguenza anche all'R&S¹⁰⁶. Il regolamento pone tuttavia come condizione fondamentale la trasparenza dell'aiuto, intesa come la capacità di calcolare con precisione l'equivalente sovvenzione lordo *ex ante* senza che sia necessario effettuare una valutazione dei rischi¹⁰⁷. Di conseguenza, non possono essere considerati aiuti *de minimis* trasparenti i conferimenti di capitale e altre misure per il finanziamento del rischio, che saranno soggette all'obbligo di notifica per il vaglio preventivo.

Nel caso in cui l'aiuto superi le soglie *de minimis*, potrà comunque essere esentato da notifica se conforme ai criteri del regolamento generale di esenzione per categoria¹⁰⁸. Il regolamento prevede due categorie di criteri. La prima di carattere orizzontale è applicabile a tutte le tipologie di aiuto mentre la seconda distingue i criteri rilevanti in base alla specifica categoria di aiuto considerata¹⁰⁹. Tra i criteri generali, ad esempio, il regolamento prevede l'applicabilità

¹⁰⁴ Alcuni autori dissentono sulla validità di questa presunzione. Cfr. ad esempio U. SCHWALBE, *Introduction – Economic principles of State aid control*, cit., p. 44 e segg.

¹⁰⁵ Ad esempio, le categorie elencate all'art. 1 del regolamento o le differenti soglie che si applicano al settore del trasporto merci (art. 3).

¹⁰⁶ Si veda ad es. la decisione della Commissione, del 29 settembre 2016, sulla misura d'aiuto SA.41540 (2015/N), Repubblica di Lituania, *Aiuto a soggetti giuridici di diritto pubblico – Science and Technology Parks (STPs)*, 2C(2016)6340 def., GU C 20, 20.1.2017, pp. 8-9.

¹⁰⁷ Art. 4, par. 1, regolamento *de minimis*.

¹⁰⁸ Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria), come modificato, GU L 187, 26.6.2014, p. 1–78.

¹⁰⁹ Art. 3 regolamento generale di esenzione per categoria.

dell'esenzione solo agli aiuti trasparenti che abbiano un effetto di incentivazione per l'impresa¹¹⁰, mentre tra i criteri specifici per categoria si individuano principalmente le soglie di notifica dell'aiuto¹¹¹, l'intensità massima dello stesso in rapporto ai costi ammissibili¹¹² ed altri ancora. Per i cc.dd. grandi regimi di aiuti, ossia aiuti che superano i 150 milioni di euro, il regolamento prevede che il periodo di esenzione duri solo per sei mesi, salvo intervento di un'autorizzazione al proseguimento della Commissione¹¹³.

Di conseguenza, gli Stati membri possono concedere aiuti senza notifica preventiva per misure sottosoglia mentre un vaglio accurato della compatibilità dell'aiuto sarà necessario in caso di misure sopra soglia. In questo caso, è onere dello Stato concedente provare che i criteri di compatibilità dell'aiuto siano soddisfatti.

Rispetto al precedente regolamento, l'attuale disciplina amplia fortemente l'ambito di applicazione dell'esenzione. In primo luogo, il

¹¹⁰ *Ibidem*, artt. 4 e 5.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Per garantire che gli aiuti siano proporzionati e limitati all'importo necessario, occorre che, nella misura del possibile, gli importi massimi di aiuto siano definiti in termini di intensità di aiuto rispetto a una serie di costi ammissibili. Ad esempio, in materia di ricerca e sviluppo, cfr. artt. 25-30 regolamento generale di esenzione per categoria. Si veda anche *infra*, § 2.

¹¹³ Art. 1, par. 2, let. a) regolamento generale di esenzione per categoria. Sul punto la Commissione ha emanato delle linee guida per chiarire la metodologia da utilizzare nel documento di lavoro dei servizi della Commissione, Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato, SWD(2014) def., 28.5.2014. Cfr. Decisione della Commissione, del 1° luglio 2015, sulla misura d'aiuto SA.40098 (2015/N), Finlandia, Piano di valutazione — Regime di aiuti per finanziare progetti di ricerca e sviluppo, GU C 406, 4.11.2016, pp. 5-6.

nuovo regolamento prevede un incremento delle soglie di esenzione¹¹⁴. In secondo luogo, gli aiuti RSI *ad hoc* per le grandi imprese sono ammessi al beneficio di esenzione¹¹⁵. Inoltre, occorre rimarcare che il precedente regolamento di esenzione per categoria si applicava solo parzialmente agli aiuti per l'innovazione, nel caso in cui essi avessero come obiettivo il supporto alle PMI. Infatti nel 2008 il Consiglio non aveva ancora conferito alla Commissione il potere di esentarli da notifica. Infine, è stato introdotto un ulteriore obiettivo tra quelli ammessi all'esenzione, ossia quello dell'aiuto per le infrastrutture di ricerca¹¹⁶.

L'esenzione da notifica, sia del regolamento *de minimis* che di esenzione generale per categoria, intende ridurre gli oneri amministrativi delle autorità nazionali e locali e per incoraggiare i governi dell'UE a incanalare gli aiuti verso la crescita economica. In verità, essa rappresenta anche un notevole strumento di deflazione¹¹⁷ delle procedure a carico della Commissione le cui risorse, specialmente a seguito dell'allargamento dell'Unione a nuovi Stati membri, si è

¹¹⁴ Art. 25 del regolamento generale di esenzione per categoria. Cfr. anche *infra*, § 2.1.

¹¹⁵ Considerando 51 e art. 29 del regolamento generale di esenzione per categoria. Cfr. anche *infra*, § 2.1.

¹¹⁶ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, cit., pp. 763-764.

¹¹⁷ Si stima attualmente che il 90% di tutte le misure di aiuto di Stato (con una spesa annua combinata di oltre 33 miliardi di euro) è attuato dagli Stati membri a norma del regolamento di esenzione e il numero totale di aiuti di Stato notificati dagli Stati membri per approvazione è diminuito di due terzi dalla sua emanazione. Cfr. il comunicato stampa della Commissione europea IP/16/3389 del 13 ottobre 2016, disponibile online all'indirizzo web http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3398_en.htm.

preferito investire su casi di maggiore dimensione presumendo che comportino distorsioni più consistenti della concorrenza.

Il regolamento generale di esenzione per categoria segna un importante passaggio da un sistema di controllo *ex ante* a uno di controllo *ex post* sulla compatibilità degli aiuti orizzontali¹¹⁸. Tale approccio è stato legittimato dal c.d. regolamento di abilitazione del Consiglio¹¹⁹, che ha delegato la Commissione a consolidare la sua «considerevole esperienza» in materia¹²⁰. Tuttavia, l'esperienza della Commissione in materia di R&S era limitata all'esenzione per gli aiuti alle PMI¹²¹.

¹¹⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Evaluation in the field of State aid*, 12.04.2013, disponibile online all'indirizzo web http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/evaluation_issues_paper_en.pdf; X. BOUTIN-I. NUOTIO-OSAZEE, *Ex post Evaluation of Aid*, V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, cit., pp. 261-282; K. VAN DE CASTEELE, *General Block Exemption Regulation*, in L. HANCHER et al., *EU State Aids*, cit., pp. 204-207; A. BATES, *Compatibility of Aid – General principles*, in *European Union Law of State Aid*, cit.; C. QUIGLEY, *Compatibility of State Aid with the Internal Market*, in *European State Aid Law and Policy*, III ed., Hart, 2015, cap. 5; T. M. RUSCHE-C. MICHEAU-H. PIFFAUT-K. VAN DE CASTEELE, *State aid*, cit., §§ 17.183-393; M. BOCCACCIO, *Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato*, in *E-PFRP*, n. 22, 2016, disponibile online www.digef.uniroma1.it/sites/default/files/pubblicazioni/economia/e-pfrp22.pdf; P. NICOLAIDES, *Ex Post Evaluation of State Aid: A New Instrument*, in *State Aid Hub*, Lexxion, 21.04.2013, disponibile online all'indirizzo web <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1595>.

¹¹⁹ Regolamento di abilitazione, cit.

¹²⁰ *Ibidem*, considerando 4.

¹²¹ Cfr. *supra*, §§ 1.2 e 1.3.1.

Ciononostante, nella sentenza *Belgio contro Commissione*¹²², la Corte di giustizia ha dimostrato di riconoscere l'ampia discrezionalità¹²³ della Commissione anche in relazione alle modalità in cui essa elabora i criteri di esenzione per categoria, persino qualora essi vadano oltre la mera codificazione della prassi esperienziale maturata dall'istituzione¹²⁴. L'unico limite che la Commissione deve rispettare qualora operi una revisione dei criteri nel tempo è rappresentato dall'illegittimità dell'evoluzione della disciplina in senso meno rigoroso¹²⁵. Sebbene la giurisprudenza non abbia finora riscontrato una simile tendenza, dall'ampliamento dell'ambito di esenzione¹²⁶ appare difficile non rilevare un'evoluzione della disciplina in senso meno rigoroso.

La comunicazione RSI 2014 rappresenta una fonte complementare alla disciplina sopra descritta, nel senso che essa si applica alle misure che non rientrano nell'ambito di esenzione dei due regolamenti. Ciò può avvenire in quanto la misura risulta sopra soglia rispetto al limite posto per l'applicazione del regolamento o comunque nel caso in cui la misura non risponda ad uno qualsiasi degli altri requisiti obbligatori previsti.

La comunicazione si pone l'obiettivo di migliorare le condizioni di accesso al finanziamento per il settore R&S in linea con la strategia

¹²² Sentenza del 14 aprile 2005, *Belgio/Commissione*, C-110/03, EU:C:2005:223. Sul punto, L. HANCHER, *Art. 107(2) and Article 107(3)*, in L. HANCHER et al., *EU State Aids*, cit., p. 124-125.

¹²³ *Belgio/Commissione*, cit., punti 67-68.

¹²⁴ *Ibidem*, punti 52-53.

¹²⁵ *Ibidem*, punti 72-73.

¹²⁶ Cfr. *infra*, § 2.

Europa2020, incorporando i principi comuni di compatibilità delineati dalla comunicazione sulla modernizzazione¹²⁷.

A tal fine, la comunicazione RSI 2014 fornisce anzitutto una guida all'interpretazione del modo in cui la nozione di aiuto deve intendersi nel settore RSI, in particolare facendo riferimento alle misure che non possono considerarsi aiuti ai sensi del trattato¹²⁸. La comunicazione prosegue poi applicando i principi comuni di valutazione della compatibilità al settore¹²⁹.

La disciplina della comunicazione costituisce anche il migliore esempio del fatto che l'interpretazione del regime sugli aiuti di Stato ha assunto un ruolo strumentale al raggiungimento dell'obiettivo strategico di competitività internazionale¹³⁰. Ad esempio, la posizione internazionale dell'Unione nel campo dell'RSI è un indicatore di presenza dell'obiettivo di interesse comune nell'analisi di compatibilità¹³¹, e la comunicazione RSI è l'unica tra le fonti di orientamenti in materia di aiuti orizzontali ad inserire una clausola di allineamento ai Paesi extraeuropei¹³².

Occorre anche sottolineare, al riguardo, la natura delle comunicazioni e degli orientamenti della Commissione nel sistema delle fonti. In primo luogo, le comunicazioni vincolano unicamente la Commissione ad attenersi ai propri criteri interpretativi nell'applicazione del diritto al caso concreto¹³³, ma non hanno effetti

¹²⁷ Comunicazione RSI 2014, punti 1-4.

¹²⁸ *Ibidem*, § 2. Cfr. *infra*, § 3.1.

¹²⁹ *Ibidem*, § 3. Cfr. *infra*, § 3.2.

¹³⁰ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹³¹ Comunicazione RSI 2014, punto 47.

¹³² Cfr. *infra*, § 3.2.4.

¹³³ Ad es., cfr. sentenza del 10 luglio 2012, *Smurfit Kappa Group/Commissione*, T-304/08, EU:T:2012:351, punto 84.

vincolanti per gli Stati membri. Anzi, parte della dottrina ritiene che anche della vincolatività per la Commissione stessa si possa dubitare¹³⁴. In secondo luogo, è importante ricordare che gli orientamenti della Commissione, quali fonti subordinate, devono conformarsi al trattato¹³⁵. Ciò è vero specialmente per la definizione della nozione di aiuto di Stato, essendo l'ampia discrezionalità riconosciuta alla Commissione estesa unicamente al giudizio di compatibilità di una misura che già integra tutti i parametri di definizione *ex art. 107, par. 1, TFUE*. Infatti: «se la Commissione è vincolata dalle discipline o dalle comunicazioni da essa emanate in materia di controllo degli aiuti di Stato, lo è unicamente nei limiti in cui queste ultime non derogano a una buona applicazione delle norme del Trattato e non possono essere interpretate in modo tale da restringere la portata degli artt. [107 e 108 TFUE] o contravvenire agli obiettivi da questo previsti»¹³⁶.

Eppure, la comunicazione RSI 2014 contiene statuizioni che sembrano tralasciare la natura giuridica degli orientamenti.

Un esempio è dato dal dettaglio dei criteri applicativi della nozione di aiuto di cui al paragrafo 2, che sono tanto dettagliati da costituire una vera e propria disciplina. Poiché questa disciplina è, oltre che fonte di legittimo affidamento, anche in larga parte a favore dell'erogazione di misure di sostegno al settore, sembra improbabile che si presentino occasioni di controllo amministrativo e giurisprudenziale atte a confermare *ex post* l'effettiva inadeguatezza di queste misure di distorcere il mercato¹³⁷.

¹³⁴ L. HANCHER-P. NICOLAIDES, *Compatibility of Aid*, cit., pp. 194-195.

¹³⁵ T. M RUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid*, cit., p. 226.; L. HANCHER, *Art. 107(2) and Article 107(3)*, cit., pp. 124-125.

¹³⁶ Sentenza dell'11 settembre 2008, Germania/Kronofrance, C-75/05 P e C-80/05 P, EU:C:2008:482, punto 65.

¹³⁷ Per un'analisi dettagliata, cfr. *infra*, § 3.1.

Un altro esempio è offerto dalle norme sul meccanismo di adesione degli Stati membri alla comunicazione¹³⁸. Non è chiaro quale sia la conseguenza per uno Stato membro che non si conformi alla disciplina, in mancanza di una decisione applicativa *ex art.* 108, par 2, co. 2, TFUE.

Pur descrivendo le norme della comunicazione e del regolamento un quadro di favore piuttosto generoso a sostegno del finanziamento dell'R&S, sia il regolamento generale di esenzione per categoria che la comunicazione della Commissione conformano i limiti della compatibilità degli aiuti sulla base di una classificazione dei tipi di ricerca che tende a rispecchiare la distanza dell'attività svolta dal mercato, per ciò intendendosi la possibilità di commercializzare l'oggetto ultimo della ricerca (“principio della distanza”). Le tre categorie individuate, ossia ricerca fondamentale, ricerca industriale e sviluppo sperimentale, sono state elaborate alla luce del c.d. Manuale di Frascati dell'OCSE¹³⁹. Ai presenti fini, è importante sottolineare che il Manuale riconosce che i brevetti costituiscono il principale indicatore dell'output dell'attività innovativa di un Paese e, se questi indicatori non sono sufficienti, spesso ciò è dato dalla preferenza degli innovatori per gli altri tipi di diritti di proprietà intellettuale, quali il diritto d'autore, i segreti industriali ed altri ancora¹⁴⁰.

¹³⁸ Comunicazione RSI 2014, punti 127-128.

¹³⁹ OCSE, *The Measurement of Scientific and technological Activities, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development* (Manuale di Frascati), 2002, e versioni successive, come aggiornato da ultimo nel 2015, disponibile online all'indirizzo web www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-manual-2002_9789264199040-en.

¹⁴⁰ *Ibidem*, punti 9-11.

Nonostante il principio della distanza sia applicato con rigore nella disciplina R&S, si assiste oggi ad una sua tendenziale relativizzazione, ad esempio in materia di costi ammissibili per i prototipi¹⁴¹.

La descritta architettura dimostra che la prospettiva con cui le istituzioni europee guardano al controllo degli aiuti di Stato è ribaltata rispetto a quella originariamente posta dal trattato. Infatti i regolamenti e la comunicazione costruiscono una disciplina che designa per il settore R&S un sistema tendente a che la misura venga messa in atto prima che sia notificata, non venga considerata aiuto o sia considerata compatibile con il mercato, sfugga agli strumenti di controllo della trasparenza, della supervisione.

1.3.2 Considerazioni critiche sul cumulo degli aiuti in base alla normativa vigente

Dalla lettura combinata dell'architettura delle norme applicabili al settore RSI a seguito della recente riforma è possibile osservare che è ammesso il cumulo degli aiuti. In particolare, le misure di sostegno al settore RSI che possono essere cumulate comprendono: a) gli aiuti *de minimis*; b) gli aiuti sottoposti alla disciplina del regolamento di esenzione per categoria; gli aiuti approvati in base alla comunicazione RSI, per ciò intendendosi sia c) gli aiuti compatibili sia d) le misure che non costituiscono aiuto in base all'interpretazione della nozione di attività economica; ed infine e) i finanziamenti dell'Unione che non sono direttamente o indirettamente controllati dagli Stati membri¹⁴².

Le norme che pongono limiti alla possibilità di cumulo sono minime e in linea con la strategia di regolazione mirante ad ampliare il

¹⁴¹ Cfr. *infra*, § 2.1.

¹⁴² Comunicazione RSI 2014, punto 83; regolamento *de minimis*, considerando 13; regolamento generale di esenzione per categoria, art. 8, par. 2.

supporto allo sviluppo della ricerca. In primo luogo, il cumulo degli aiuti concessi per diversi costi ammissibili non è soggetto ad alcun limite. In secondo luogo, è ammesso il cumulo degli aiuti anche qualora essi siano stati concessi per gli stessi costi ammissibili se tale cumulo non comporta il superamento dell'intensità di aiuto o dell'importo di aiuto più elevati fissati¹⁴³. In terzo luogo, il cumulo degli aiuti *de minimis* con gli aiuti compatibili per gli stessi costi ammissibili in base alla comunicazione e al regolamento è ammesso fino a concorrenza dell'intensità massima prevista dalle rispettive normative¹⁴⁴. Infine, una regola generale prevede che i finanziamenti dell'Unione non siano da considerarsi aiuti quando non controllati direttamente o indirettamente dagli Stati¹⁴⁵. Ciononostante, essi possono cumularsi con altri aiuti a condizione che il finanziamento complessivo concesso in relazione agli stessi costi ammissibili non superi il tasso o i tassi di finanziamento più favorevoli stabiliti nella normativa applicabile del diritto dell'Unione. Merita osservare, anzitutto, che quest'ultimo limite sottolinea come il diritto degli aiuti di Stato si stia piegando sempre di più agli obiettivi strategici, nella specie la necessità di imposizione di un limite massimo per l'accesso ai fondi *lato sensu* pubblici, a scapito dell'aderenza ai

¹⁴³ Regolamento *de minimis*, art. 5 par. 2; regolamento generale di esenzione per categoria, art. 8, par 3 let. b).

¹⁴⁴ Comunicazione RSI 2014, punto 85; regolamento generale di esenzione per categoria, art. 8, par. 5.

¹⁴⁵ Infatti, non vi è influenza dominante dello Stato sulle risorse. Sul punto, cfr. Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, anche "comunicazione sulla nozione di aiuto"), GU C 262 del 19.7.2016, pagg. 1–50, punto 60. In particolare, tali finanziamenti non rappresentano risorse pubbliche statali ma europee. Sulla distinzione, si veda la sentenza del 13 ottobre 1982, *Norddeutsches Vieh und Fleischkontor*, C-213/81, EU:C:1982:351, punto 22.

principi dell'interpretazione giuridica basata sulle norme del trattato. Difatti, a rigore, non costituendo i finanziamenti dell'Unione un aiuto di Stato, il limite imposto dalla norma sopra menzionata non si spiega se non guardando all'effetto sul mercato, che però non costituisce un portato dell'interpretazione dell'articolo 107 TFUE. Infatti, la norma in considerazione costituisce un'opzione di bilanciamento tra gli interessi, da un lato, del controllo degli aiuti di Stato e, dall'altro, della regolazione degli effetti delle politiche di sviluppo sul mercato. Se tale interpretazione presenta copertura normativa ai fini dell'esenzione dall'obbligo di notifica, ciò non può dirsi per la comunicazione RSI, quale strumento di *soft law*.

Più in generale, sulle norme che regolano il cumulo degli aiuti è possibile concludere che l'unico vero limite è rappresentato dal sistema delle soglie. Queste soglie si valutano in base ai costi ammissibili per lo stesso progetto, cui viene posto un limite percentuale espresso in equivalente sovvenzione lordo¹⁴⁶.

Tuttavia, la definizione del progetto è ampia e dipende dal settore interessato. Ad esempio, nella comunicazione RSI 2014¹⁴⁷, la definizione di progetto di R&S prevede che essi debbano presentare una

¹⁴⁶ Regolamento generale di esenzione per categoria, art. 2 n. 22.

¹⁴⁷ Ai sensi della comunicazione RSI 2014, punto 15 lett. cc), un progetto di R&S è «un'operazione che comprende attività rientranti in una o più categorie di ricerca e sviluppo ai sensi della presente disciplina, finalizzata a svolgere una funzione indivisibile di natura economica, scientifica o tecnica precisa con obiettivi chiaramente predefiniti. Un progetto di R&S può consistere in diversi pacchetti di lavoro, attività o servizi e include obiettivi chiari, attività da svolgere per conseguire tali obiettivi (compresi i relativi costi previsti), e prestazioni concrete da fornire per individuare i risultati di tali attività e confrontarli con i relativi obiettivi. Quando due o più progetti di R&S non sono nettamente separabili uno dall'altro e in particolare quando non hanno — separatamente — probabilità di successo tecnologico, essi sono considerati un unico progetto».

funzione indivisibile di natura economica, scientifica o tecnica, si distinguano anche sulla base delle possibilità di ottenere successo individualmente, e possano caratterizzarsi per la scomposizione in diverse fasi e attività. La duttilità e l'ampiezza del concetto di progetto nonché la sua relatività rispetto al settore interessato concedono agli Stati membri e alle imprese interessate un ulteriore spazio discrezionale per la definizione di misure lecite. Inoltre, la possibilità di distinguere i progetti comporta un'ulteriore occasione di cumulo per il tramite della individuazione di diversi costi ammissibili.

Infine, occorre sottolineare che sussistono difficoltà concrete all'applicazione del controllo sul cumulo. Ad esempio, in base alle nuove norme *de minimis* non è richiesto agli Stati membri di controllare, prima di concedere un aiuto *de minimis*, se il beneficiario faccia parte di un'impresa che ha già ottenuto un aiuto *de minimis* da un altro Stato membro, poiché le soglie si calcolano in base allo Stato concedente. La dottrina ritiene che la *ratio* di questa concessione debba rinvenirsi nella necessità di non far ricadere sugli Stati membri oneri e costi eccessivi¹⁴⁸. Tuttavia, a questo genere di problema sarebbe possibile offrire una soluzione attraverso la realizzazione di un database centralizzato a livello europeo¹⁴⁹.

2 La proprietà intellettuale come elemento essenziale all'avvio del processo di innovazione nel regolamento generale di esenzione per categoria

In base agli articoli da 25 a 30 del regolamento di esenzione per categoria, alcune tipologie di aiuto nel settore R&S sono esentate dalla notifica preventiva di cui all'art. 108 TFUE. Dall'analisi della normativa in vigore è possibile concludere che la Commissione ha

¹⁴⁸ Si veda P. STAVICZKY, *Cumulation of State Aid*, in *EStAL*, 2015, p. 127.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 129

ampliato il novero degli aiuti nel settore che non vengono notificati e dunque non sono sottoposti ad un controllo *ex ante*. Tuttavia, a questa scelta corrisponde un segnale importante di sostegno allo sviluppo della proprietà intellettuale intesa come *input* alla ricerca, ossia come costo finanziato pubblicamente per il sostegno all'attività R&S.

2.1 Premessa: l'arricchimento della disciplina in materia di aiuti esenti da notifica ai sensi degli artt. 25-30 del regolamento

L'articolo 25 del regolamento di esenzione per categoria prevede che gli aiuti devoluti ai progetti di ricerca e sviluppo rispondenti ai requisiti obbligatori previsti siano esenti da notifica preventiva. In realtà, il regolamento vigente ha accorpato sotto la presente disciplina anche agli studi di fattibilità, intesi non più come categoria di aiuto ma come fase delle attività di R&S distinta da ricerca fondamentale, ricerca industriale e sviluppo sperimentale¹⁵⁰.

L'articolo in oggetto prevede una disciplina sostanzialmente simile a quella previgente ma amplia fortemente l'ambito di applicazione dell'esenzione sotto quattro aspetti.

In primo luogo, come si diceva¹⁵¹, le soglie di notifica sono state raddoppiate: per la ricerca fondamentale, da 20 a 40 milioni di euro; per la ricerca industriale, da 10 a 20 milioni di euro; per lo sviluppo sperimentale, da 7,5 a 15 milioni di euro¹⁵².

In secondo luogo, nel vigente regolamento non è stata riprodotta la norma che, nel regime di esenzione previgente, imponeva di dedurre dai costi ammissibili i ricavi derivanti dall'impiego commerciale dei prototipi, tendenzialmente sviluppati nella fase di sviluppo

¹⁵⁰ Artt. 31-32 del regolamento generale di esenzione per categoria 2008.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, § 1.3.1.

¹⁵² Cfr. gli artt. 25 del regolamento generale di esenzione per categoria 2014 e 31 del regolamento generale di esenzione per categoria 2008.

sperimentale. La *ratio* di quell'obbligo era di evitare che il beneficio concesso per la fase di R&S si riversasse nella fase di produzione. Se la mancata riproduzione di questa norma dovesse interpretarsi come una concessione della facoltà di non dedurre tali ricavi, la *ratio* della nuova disciplina dovrebbe rinvenirsi alla necessità di sostenere le imprese nella transizione dalla fase di sviluppo alla fase di commercializzazione dell'innovazione tecnologica¹⁵³.

In terzo luogo, da una lettura attenta della norma si osserva che la Commissione considera gli aiuti compatibili anche qualora essi dovessero essere concessi unicamente a imprese radicate nel territorio dello Stato membro. La possibilità che il progetto coinvolga due o più Stati membri è solo un auspicio, incentivato attraverso la possibilità di beneficiare di intensità di aiuto superiori¹⁵⁴.

Infine, il principio secondo cui l'intensità dell'aiuto ammissibile diminuisce in base alla vicinanza dell'attività al mercato è in parte sconfessata dalle nuove norme in materia di studi di fattibilità. Infatti, se sotto la previgente disciplina gli studi di fattibilità per lo sviluppo sperimentale erano del 40%, il vigente regolamento prevede una soglia (generalizzata) del 50%. Peraltro la soglia generale, diminuisce anche l'intensità massima degli studi per la fase della ricerca industriale¹⁵⁵.

Anche l'articolo 26 del vigente regolamento, dedicato agli aiuti agli investimenti per le infrastrutture di ricerca, costituisce un portato della strategia di ampliamento delle esenzioni della Commissione.

¹⁵³ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 16, pp. 765-766.

¹⁵⁴ Regolamento generale di esenzione per categoria, art 25, para 6, let. b), punto i), primo trattino.

¹⁵⁵ Cfr. art 25, par. 5, let. d), del regolamento generale di esenzione per categoria 2014 e art. 32, par. 2, del regolamento generale di esenzione per categoria 2008.

Come sopra ricordato¹⁵⁶, infatti, nella vigenza del precedente regolamento (e della precedente comunicazione RSI 2006), non era prevista alcuna deroga in relazione alle infrastrutture di ricerca. Peraltro, poiché tali enti possono anche svolgere attività non economica, in presenza di una contabilità separata tale attività non verrà considerata beneficiaria di un aiuto ai sensi del trattato *tout court*, indipendentemente dalla valutazione di compatibilità¹⁵⁷.

L'articolo 27 del regolamento vigente prevede esenzioni da notifica preventiva per gli aiuti ai poli di innovazione¹⁵⁸. Il dispositivo di tale norma prevede, tra l'altro, che per la gestione dei poli di innovazione possano essere concessi aiuti al funzionamento di durata non superiore a dieci anni. Tale norma pone dubbi di legittimità alla luce della giurisprudenza in materia di aiuti al funzionamento.

Infatti la Corte di Giustizia tradizionalmente ha sostenuto che gli aiuti al funzionamento, cioè gli aiuti diretti ad alleviare un'impresa delle spese ch'essa stessa avrebbe dovuto normalmente sostenere nell'ambito della sua gestione corrente o delle sue normali attività, non rientrano in linea di principio nel campo di applicazione

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, § 1.2.

¹⁵⁷ Cfr. *infra*, § 3.1.

¹⁵⁸ Ai sensi dell'art. 2, n. 92, del regolamento generale di esenzione per categoria, per poli di innovazione s'intendono «strutture o raggruppamenti organizzati di parti indipendenti (quali start-up innovative, piccole, medie e grandi imprese, organismi di ricerca e di diffusione della conoscenza, organizzazioni senza scopo di lucro e altri pertinenti operatori economici) volti a incentivare le attività innovative mediante la promozione, la condivisione di strutture e lo scambio di conoscenze e competenze e contribuendo efficacemente al trasferimento di conoscenze, alla creazione di reti, alla diffusione di informazioni e alla collaborazione tra imprese e altri organismi che costituiscono il polo».

dell'articolo 107, par. 3, TFUE e in particolare della lettera c)¹⁵⁹. Ciò dipende dal fatto che gli aiuti al funzionamento falsano in linea di principio le condizioni di concorrenza senza essere in grado, per loro natura, di conseguire uno qualsiasi degli obiettivi elencati dalle disposizioni sulla compatibilità¹⁶⁰.

Tuttavia, sembra che anche questo orientamento della Corte stia vivendo una stagione di *revirement*. In passato si era riscontrata solo qualche timida apertura della giurisprudenza a favore della compatibilità degli aiuti al funzionamento in relazione ai settori degli aiuti regionali e dei servizi di interesse economico generale¹⁶¹. La recente sentenza *Hinkley Point C*¹⁶² sembra invece offrire un'interpretazione della compatibilità molto generosa anche in relazione alle attività di cui alla lettera c) dell'articolo 107, par. 3, TFUE. In tale sentenza il Tribunale inizialmente richiama il consolidato orientamento sull'incompatibilità con il mercato degli aiuti al funzionamento e sottolinea che essi non possono soddisfare i requisiti della deroga in questione poiché incapaci di agevolare lo sviluppo delle attività¹⁶³. Ciononostante, in prosieguo, inaspettatamente afferma:

«nulla osta a che una misura di aiuto che persegue un obiettivo di interesse pubblico, che è adeguata e necessaria al conseguimento di detto obiettivo, senza alterare le condizioni degli scambi in misura

¹⁵⁹ Su questa norma si basa infatti la disciplina in materia di aiuti al settore R&S. Sul punto si veda *supra*, § 1.1 e nota a piè di pagina 98.

¹⁶⁰ Sentenza dell'8 giugno 1995, *Siemens/Commissione*, T-459/93, EU:T:1995:100, punto 48; sentenza *Germania/Commissione*, C-288/96, cit.EU, punti 49 e 90.

¹⁶¹ V. T. M RUSCHE, *General Theory on Compatibility of State Aid.*, cit., p. 225 e note a piè di pagina nn. 15 e 16.

¹⁶² Sentenza del 12 luglio 2018, *Austria/Commissione (Hinkley Point C)*, T-356/15, EU:T:2018:439.

¹⁶³ *Ibidem*, punti 579-580.

contraria al comune interesse, e che soddisfa quindi i requisiti di cui all'articolo 107, paragrafo 3, lettera c), TFUE, sia dichiarata compatibile con il mercato interno in applicazione di tale disposizione, a prescindere dalla questione se essa debba essere qualificata come aiuto agli investimenti o come aiuto al funzionamento»¹⁶⁴.

La posizione espressa dal Tribunale in *Hinkley Point C* non convince in base a quattro considerazioni.

In primo luogo, quello che nella giurisprudenza era stato finora un elemento descrittivo ed essenziale del concetto di “aiuto al funzionamento”, ossia la destinazione dell'aiuto ad alleviare un'impresa delle spese ch'essa stessa avrebbe dovuto normalmente sostenere nell'ambito della sua gestione corrente o delle sue normali attività¹⁶⁵, diviene elemento discrezionale, ossia elemento non essenziale e dalla cui presenza può dipendere l'esito del giudizio di compatibilità¹⁶⁶.

In secondo luogo, l'argomentazione del Tribunale sembra avallare uno slittamento tra i concetti di “obiettivo di interesse pubblico” e “obiettivi comuni” all'Unione¹⁶⁷. Infatti, mentre la decisione oggetto del ricorso la Commissione aveva rilevato un

¹⁶⁴ *Ibidem*, punto 583.

¹⁶⁵ Cfr. sentenza *Siemens/Commissione* cit. *supra*, punto 48 «gli aiuti al funzionamento, cioè gli aiuti diretti ad alleviare un'impresa delle spese ch'essa stessa avrebbe dovuto normalmente sostenere nell'ambito della sua gestione corrente o delle sue normali attività» (enfasi aggiunta).

¹⁶⁶ Cfr. sentenza *Hinkley Point C*, cit., punti 580 e 585: «In tali circostanze, le misure contestate non possono essere considerate come aiuti che si limitano a ridurre le spese correnti e ordinarie di esercizio che un'impresa avrebbe dovuto comunque sostenere nell'ambito della sua normale attività».

¹⁶⁷ Per una tesi simile, il Tribunale richiama la precedente sentenza del 9 giugno 2016, *Magic Mountain Kletterhallen e a./Commissione*, T-162/13, EU:T:2016:341, punti 116 e 117. Tale pronuncia presenta ancor meno argomentazioni a sostegno di questo passaggio logico.

interesse pubblico generale del governo del Regno Unito¹⁶⁸, il consolidato orientamento della giurisprudenza prevede che il giudizio di compatibilità sia effettuato al fine di raggiungere obiettivi comuni nell'interesse europeo e non nazionale¹⁶⁹, non sussistendo *a priori* un'identità tra i due. Vero è che la Commissione ha rinvenuto, nella decisione contestata, una convergenza tra gli obiettivi di interesse pubblico britannici e la politica energetica europea¹⁷⁰. Tuttavia, utilizzando indistintamente le due nozioni, il Tribunale sorvola su fatto che tale convergenza deve essere provata di volta in volta.

In terzo luogo, è importante sottolineare che la Commissione ha basato la decisione sull'assunto che la misura fosse compatibile in quanto aiuto all'investimento e non al funzionamento¹⁷¹. Infatti, l'argomentazione della Commissione sviluppa il test di compatibilità asserendo che l'obiettivo di interesse comune centrato fosse da rinvenirsi nell'investimento in energia atomica¹⁷² come declinato all'art. 2, let. c) del trattato Euratom¹⁷³. Tuttavia il Tribunale non ritiene questa distinzione rilevante, ma rimarca invece l'indifferenza dello strumento di aiuto utilizzato in presenza di un obiettivo ritenuto valido.

¹⁶⁸ Cfr. decisione (UE) 2015/658 della Commissione, dell'8 ottobre 2014, sulla misura d'aiuto SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N), Regno Unito, *Esecuzione a sostegno della centrale nucleare di Hinkley Point C*, GU L 109, 28.4.2015, pp. 44-116, punti 175-179.

¹⁶⁹ La giurisprudenza afferma che le valutazioni di compatibilità devono essere svolte alla luce di un contesto comunitario Cfr. sentenze *Deufil/Commissione*, cit.; *Belgio/Commissione* cit.; cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁷⁰ Decisione *Hinkley Point C*, cit., punti 366-374.

¹⁷¹ *Ibidem*, punto 344.

¹⁷² *Ibidem*, punto 372.

¹⁷³ Versione consolidata del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), GU C 203, 7.6.2016, pp. 1-94.

Infine, a riprova dell'orientamento interpretativo funzionale alla realizzazione degli obiettivi di politica industriale europea che permea la sentenza, si sottolinea che il Tribunale disconosce l'essenzialità dell'esistenza di un fallimento di mercato ai fini del giudizio di compatibilità dell'aiuto¹⁷⁴. Se una tale interpretazione sembra confortare l'opinione di certa dottrina sull'illegittimità dei riferimenti al fallimento di mercato da parte della Commissione¹⁷⁵, in questo contesto la rinuncia ad un riferimento alle dinamiche del mercato, che sarebbe in grado di giustificare l'utilizzo strumentale delle norme sul controllo degli aiuti, appare indebolire l'impianto argomentativo a favore della compatibilità della misura.

Ritornando al regolamento di esenzione per categoria, si rileva che anche l'articolo 28, dedicato agli aiuti all'innovazione a favore delle PMI, presenta requisiti meno stringenti rispetto alla normativa previgente. Infatti l'attuale normativa prevede che l'intensità dell'aiuto possa superare la soglia generale del 50% ed arrivare fino al 100% per gli aiuti a i servizi di consulenza e di sostegno all'innovazione, senza riprodurre l'obbligo precedentemente previsto secondo cui questo tipo di aiuti non avrebbe potuto superare la soglia di intensità del 75% in assenza di una certificazione nazionale o europea del prestatore¹⁷⁶. Peraltro, pur essendo l'ammontare massimo ammesso dalla normativa pari a quello previsto dal regolamento *de minimis*, i due aiuti possono comunque essere cumulati se concessi per costi diversi.

¹⁷⁴ Sentenza *Hinkley Point C*, punto 150.

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, nota a piè di pagina 14.

¹⁷⁶ Cfr. art. 28, par. 4, del regolamento generale di esenzione per categoria 2014 e art. 36, par. 4, del regolamento generale di esenzione per categoria 2008. Cfr. B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., p. 771.

Come per gli aiuti alle infrastrutture, anche gli aiuti per l'innovazione dei processi e dell'organizzazione, la cui disciplina si rinviene all'articolo 29 del vigente regolamento, costituiscono un portato delle riforme del 2014 e non erano presenti nella previgente disciplina.

Infine, le condizioni per l'aiuto alle imprese in fase di avviamento (*start up aid*) sono anch'esse un portato del nuovo regolamento e contengono una disposizione speciale che consente il raddoppio dell'ammontare di aiuto esentato se la start up rientra nella definizione di piccola impresa innovativa¹⁷⁷.

2.2 L'incentivo agli investimenti nei prodotti dell'ingegno: il ruolo della proprietà intellettuale quale costo ammissibile all'esenzione da notifica

Come illustrato *supra*¹⁷⁸, l'ampliamento delle esenzioni previste nel vigente regolamento prova che l'approccio delle istituzioni europee all'interpretazione delle norme del trattato in materia di aiuti è funzionale alla politica di sviluppo.

Benché tale approccio presenti profili di illegittimità alla luce della divergenza rispetto allo scopo anti-protezionistico delle norme di concorrenza, esso costituisce un importante strumento di promozione della diffusione della proprietà intellettuale quale input alla ricerca e allo sviluppo. In particolare, le norme che il regolamento di esenzione dedica al settore R&S prevedono che l'intensità dell'aiuto oggetto di esenzione debba essere parametrata ad alcuni specifici costi ammissibili. Tra detti costi, quelli atti all'acquisizione di diritti di proprietà intellettuale rivestono un ruolo preminente. I costi ammissibili sono diversi a seconda del tipo di aiuto oggetto di esenzione.

¹⁷⁷ Cfr. art. 2, punti 2 e 80 regolamento generale di esenzione per categoria 2014.

¹⁷⁸ Cfr. *supra*, § 2.1.

Ad esempio, per gli aiuti ai progetti di ricerca e sviluppo, sono ammessi costi che coprano la ricerca contrattuale, le conoscenze e i brevetti acquisiti o ottenuti in licenza da fonti esterne¹⁷⁹. È tuttavia necessario, al fine di non comportare un vantaggio ingiusto per l'impresa, che questi acquisti avvengano alle normali condizioni di mercato. Sono ammessi anche i costi per i servizi di consulenza e servizi equivalenti, se utilizzati esclusivamente ai fini del progetto. Tra i «servizi di consulenza in materia di innovazione» il regolamento annovera anche la consulenza, l'assistenza e la formazione in materia di trasferimento delle conoscenze, acquisizione, protezione e sfruttamento di attivi immateriali e di utilizzo delle norme e dei regolamenti in cui sono contemplati¹⁸⁰.

Un altro esempio è offerto dagli aiuti agli investimenti per le infrastrutture di ricerca, per i quali sono ammessi costi che coprano investimenti materiali e immateriali¹⁸¹. Da una lettura coordinata del regolamento si comprende che per investimenti immateriali si intende investimenti in attivi diversi da attivi materiali o finanziari che consistono in diritti di brevetto, licenze, know-how o altre forme di proprietà intellettuale¹⁸².

Ancora, per gli aiuti all'innovazione a favore delle PMI sono ammessi costi che coprano l'ottenimento, la convalida e la difesa di brevetti e altri attivi immateriali¹⁸³. Anzi, la dottrina rimarca che l'obiettivo dell'esenzione di questo aiuto stia proprio nella creazione di un ambiente favorevole all'innovazione attraverso lo stimolo della

¹⁷⁹ Regolamento generale di esenzione per categoria, art. 25, par. 3, let. d).

¹⁸⁰ *Ibidem*, art. 2, punto 94).

¹⁸¹ *Ibidem*, art. 26 par. 5.

¹⁸² *Ibidem*, art. 2, combinato disposto tra i punti 30, 49 e 51.

¹⁸³ *Ibidem*, art. 28, par. 2, let. a).

domanda di fattori quali i brevetti¹⁸⁴. Anche per questi aiuti è ammesso il costo per servizi di consulenza e di sostegno all'innovazione¹⁸⁵.

Infine, per gli aiuti per l'innovazione dei processi e dell'organizzazione sono ammessi costi a copertura della ricerca contrattuale, delle competenze e dei brevetti acquisiti o ottenuti in licenza da fonti esterne alle normali condizioni di mercato¹⁸⁶.

La normativa illustrata facilita la creazione di una domanda dei beni dell'ingegno e dei diritti ad essi collegati finanziata dalle risorse statali. Nel rispetto dei requisiti del regolamento, gli Stati membri non dovranno incorrere nei costi di notifica preventiva per poter concedere tali aiuti.

3 La proprietà intellettuale come *prodotto* della ricerca nella comunicazione della Commissione sulla disciplina degli aiuti di Stato a favore della ricerca, dello sviluppo e dell'innovazione

Come si è sottolineato in precedenza¹⁸⁷, i diritti di proprietà intellettuale costituiscono il primo prodotto delle attività di RSI. In particolare, attraverso tali privative le imprese si garantiscono l'appropriazione esclusiva del frutto degli investimenti di R&S.

Di conseguenza, l'utilizzo di finanziamenti pubblici nel ciclo dell'innovazione comporta il rischio di un'appropriazione di quel valore da parte delle imprese e, di riflesso, un consolidamento del vantaggio selettivo alle stesse, con effetti distorsivi potenzialmente maggiori rispetto al beneficio di interesse comune che l'esenzione *ex*

¹⁸⁴ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., p. 771.

¹⁸⁵ Regolamento generale di esenzione per categoria, art. 28, par. 2, let. C).

¹⁸⁶ *Ibidem*, art. 29, par. 2, let. c).

¹⁸⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.

art. 107, par. 3, let. c), come oggi interpretato, intende tutelare in deroga.

Tale assunto è alla base della disciplina che la Commissione si vincola ad applicare nella sua valutazione della presenza di un aiuto e nel giudizio di compatibilità dello stesso.

3.1 Criteri per la determinazione della presenza di un aiuto di Stato

La ricognizione della presenza di una misura rispondente ai requisiti di un aiuto incompatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE rappresenta la prima fase del vaglio sulla legittimità del sostegno statale all'impresa. Tuttavia, anche la mera definizione di impresa ha rappresentato (e rappresenta tutt'oggi) una sfida per l'interprete. Non sorprende dunque che anche l'allocatione dei diritti di proprietà intellettuale possa costituire un parametro di riferimento per la Commissione in occasione della valutazione di alcune forme di collaborazione pubblico-privata.

Nelle pagine che seguono verrà dunque illustrato, in primo luogo, il ruolo della nozione di attività economica ai fini della identificazione di un aiuto di Stato nel settore RSI. In secondo luogo, saranno espone alcune considerazioni critiche con riferimento alla capacità delle imprese di beneficiare di un vantaggio nella forma dei diritti di proprietà intellettuale anche quando la Commissione non rinviene alcuna forma di erogazione di aiuti.

3.1.1 La presenza dell'aiuto alla luce delle diverse declinazioni del concetto di attività economica nel settore RSI

Come noto, la nozione di impresa basata sul concetto di attività economica¹⁸⁸ costituisce il fondamento della definizione di aiuto di

¹⁸⁸ Cfr. sentenza del 23 aprile 1991, Höfner e Elser, C-41/90, EU:C:1991:161, punto 21; sentenza del 4 marzo 2003, FENIN/Commissione, T-319/99, EU:T:2003:50,

Stato. Tuttavia, la peculiarità dell'industria in esame è data dalla forte presenza di strutture a carattere non necessariamente imprenditoriale. In particolare, la Commissione individua negli organismi di ricerca¹⁸⁹ e nelle infrastrutture di ricerca¹⁹⁰ due macrocategorie di soggetti (in

punto 36; sentenza del 25 ottobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, EU:C:2001:577, punto 19; sentenza del 12 settembre 2000, *Pavlov*, C-180/98, EU:C:2000:428, punto 74; sentenza del 16 novembre 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, C-244/94, EU:C:1995:392, punto 21; sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri*, C-222/04, EU:C:2006:8, punto 107. Per una panoramica, cfr. la comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, cit., § 2.

¹⁸⁹ Comunicazione RSI 2014, punto 15, let. ee). Un organismo di ricerca è «un'entità (ad esempio, università o istituti di ricerca, agenzie incaricate del trasferimento di conoscenze, intermediari dell'innovazione, entità collaborative reali o virtuali orientate alla ricerca), indipendentemente dal suo status giuridico (costituito secondo il diritto privato o pubblico) o fonte di finanziamento, la cui finalità principale consiste nello svolgere in maniera indipendente attività di ricerca fondamentale, di ricerca industriale o di sviluppo sperimentale o nel garantire un'ampia diffusione dei risultati di tali attività mediante l'insegnamento, la pubblicazione o il trasferimento di conoscenze. Qualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata. Le imprese in grado di esercitare un'influenza determinante su tale entità, ad esempio in qualità di azionisti o di soci, non possono godere di alcun accesso preferenziale ai risultati generati».

¹⁹⁰ Per infrastruttura di ricerca s'intendono « gli impianti, le risorse e i relativi servizi utilizzati dalla comunità scientifica per compiere ricerche nei rispettivi settori; sono compresi gli impianti o complessi di strumenti scientifici, le risorse basate sulla conoscenza quali collezioni, archivi o informazioni scientifiche strutturate e le infrastrutture basate sulle tecnologie abilitanti dell'informazione e della comunicazione, quali le reti di tipo GRID, il materiale informatico, il software e gli strumenti di comunicazione e ogni altro mezzo necessario per condurre la ricerca. Tali infrastrutture possono essere ubicate in un unico sito o «distribuite» (rete organizzata di risorse)» (cfr. comunicazione RSI 2014, punto 15, let. ff). La definizione è modulata sulla base di quella di cui all'art. 2, let. a), del regolamento (CE) n. 723/2009 del

prosiegua, anche “enti di ricerca”) che meritano di essere considerati separatamente rispetto alle imprese in quanto tipicamente esercenti attività primarie non economiche. Tuttavia, l’interpretazione della concessione di un aiuto di Stato a tali enti considera fattori diversi a seconda che le attività svolte siano esclusivamente non economiche, anche economiche, solo economiche o che quelle economiche rivestano un ruolo meramente “ancillare”.

Nel caso in cui tali enti svolgano esclusivamente attività non economiche, manca una precondizione della definizione di aiuto e dunque l’ente sarà considerato beneficiario di una misura lecita. La Commissione indica quattro attività che non possono considerarsi economiche in presenza di determinate condizioni: 1) la formazione di risorse umane qualificate, se l’insegnamento è inserito nel contesto del sistema scolastico nazionale a prevalente finanziamento statale; 2) l’attività di ricerca, se indipendente e fine a se stessa, inclusa la collaborazione tra gli stessi enti; 3) la diffusione dei risultati di ricerca, se essa presenta un carattere ampio, non esclusivo e non discriminatorio, ad esempio attraverso l’insegnamento; 4) il trasferimento delle conoscenze, a condizione che gli utili siano reinvestiti nelle attività primarie dell’organismo o infrastruttura e che l’attività sia svolta da, con o per conto di esse¹⁹¹.

Mentre l’interpretazione delle attività di istruzione quali non economiche deriva da un consolidato orientamento

Consiglio, del 25 giugno 2009, relativo al quadro giuridico comunitario applicabile ad un consorzio per un’infrastruttura europea di ricerca (ERIC), GU L 206, 8.8.2009, pp. 1–8. Per un approfondimento, si veda B. VON WENDELAND, *Public Funding for Research Infrastructures and EU State Aid Rules - Key Issues, Case Examples and State Aid Reform*, in *EStAL*, 2013, pp. 523 – 542.

¹⁹¹ Comunicazione RSI 2014, punto 19.

giurisprudenziale¹⁹², per le altre attività la Commissione ha sviluppato autonomamente una presunzione relativa, la cui definizione è stata affinata negli anni con le successive comunicazioni¹⁹³.

In particolare, è interessante soffermarsi sul trasferimento di conoscenze. Questa attività si distingue dalla diffusione dei risultati di ricerca in quanto può avere come obiettivo non quello di rendere accessibile a un vasto pubblico i risultati di ricerca ma trasferire conoscenze tecnologiche a finalità commerciale a una platea più ristretta, in base a clausole di esclusiva¹⁹⁴. Così, se consideriamo che l'attività del trasferimento di conoscenze per definizione implica, tra l'altro, la concessione di licenze, la pubblicazione dei ricercatori e la gestione delle conoscenze relative all'individuazione, all'acquisizione, alla protezione, alla difesa e allo sfruttamento di attività immateriali, possiamo immediatamente apprezzare la capacità dell'interpretazione offerta dalla Commissione di questa attività come non economica (alle condizioni di cui sopra) di incentivare la produzione di beni e servizi di proprietà intellettuale senza incorrere in effetti distorsivi.

Inoltre è importante sottolineare che le quattro attività considerate dalla Commissione, anche nel caso in cui fossero per ipotesi ritenute di

¹⁹² Sentenza del 27 settembre 1988, Humbel, C-263/86, EU:C:1988:451, punti 15-20; sentenza del 7 dicembre 1993, Wirth, C-109/92, EU:C:1993:916, punti 15-19; sentenza dell'11 settembre 2007, Commissione/Germania, C-318/05, EU:C:2007:495, punto 68. Sul punto, cfr. anche la comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, GU C 8, 11.1.2012, pp. 4-14, punti 26-30.

¹⁹³ Cfr. i punti 3.1.1 della comunicazione RSI 2006 e 19 della comunicazione RSI 2014.

¹⁹⁴ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 63, pp. 777-778.

natura economica, sono caratterizzate da requisiti che renderebbero il vantaggio acquisito con la misura non selettivo e, di conseguenza, la misura non incompatibile ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE. Così è per la formazione, grazie alla struttura universalistica del sistema scolastico nazionale e per la diffusione dei risultati della ricerca grazie alla sua natura non esclusiva e non discriminatoria. Così è anche per l'attività di ricerca e sviluppo indipendente e volta per definizione a finalità di conoscenza che non prevedono un'offerta di mercato. Infine, così è anche per l'attività di trasferimento delle conoscenze, in quanto il reinvestimento dell'utile nelle attività primarie dell'ente fa sì che esse rimangano a beneficio della comunità nella forma delle finalità statutarie di ricerca e insegnamento. A conferma di tale assunto si dica che nella decisione *Istituti di trasferimento della conoscenza tecnologica* la Commissione ha sottolineato che anche uno statuto giuridico di ente di ricerca privato può garantire che non vi sia appropriazione del beneficio da parte di azionisti o membri dell'ente se esso è vincolato a «lavorare per il bene della società»¹⁹⁵.

Tuttavia, più di frequente organismi e infrastrutture di ricerca svolgono anche attività che presentano carattere economico. Tra queste, la Commissione considera in via esemplificativa, la locazione di attrezzature o laboratori alle imprese, la fornitura di servizi alle imprese o l'esecuzione di contratti di ricerca¹⁹⁶. La presenza di un aiuto si riscontra nella misura in cui le risorse pubbliche vanno a coprire i costi

¹⁹⁵ Decisione C(2009)4557 della Commissione, dell'8 giugno 2009, sul regime di aiuto N 617/2008, Danimarca, *Istituti di trasferimento della conoscenza tecnologica*, GU C 165 del 17.7.2009, p. 1, punto 22 (il testo delle decisioni pubblicate per per estratto in GU è disponibile online in versione integrale all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/).

¹⁹⁶ Comunicazione RSI 2014, punto 21.

dell'attività economica¹⁹⁷. Per evitare il fenomeno delle sovvenzioni incrociate, la Commissione ritiene sufficiente la presenza di una netta separazione di attività, costi, finanziamenti ed entrate nei rendiconti finanziari annui¹⁹⁸.

È interessante soffermarsi sul punto per constatare che la presenza di una contabilità separata è una condizione di frequente richiamata dalla disciplina sugli aiuti di Stato¹⁹⁹. Tuttavia, essa costituisce una prova formale della destinazione degli aiuti e non garantisce una separazione sostanziale. In mancanza di controlli *ex post*, la mera separazione contabile non consente di contenere il rischio di sovvenzioni incrociate ma, al più, impedisce la possibilità di ricostruire una responsabilità statale per l'illecito in quanto è assente una sua precondizione, nella specie l'economicità dell'attività sovvenzionata. Sembra tuttavia difficile immaginare la verifica di controlli *ex post* a carattere sostanziale in mancanza di un riconoscimento della misura quale potenziale aiuto. Da questo punto di vista, l'interpretazione della Commissione garantisce la posizione dello Stato e la certezza del diritto ma non scongiura l'effetto potenzialmente distorsivo.

È inoltre interessante osservare che la previsione di una contabilità separata è stata inserita dalla comunicazione 2014 nella definizione di organismo di ricerca. Infatti essa prevede che «[q]ualora tale entità svolga anche attività economiche, il finanziamento, i costi e

¹⁹⁷ *Ibidem*, punto 20.

¹⁹⁸ *Ibidem*, punto 18.

¹⁹⁹ Cfr. comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato, cit., punto 206 e direttiva (CE) n. 2006/111 della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese (Versione codificata), GU L 318, 17.11.2006, pp. 17–25.

i ricavi di tali attività economiche devono formare oggetto di contabilità separata»²⁰⁰. Questo tipo di tecnica normativa, in violazione dei principi di redazione degli atti dell'Unione²⁰¹, porta a domandarsi se elementi quali quello della separazione della contabilità siano definitivi, tanto che non si potrebbe avere un organismo di ricerca senza separazione contabile, o meramente prescrittivi di una condizione. In questo secondo caso, non è chiaro quale sia la conseguenza che la Commissione faccia discendere per l'organismo che non rispetti la condizione, se non forse l'impossibilità di fare affidamento sull'interpretazione favorevole delle norme.

Esistono tuttavia attività economiche che vengono svolte dall'ente solo in via accessoria, per ciò intendendosi che l'attività presenti due requisiti: 1) l'assorbimento degli stessi fattori di produzione (quali materiali, attrezzature, manodopera e capitale fisso) delle attività non economiche e 2) la capacità annuale ad essa dedicata inferiore al 20% della capacità annua complessiva dell'ente. Secondo la Commissione, per queste attività il «finanziamento può esulare completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato»²⁰². A parere di chi scrive, e diversamente da alcuni autori²⁰³, la necessità, il collegamento funzionale e il legame intrinseco dell'attività accessoria

²⁰⁰ Cfr. *supra*, nota a piè di pagina 189.

²⁰¹ UNIONE EUROPEA, Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea, del 7 aprile 2015, punto 14, disponibile online all'indirizzo <https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732>, secondo cui le definizioni non devono contenere elementi normativi autonomi.

²⁰² Comunicazione RSI 2014, punto 20.

²⁰³ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 64, p. 779.

con l'attività non economica non possono considerarsi requisiti bensì meri indicatori descrittivi dell'attività. Sembra tuttavia che, anche in questo caso, la Commissione ritenga necessaria la presentazione di una contabilità separata. È evidente che la definizione della capacità annua complessiva dell'ente costituisce operazione delicata, capace di incidere sul risultato della valutazione. Nella versione di lingua francese e inglese la capacità annua complessiva è riferita all'ente "interessato", quasi a sottolineare che non è necessariamente tutto l'ente ma anche soltanto un suo dipartimento a poter essere usato come parametro.

La norma in analisi è probabilmente un portato della precedente decisione *Istituto Francese del Petrolio*²⁰⁴. La Commissione ha qui ritenuto che sussistessero degli standard per considerare che l'attività economica svolta (contratti di ricerca e prestazioni di servizi) presentasse carattere accessorio²⁰⁵. Tuttavia, in quell'occasione la Commissione non ritenne che la garanzia statale offerta sulle attività esulasse completamente dalle norme in materia di aiuti di Stato²⁰⁶ ma piuttosto che l'aiuto fosse compatibile con il mercato interno²⁰⁷ in quanto non in grado di alterare le condizioni degli scambi in misura

²⁰⁴ Decisione 2012/26/UE della Commissione, relativa all'aiuto di Stato C 35/08 (ex NN 11/08), Francia, a favore dell'ente pubblico «Institut Français du Pétrole» [notificata con il numero C(2011) 4483], GU L 14, 17.1.2012, pp. 1–55.

²⁰⁵ *Ibidem*, punti 278-284.

²⁰⁶ Successivamente, il Tribunale ha parzialmente annullato la decisione in oggetto, affermando che la Commissione non avesse sufficientemente provato la presenza di un vantaggio economico, e dunque dell'aiuto, derivante dalla garanzia legata al nuovo status di diritto pubblico dell'Istituto (cfr. sentenza del 26 maggio 2016, Francia/Commissione, T-479/11, EU:T:2016:320). Tuttavia la Corte ha recentemente annullato la sentenza del Tribunale in sede di impugnazione (cfr. sentenza del 19 settembre 2018, Commissione/Francia e IFP Énergies nouvelles, C-438/16 P, EU:C:2018:73).

²⁰⁷ *Ibidem*, artt. 7 e 8.

contraria all'interesse dell'Unione europea²⁰⁸. È peraltro interessante sottolineare che il “test di accessorietà” elaborato in quella sede appare più stringente rispetto alle condizioni poste nella comunicazione 2014, prevedendo esso una serie più dettagliata di condizioni tra cui, ad esempio, l’obbligo per le attività di non pregiudicare il normale funzionamento, l’indipendenza e la neutralità dell’ente²⁰⁹.

Come anticipato, un organismo o infrastruttura di ricerca non può considerarsi beneficiario di aiuto qualora, pur svolgendo attività esclusivamente economica, esso non trattienga alcun vantaggio ma, come mero intermediario, ne trasferisca il valore al beneficiario finale. Tuttavia, è necessario che i beneficiari finali abbiano diritto di acquisire i servizi dall’intermediario incaricato con gara d’appalto pubblica o servizi equivalenti da un qualsiasi intermediario nel caso in cui il finanziamento pubblico sia disponibile a tutti gli enti²¹⁰.

3.1.2 Profili problematici dell’utilizzo dell’allocazione dei diritti di proprietà intellettuale quale indicatore della presenza di un aiuto

La Commissione prende anche in considerazione la possibilità che le imprese beneficino di un aiuto incompatibile per il tramite di organismi e infrastrutture di ricerca. Infatti, secondo un consolidato orientamento, la nozione di risorse statali comprende tutti gli strumenti che le autorità pubbliche possono concretamente usare per sostenere le imprese, a prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o

²⁰⁸ *Ibidem*, punto 283.

²⁰⁹ *Ibidem*, art 8.

²¹⁰ Comunicazione RSI 2014, punto 22.

meno permanentemente al patrimonio dello Stato, essendo sufficiente che restino costantemente sotto il controllo pubblico²¹¹.

Tuttavia, i criteri da considerare sono diversi a seconda che l'attività di ricerca sia svolta per conto dell'impresa o in collaborazione con la stessa.

Nel primo caso, l'ente svolge ricerca contrattuale o servizi di ricerca su commissione dell'impresa. Perché possa essere esclusa la presenza di un aiuto di Stato, la Commissione reputa necessario che il rapporto che si sviluppa tra l'impresa e l'ente si basi su una logica di mercato. In particolare, l'organismo o infrastruttura deve restare proprietario dei risultati delle attività di ricerca e assumersi il rischio di insuccesso, oltre a ricevere una remunerazione appropriata. Essa è costituita alternativamente dal prezzo di mercato oppure, in mancanza, da un prezzo che rispecchi la totalità dei costi del servizio e generalmente includa un margine del tipo comunemente applicato nel settore o sia il risultato di una normale contrattazione a condizioni di mercato, per ottenere il massimo beneficio economico coprendo almeno i costi marginali²¹². Benché l'ente di ricerca resti proprietario dei risultati dell'attività, l'allocazione dei DPI deve essere considerata nella valutazione della remunerazione appropriata. Di conseguenza, nel caso in cui la titolarità o l'accesso ai DPI rimanga in capo all'ente, il corrispondente valore di mercato può essere detratto dal prezzo pagabile per i servizi in questione²¹³.

Nel secondo caso, l'ente svolge attività di ricerca insieme all'impresa, condividendo progetto, rischi e risultati dello stesso.

²¹¹ Sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione (Stardust Marine), C-482/99, EU:C:2002:294, punti 37-38.

²¹² Comunicazione RSI 2014, punto 25.

²¹³ *Ibidem*, punto 26.

Perché l'impresa non benefici di alcun aiuto, la Commissione reputa necessario che essa si faccia carico di tutti i costi o, alternativamente, che essa non si appropri del valore dei DPI. A tal fine, tre opzioni sono considerate.

In un primo scenario, «i risultati della collaborazione che non generano diritti di proprietà intellettuale possono avere larga diffusione e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale derivanti dalle attività degli organismi di ricerca o infrastrutture di ricerca sono integralmente attribuiti a tali entità»²¹⁴. L'applicazione della nozione di aiuto nella fattispecie in questione solleva alcuni quesiti. In particolare, da una lettura critica sul punto sembrerebbe, *a contrario*, che i risultati della collaborazione che generano diritti di proprietà intellettuale non possano avere larga diffusione e che gli eventuali diritti di proprietà intellettuale derivanti dalle attività dell'impresa rimangano nella sua titolarità. Se questa interpretazione si dimostrasse corretta, essa risulterebbe problematica sotto due profili. In primo luogo, è difficile ritenere che in un simile scenario che nessun aiuto di Stato indiretto sia concesso all'impresa. Essa infatti beneficia, in modo selettivo, del vantaggio derivante dall'ottenimento di una privativa con effetti diretti sul mercato. In secondo luogo, tale lettura conferma che, anche a parere della Commissione, laddove si riconosca la titolarità di diritti di proprietà intellettuale, i risultati della ricerca non possono avere larga diffusione e dunque mancano di generare esternalità positive, nonostante parte della dottrina ritenga che invece la possibilità di difendere i propri beni intangibili costituisca un incentivo per l'impresa a pubblicarne il contenuto²¹⁵.

²¹⁴ *Ibidem*, punto 28, let. b).

²¹⁵ Ad esempio cfr. G. GHIDINI, *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, cit., pp. 11-17.

In un secondo scenario²¹⁶, i risultati della ricerca non possono essere oggetto di ampia diffusione in quanto tutti risultano tutelati da DPI, ma questi vengono allocati «ai diversi partner della collaborazione in modo da rispecchiare adeguatamente i rispettivi interessi, la partecipazione ai lavori e i contributi al progetto». In questo modo, il valore che le risorse pubbliche apportano al progetto rimane nella disponibilità dell'organismo o infrastruttura. È evidente che in questo scenario la metodologia di calcolo della partecipazione al progetto riveste un ruolo fondamentale.

Infine, il terzo scenario²¹⁷ prevede che l'impresa possa acquisire la titolarità o il diritto all'accesso ai DPI sui risultati della ricerca dell'organismo o infrastruttura ma a un prezzo di mercato, eventualmente detratti i costi sostenuti in compartecipazione dall'impresa. La Commissione ritiene che il prezzo di mercato debba garantire all'ente di ricerca il pieno vantaggio economico. Pertanto, esso deve, alternativamente, a) risultare da una procedura di vendita competitiva, aperta, trasparente e non discriminatoria, o b) valutato da un esperto indipendente, o c) negoziato a condizioni di mercato o, d) nel caso in cui l'impresa abbia diritto di prelazione sui DPI, risultare dall'adeguamento dell'offerta dell'impresa a fronte dell'esercizio della facoltà da parte dell'ente di richiedere offerte più vantaggiose ai terzi.

Tuttavia, a parere di chi scrive, l'interpretazione della Commissione nasconde un vizio logico. Anche qualora la metodologia di calcolo del contributo di ogni partecipante al progetto e la metodologia di stima del prezzo di mercato garantissero un elevato livello di precisione, non sarebbe possibile determinare a priori l'assenza di un aiuto a causa della natura stessa del progetto di collaborazione. Come risulta dalla lettura

²¹⁶ Comunicazione RSI 2014, punto 28, let. c).

²¹⁷ *Ibidem*, punto 28, let. d).

della comunicazione tutta, alcuni progetti di RSI non prendono avvio senza la presenza di un aiuto a causa dei fallimenti di mercato. L'impresa che intraprende questa forma di collaborazione è un'impresa che ha già valutato l'impossibilità o la minor convenienza di procedere allo sviluppo del progetto da sola. È un'impresa, peraltro, cosciente dell'impossibilità di appropriarsi del valore delle risorse pubbliche sotto forma di DPI o minori costi. Di conseguenza, si presume che l'impresa sia già in posizione di vantaggio per la mera possibilità di procedere allo sviluppo del progetto di ricerca stesso in virtù della collaborazione. A parere di chi scrive, sarebbe perciò opportuna una rivalutazione dell'interpretazione della Commissione che valorizzi la liceità dell'aiuto indiretto sulla scorta di altri parametri, ad esempio del criterio di selettività *ex art.* 107 par. 1 o della compatibilità dell'aiuto ai sensi dell'articolo 107 par. 3, lett. c) TFUE.

3.1.3 Presenza dell'aiuto e appalti pubblici (rinvio)

Della presenza di un aiuto alle imprese per via della concessione di appalti da parte dell'autorità pubblica si tratterà in dettaglio *infra* (cap. II).

3.2 I limiti dei principi comuni di valutazione: considerazioni sull'inadeguatezza del giudizio di compatibilità dell'aiuto

La Commissione ritiene che, anche nel settore RSI, gli indicatori di compatibilità dell'aiuto debbano rinvenirsi nei principi comuni di valutazione di cui alla comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato²¹⁸. Essi sono: 1) il contributo al raggiungimento di un obiettivo ben definito di interesse comune; 2) la necessità dell'intervento statale; 3) l'adeguatezza della misura per il raggiungimento dell'obiettivo; 4) l'effetto di incentivazione sull'impresa; 5) la proporzionalità della misura; 6) la limitazione di effetti negativi indebiti sulla concorrenza e

²¹⁸ Cfr. *supra*, §§ 1.2 e 1.3.1.

sugli scambi tra gli Stati membri; 7) la trasparenza dell'aiuto. La presenza cumulativa di questi indicatori dovrebbe garantire la compatibilità dell'aiuto con il mercato.

Benché tali indicatori siano in linea con le proposte di modernizzazione in vista della strategia Europa 2020, essi presentano profili problematici alla luce dello scopo del diritto degli aiuti di Stato quale strumento di integrazione del mercato interno.

3.2.1 Obiettivo ben definito di interesse comune

L'interpretazione degli indicatori suggerisce che la Commissione abbia adottato un approccio più attento all'obiettivo strategico che al possibile effetto distorsivo dell'aiuto. La Commissione ritiene infatti che l'«obiettivo generale di aiuti a favore di RSI è la promozione delle attività di RSI nell'Unione»²¹⁹. È prevista una presunzione relativa di sussistenza dell'obiettivo comune ogniqualvolta i regimi di aiuto soggetti a notifica siano parte integrante di un programma o di un piano d'azione globale inteso a stimolare le attività di RSI o strategie di specializzazione intelligente²²⁰, senza che sia specificato quale delle tante iniziative presenti a livello europeo potrebbe essere considerata, e sistematicamente è prevista anche una presunzione assoluta di sussistenza dell'obiettivo comune nel caso di progetti co-finanziati direttamente o indirettamente dall'Unione²²¹. Inoltre, la Commissione prevede espressamente che, nella valutazione della sussistenza dell'obiettivo comune sugli aiuti individuali, valuterà favorevolmente l'aumento di attività RSI nell'impresa e nel settore nonché il «miglioramento della posizione internazionale dell'Unione

²¹⁹ Comunicazione RSI 2014, punto 42.

²²⁰ *Ibidem*, punto 44.

²²¹ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 82, p. 785.

nel campo della RSI»²²². La lettura dell'indicatore illustrata dalla Commissione non tiene conto dell'aumento di attività RSI nello Stato membro che concede l'aiuto, ma si basa sull'ottenimento di un obiettivo assoluto. Da quanto precede risulta evidente che la "bontà dell'aiuto" sia da rinvenirsi nella capacità dello stesso di centrare un obiettivo, per coincidenza, collima con l'obiettivo europeo. In realtà, l'obiettivo cui punta lo Stato membro quanto eroga un aiuto è il sostegno all'impresa del suo territorio. Che l'iniziativa sia di beneficio al mercato interno tutto è conseguenza non provata né necessaria per lo Stato membro, gravato di una responsabilità contabile per l'utilizzo di risorse pubbliche nell'interesse del proprio Paese.

3.2.2 Necessità dell'intervento statale

Anche con riferimento alla necessità dell'intervento statale, l'analisi degli indicatori tratta l'erogazione dell'aiuto come se esso rappresentasse uno strumento neutro, privo di caratterizzazione geografica.

In particolare, l'indicatore si concentra sull'utilizzo di risorse statali per la correzione di alcuni fallimenti di mercato. Con riferimento alle esternalità positive e alle ricadute di conoscenza, ossia i principali fallimenti che gli aiuti nel settore RSI intendono correggere, la Commissione sostiene che «le imprese possono ricavare benefici dal loro investimento attraverso altri strumenti esistenti, quali i diritti di proprietà intellettuale. In alcuni casi, tuttavia, tali strumenti sono imperfetti e lasciano un fallimento del mercato residuale che può essere corretto mediante un aiuto di Stato. Ad esempio, [...] può essere difficile impedire l'accesso ai risultati di alcune attività, che potrebbero pertanto avere natura di bene pubblico. D'altro canto, le conoscenze più specifiche connesse alla produzione possono essere spesso protette

²²² Comunicazione RSI 2014, punto 47.

adeguatamente, ad esempio mediante brevetti che assicurino all'inventore un rendimento maggiore dalla sua invenzione»²²³.

Tale presupposto è interessante sotto due profili.

Il primo riguarda la struttura della definizione di aiuto in senso stretto. Ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, l'incompatibilità degli aiuti concessi dagli Stati ovvero mediante risorse statali con il mercato interno deriva dalla loro capacità di falsare la concorrenza andando a sostegno delle proprie imprese o produzioni. Un settore, come quello RSI, ove il sostegno pubblico a favore dell'efficienza del mercato è necessario nel comune interesse dovrebbe essere sviluppato per il tramite di risorse non statali, che per loro stessa natura non hanno finalità comuni, ma dell'Unione, quale rappresentante un interesse sovranazionale autenticamente comune²²⁴. In tal senso può dunque affermarsi che l'erogazione di risorse statali non può definirsi necessaria poiché essa non è giustificata dalla mera presenza di fallimenti di mercato²²⁵.

Passando ora al secondo profilo di rilievo, occorre rilevare la che l'interpretazione della Commissione nasconde una contraddizione. Si sostiene infatti che l'incapacità dei DPI di garantire appieno la tutela degli investimenti privati e la conseguente incapacità delle imprese di appropriarsi dei risultati dell'investimento giustifichi l'erogazione dell'aiuto di Stato. Tuttavia, una volta che il progetto o il regime è stato sovvenzionato, esso genera sempre la creazione di beni di proprietà intellettuale, che a loro volta generano dei diritti di privativa. Ad

²²³ *Ibidem*, punto 49.

²²⁴ Sulla difficoltà del reperimento dei fondi, v. *supra*, § 1.1.

²²⁵ Sul punto vedi *supra*, § 1.2.

esempio, nella decisione *Carmat*²²⁶, la Commissione ha sostenuto con ampiezza di argomentazioni che il beneficio per il mercato derivante dall'aiuto concesso dallo Stato francese sotto forma di ricadute di conoscenza compensa da solo i benefici di cui si appropriano Carmat SAS e i suoi partner per il tramite dei DPI sui risultati del progetto. È dunque di tutta evidenza che vi è una diretta correlazione tra erogazione di aiuti di Stato e tutela della proprietà intellettuale nel settore. Tuttavia, come illustrato in precedenza²²⁷, la titolarità di un DPI costituisce il consolidamento di una posizione di vantaggio ottenuta per il tramite dell'aiuto ossia un vantaggio di natura economica che non si sarebbe verificato in assenza del sostegno statale. È peraltro da notarsi che, sebbene la misura ritenuta compatibile in *Carmat* contempli la possibilità di individuare subcontraenti di nazionalità diverse, le società capofila e partner del progetto sono tutte imprese di nazionalità francese²²⁸.

Peraltro, gli indicatori di compatibilità dell'aiuto che mirano a valutare la necessità di un intervento sulla base di una comparazione delle condizioni del mercato risultano di difficile applicazione e mancano di affidabilità e precisione a causa della natura innovativa del settore RSI. Ad esempio, «in caso di aiuti di Stato concessi per progetti o attività che, sotto il profilo del loro contenuto tecnologico, del livello di rischio e della dimensione, sono simili a quelli già realizzati all'interno dell'Unione a condizioni di mercato, la Commissione riterrà – in linea di principio – che non sussiste alcun fallimento del mercato e

²²⁶ Decisione C(2009) 4540 def. della Commissione, del 17 giugno 2009, sulla misura di aiuto N 5/2009, Francia, sostegno di Oseo Innovation al PISI "CARMAT" (di seguito, "decisione *Carmat*"), GU C, 29.7.2009, pp. 2-3, punti 63-64.

²²⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.

²²⁸ Decisione *Carmat*, punti 20-25.

chiederà ulteriori prove a giustificazione della necessità di un intervento statale»²²⁹. Tuttavia, come sottolineato in dottrina²³⁰, risulta difficile definire la similitudine tra progetti e la Commissione tende a non valutare i punti di contatto tra progetti a meno che non risultino identici. In particolare, anche differenti livelli di ambizione o durata del progetto sarebbero sufficienti a porre un distinguo e, di conseguenza, ad escludere l'incompatibilità dell'aiuto²³¹.

3.2.3 Effetto di incentivazione

Similmente, anche l'indicatore relativo all'effetto di incentivazione riporta, tra le condizioni di valutazione degli aiuti individuali, la necessità della presentazione di uno scenario controfattuale che miri ad evidenziare a quali risultati avrebbe portato l'attività dell'impresa in assenza di un aiuto all'RSI²³². Tuttavia, la ricostruzione dello scenario controfattuale comporta un ineludibile grado di approssimazione. Inoltre, fornire la prova dello scenario controfattuale non è facile. Ad esempio, è stato sostenuto che gli Stati membri non sempre sono a conoscenza di dati relativi all'industria sufficienti da poter comparare a quelli del beneficiario e che la prassi dimostra che la Commissione tende a valutare l'intero investimento quale risultato dell'effetto incentivante dell'aiuto²³³.

²²⁹ *Ibidem*, punto 55.

²³⁰ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 86, p. 787.

²³¹ *Ibidem*. L'autore cita la decisione C(2014) 6428 def. della Commissione, del 16.9.2014, sulla misura d'aiuto SA.37178 (2013/N), *Francia, aiuto dell'ANR al progetto di R&S "SuperGrid" nel quadro del programma d'investimenti futuri*, GU C 68, 3.3.2017, pp. 2-3. Si vedano, in particolare, i punti 123-124 della decisione.

²³² Comunicazione RSI 2014, punto 66.

²³³ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 95, p. 789.

Per quanto riguarda i regimi di aiuto, la comunicazione richiede unicamente la prova c.d. “formale” dell’effetto di incentivo, ossia la prova che l’attività non sia iniziata prima della richiesta formale di aiuto²³⁴. La dottrina ritiene che questo sia un passo indietro rispetto a quanto auspicato dal Piano di azione del 2005 e ribadito dalla modernizzazione degli aiuti di Stato secondo cui è necessaria una prova sostanziale dell’effetto di incentivo, ossia basata sull’analisi controfattuale²³⁵.

Possiamo perciò concludere affermando che non solo gli indicatori che si basano sulla comparazione tra progetti e condizioni di mercato sono di difficile applicazione, ma agli Stati sono controinteressati rispetto alla produzione di un’analisi approfondita in tal senso. Infatti, la mancanza di dati specifici sull’esistenza di progetti RSI non sovvenzionati viene compensata dall’interpretazione di favore della Commissione rispetto alla possibilità del progetto di venire alla luce.

3.2.4 La “clausola di allineamento”

Il fatto che l’interpretazione della Commissione vada a favore del raggiungimento dell’obiettivo dell’Unione di innalzamento del livello di attività nel settore RSI a scapito di una valutazione obiettiva degli effetti dell’aiuto sul mercato è comprovato dalla presenza della cosiddetta “clausola di allineamento”²³⁶, *rectius*, dell’interpretazione di allineamento²³⁷. La teoria dell’allineamento si fonda sull’assunto che la concessione di aiuti di Stato può risultare compatibile con il mercato in base al raffronto con la situazione del sostegno pubblico che i Paesi terzi

²³⁴ Comunicazione RSI 2014, punto 63.

²³⁵ L. HANCHER-P. NICOLAIDES, *Compatibility of Aid*, cit., p. 206.

²³⁶ Cfr. *supra*, § 1.3.1.

²³⁷ *Ibidem*.

offrono alle imprese concorrenti aventi sede nel loro territorio. Tale assunto, che si presenta in più punti della comunicazione 2014 tanto da rivelarsi quale vero principio ispiratore dall'analisi della Commissione²³⁸, trova la sua più compiuta espressione nella valutazione dell'indicatore di proporzionalità dell'aiuto con particolare riferimento alle intensità di aiuto lecite. La Commissione sostiene che possono essere autorizzate intensità superiori a quelle indicate nella comunicazione nel caso in cui i concorrenti di Paesi terzi ricevano aiuti di intensità equivalente. Lo Stato membro non è neanche tenuto a provare la sussistenza di un tale scenario, poiché dovrà fornire informazioni sufficienti a valutare il vantaggio competitivo altrui solo nel caso in cui ciò sia "possibile", senza alcun riferimento allo standard di difficoltà del reperimento della prova. In assenza di tali informazioni, la Commissione ritiene di poter «basare la propria decisione su prove circostanziali» facendo ricorso ai propri poteri di indagine²³⁹. La Commissione si dimostra dunque pronta a farsi carico dell'onere della prova e dell'istruttoria collegata alla stessa. In realtà, non può parlarsi di prova in senso stretto poiché, come risulta evidente dalla lettura della comunicazione, la Commissione riveste in questa sede un ruolo che va oltre la mera esecuzione del diritto dei trattati in materia di aiuti di Stato ma soccorre gli Stati membri nella produzione di elementi a sostegno dell'esercizio di una facoltà loro propria, in nome non di una supposta "bontà" dell'aiuto bensì della necessità di competere sul piano

²³⁸ Si vedano, ad esempio, il punto 47 della comunicazione, che fa riferimento al miglioramento della posizione internazionale dell'Unione nel campo dell'RSI in sede di valutazione della sussistenza di un obiettivo di interesse comune, o anche il punto 66, che ammette la presenza di un progetto alternativo parzialmente o interamente realizzato al di fuori dell'Unione quale parametro controfattuale a dimostrazione dell'effetto di incentivazione dell'aiuto.

²³⁹ Comunicazione RSI 2014, punti 92-93.

internazionale con concorrenti dei Paesi terzi. La *ratio* della flessibilità dell'onere della prova in questo settore deve rinvenirsi nella evidente difficoltà di reperimento delle informazioni relative al sostegno pubblico all'impresa in Paesi dove non vige un regime di controllo degli aiuti trasparente e paragonabile a quello presente nell'ordinamento dell'Unione europea²⁴⁰.

Come sottolineato *supra*, l'opzione interpretativa della Commissione comporta uno slittamento del parametro di valutazione della compatibilità dell'aiuto dalla condizione degli scambi nel mercato interno a quella nel mercato internazionale²⁴¹.

3.2.5 Effetti distorsivi sulla concorrenza e sugli scambi

Infine, è necessario soffermarsi sull'indicatore relativo ai potenziali effetti negativi dell'aiuto sulla concorrenza e sugli scambi. In base all'interpretazione della Commissione, i principali effetti distorsivi degli aiuti nel settore RSI devono rinvenirsi nelle distorsioni del mercato dei prodotti e nelle scelte relative all'ubicazione delle attività²⁴².

In primis, occorre segnalare che, mentre per le distorsioni sul mercato dei prodotti la Commissione ha elaborato parametri di valutazione specifici²⁴³, con riferimento all'ubicazione²⁴⁴,

²⁴⁰ B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 104, p. 792.

²⁴¹ Cfr. *supra*, §§ 1.1. e 1.3.1.

²⁴² Comunicazione RSI 2014, punto 95.

²⁴³ *Ibidem*, punti 108-115.

²⁴⁴ Questa distorsione, in particolare, si verifica quando «le imprese operano in condizioni di concorrenza transfrontaliera o quando prendono in considerazione diverse ubicazioni. Anche se non inducono direttamente distorsioni sul mercato dei prodotti, gli aiuti miranti a dislocare un'attività in un'altra regione del mercato interno

l'interpretazione delle possibili distorsioni nel settore e degli strumenti per scongiurarle appare scarna e semplificata. La Commissione si limita infatti ad una ricognizione del modo in cui tali effetti distorsivi si manifestano nel settore e a prevedere che, nell'analisi degli aiuti individuali, terrà conto di qualsiasi elemento che comprovi che il beneficiario dell'aiuto ha preso in considerazione ubicazioni alternative²⁴⁵.

In secundis, la Commissione denota la capacità dei diritti di proprietà intellettuale di creare barriere all'ingresso sul mercato²⁴⁶. Tuttavia, è da notare come i criteri per la valutazione degli effetti negativi sulla concorrenza non includano espressamente gli effetti dei termini negoziali di divulgazione dei DPI tra partner del progetto di ricerca. La Commissione si limita a considerare di dover valutare gli effetti degli aiuti sulla concorrenza quando i risultati dell'attività di RSI danno luogo a diritti di proprietà intellettuale scambiati nei mercati delle tecnologie²⁴⁷. La dottrina ha rilevato che è necessaria una più attenta valutazione dell'impatto significativo che i termini contrattuali possono avere sulla compatibilità degli aiuti di Stato. In particolare, è stato dimostrato che alcuni assetti nella titolarità dei DPI possono comportare esattamente tutti i tipi di distorsioni che la Commissione teme nel settore, ossia la generazione di effetti distorsivi della concorrenza quali la creazione di un potere di mercato in capo a una o più imprese, la distorsione di incentivi dinamici agli investimenti nell'innovazione nonché il mantenimento di strutture di mercato

hanno comunque come effetto quello di trasferire attività o investimenti da una regione ad un'altra» (Comunicazione RSI 2014, punto 102),

²⁴⁵ *Ibidem*, punti 116-118.

²⁴⁶ *Ibidem*, punto 114.

²⁴⁷ *Ibidem*, punto 110.

inefficienti²⁴⁸. Come già ampiamente sostenuto *supra*, la Commissione tende a sottovalutare l'interazione tra erogazione di aiuti e creazione di posizioni di vantaggio conseguenti all'appropriazione dei risultati della ricerca per il tramite della tutela offerta dai diritti di privativa. Anche altre branche della letteratura, quali la sociologia economica, dimostrano che le ricadute di conoscenza brevettuale hanno generalmente una dimensione locale più che nazionale o ancor meno transnazionale²⁴⁹. La totale assenza di una metodologia per il calcolo dell'impatto dei DPI in tal senso rende difficile l'individuazione di parametri per effettuare un corretto bilanciamento tra il *vulnus* subito da, nel breve periodo, gli operatori di mercato concorrenti e, nel lungo periodo, i consumatori ed il contributo positivo dell'aiuto agli obiettivi comuni.

3.2.6 Il regime di trasparenza per l'erogazione

In base al principio di trasparenza, i dati relativi agli aiuti compatibili con il mercato devono essere facilmente accessibili. Gli Stati membri, la Commissione, gli operatori economici e il pubblico devono poter prendere visione di tutti gli atti e le informazioni pertinenti in merito all'aiuto "senza restrizioni"²⁵⁰.

Tuttavia, la Commissione ritiene che il regime di trasparenza non debba applicarsi ai segreti aziendali e alle altre informazioni riservate.

²⁴⁸ M. CISNEROS, *The role of EU Law in promoting a pro-innovation policy*, Intersentia, 2014, pp. 82-99.

²⁴⁹ A. BIAGIOTTI, *I brevetti e il radicamento sociale e territoriale dell'economia della conoscenza*, in *Stato e mercato*, 2009, pp. 129-155.

²⁵⁰ Comunicazione RSI 2014, punti 36 e 119. Un regime simile si applica anche ai sensi del regolamento di esenzione per categoria (art. 9). Per alcune considerazioni critiche sul regime di trasparenza nel regolamento, cfr. L. HANCHER-P. NICOLAIDES, *Compatibility of Aid*, cit., p. 219.

Come noto, i segreti commerciali non costituiscono DPI *strictu sensu*. Infatti mancano dei requisiti caratteristici dei diritti di proprietà. Tuttavia, essi vengono ricondotti al novero dei DPI in base a varie caratteristiche, tra cui l’oggetto del bene protetto, inteso quale informazione prodotta dall’ingegno che conferisca un vantaggio competitivo sulla concorrenza, la finalità della sua esistenza, ossia l’appropriarsi dei risultati dell’attività innovativa dell’impresa, e la capacità del titolare di difendere i suoi diritti sul segreto tramite strumenti di protezione giuridica che mirano a preservare l’esclusività del segreto²⁵¹.

Non sembra, peraltro, di poter rilevare alcuna differenza tra le espressioni “segreto commerciale”²⁵², “segreto aziendale”²⁵³, e “segreto d’impresa”²⁵⁴. In primo luogo, tali definizioni si basano tutte su criteri distintivi comuni ovvero, in particolare, la segretezza dell’informazione ed il valore commerciale che tale segretezza conferisce al bene protetto. In secondo luogo la Corte di Giustizia, ai fini della corretta interpretazione della nozione di segreto d’ufficio, ha utilizzato in senso intercambiabile sia il termine “segreto d’impresa” sia quello di “segreto

²⁵¹ Per un approfondimento sul tema, si vedano, *ex multis*, P. NIRWAN, *Trade secrets: the hidden IP right*, in *The WIPO Magazine*, n. 6, 2017, pp. 31-34, disponibile online all’indirizzo web www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/06/article_0006.html; EUROPEAN IPR HELPDESK, *La tua guida all’IP in Europa*, pp. 30-33, disponibile online all’indirizzo web www.iprhelpdesk.eu/sites/default/files/documents/EU-IPR-Guide-IP-in-Europe.pdf.

²⁵² Direttiva (UE) n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l’acquisizione, l’utilizzo e la divulgazione illeciti, GU L 157, 15.6.2016, p. 1–18.

²⁵³ Comunicazione RSI 2014, punto 119 e nota a piè di pagina n. 1.

²⁵⁴ Comunicazione della Commissione, il segreto d’ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, GU C 297, 9.12.2003, pp. 6-9.

commerciale”²⁵⁵. La Commissione, richiamando tale giurisprudenza, utilizza sia il termine “segreto d’impresa” sia quello di “segreto aziendale”²⁵⁶. Infine, l’oggetto del segreto si rinviene solitamente nel *know-how* sviluppato dall’impresa o in informazioni riservate quali, ad esempio, le tecniche di fabbricazione.

L’eccezione posta al regime di trasparenza sopra richiamato può ampliare considerevolmente il novero delle informazioni inaccessibili e merita una profonda riflessione. Infatti, il ruolo dei segreti commerciali nel posizionamento di un’impresa sul mercato sta assumendo un’importanza sempre maggiore. In primo luogo, essi sono uno strumento privilegiato nella tutela del frutto dell’attività RSI. Inoltre, essi sono non soltanto essenziali per l’esercizio dell’attività economica di imprese in numerosi settori dell’economia (automobilistico, farmaceutico, bancario, alimentare e molti altri ancora) ma presentano forti vantaggi rispetto ad altri DPI. In primo luogo, i segreti si adattano meglio al tipo di protezione che occorre alle imprese in un mondo dove l’evoluzione tecnologica procede un passo alla volta. L’obiettivo delle imprese è mantenere i vantaggi competitivi senza dover incorrere nel costo di brevetti che, generalmente, vengono commercializzati tardi, quando il brevetto è già scaduto o sta per scadere, e presentano profili di problematicità nel caso in cui l’oggetto del brevetto sia un software da utilizzare in varie giurisdizioni. In secondo luogo, il tipo di tutela offerto dagli ordinamenti europei sui segreti aziendali è tale da garantire una protezione non sottoposta a

²⁵⁵ Cfr. sentenza del 7 novembre 1985, Adams/Commissione, C-145/83, EU:C:1985:448, punto 34; Sentenza del 18 settembre 1996, Postbank/Commissione, T-353/94, EU:T:1996:119, punto 86.

²⁵⁶ Comunicazione sul segreto d’ufficio, § 3.1.

scadenze o limiti temporali e che si adatta liberamente all'oggetto del segreto senza dover sopportare limiti definitivi²⁵⁷.

La Commissione riconosce l'importanza dei segreti commerciali nell'ambito della tutela dei prodotti dell'innovazione e li annovera all'interno delle politiche di DPI²⁵⁸. Da ultimo, il legislatore europeo ha emanato una direttiva che mira ad armonizzare le legislazioni nazionali in materia di protezione contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti di segreti commerciali e ad ottenere un effetto deterrente contro tali illeciti, senza limitare i diritti e le libertà fondamentali²⁵⁹.

Alla luce del crescente utilizzo di tale strumento di tutela da parte delle imprese e del suo forte contributo alla loro competitività, l'eccezione posta dalla Commissione sembra poter avere conseguenze ancora più rilevanti sull'efficacia del regime di trasparenza. È da ricordarsi che esso è non un mero corollario a chiusura della disciplina degli aiuti all'RSI ma un elemento necessario ai fini della definizione stessa dell'aiuto quale compatibile²⁶⁰.

L'unico limite all'eccezione posta dai segreti commerciali rispetto al regime di trasparenza sta nella sua interpretazione restrittiva. La Commissione ritiene infatti che tale eccezione debba essere concessa solo in casi debitamente giustificati e fatto salvo l'accordo della

²⁵⁷ R. NIEBEL-L. DE MARTINIS-B. CLARK, *The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, pp. 445-457.

²⁵⁸ Per un approfondimento sulle iniziative nel settore, si consulti la pagina dedicata del sito online della Commissione ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/trade-secrets_en.

²⁵⁹ Direttiva sui segreti commerciali, cit.

²⁶⁰ Comunicazione RSI 2104, punto 36, let. g).

stessa²⁶¹. Tale limitazione deve essere interpretata alla luce della posizione assunta dalla Commissione rispetto alla tutela del segreto d'impresa nell'ambito del diritto della concorrenza e in particolare, del diritto sugli aiuti di Stato²⁶². Essa ritiene cioè di dover bilanciare la necessità, da un lato, di rispettare il segreto d'ufficio²⁶³, di tutelare l'attività d'impresa e garantire che gli Stati siano messi in condizione di poter cooperare lealmente ai fini dello svolgimento di una istruttoria esaustiva e, dall'altro, di fornire una motivazione per le decisioni adottate, garantire la trasparenza della sua politica e applicare con effettività il regime sugli aiuti di Stato. Tuttavia, se la posizione della Commissione è chiara nel voler sottolineare che la tutela delle informazioni riservate dell'impresa cede il passo di fronte alla necessità di implementare il diritto dei trattati, essa non offre altrettanta chiarezza quanto ai criteri con cui questo bilanciamento verrà svolto nel caso concreto²⁶⁴. Anche la giurisprudenza, chiamata a definire i limiti all'obbligo di motivazione che la Commissione deve fornire quando escluda l'incompatibilità di una misura con il mercato, utilizza indicatori molto ampi, quali la "non pertinenza" o la "secondarietà" dell'informazione secretata, lasciando così un ampio margine discrezionale alla valutazione della Commissione²⁶⁵. Inoltre, il bilanciamento cui la Commissione tenta di trovare un punto di equilibrio non è quello tra ragioni di necessità dell'impresa e principio di trasparenza in sé, ma piuttosto tra ragioni del segreto d'ufficio cui è

²⁶¹ *Ibidem*, punto 119 e nota a piè di pagina n. 1.

²⁶² Comunicazione sul segreto d'ufficio, cit.

²⁶³ Art. 339 TFUE.

²⁶⁴ Comunicazione sul segreto d'ufficio, punti 18-24.

²⁶⁵ Sentenza del 2 aprile 1998, Commissione/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154, punto 64.

tenuta l'amministrazione statale e quello cui è tenuta la stessa Commissione nell'ambito dell'istruttoria.

In definitiva, sembrerebbe opportuno che la Commissione rilasci una nuova comunicazione al fine di chiarire come il bilanciamento dei contrapposti interessi debba intendersi nel contesto del nuovo regime di trasparenza, in particolare alla luce della difficoltà con cui la Corte di giustizia potrà avere occasione di pronunciarsi sulla compatibilità delle misure di sostegno all'RSI.

CAPITOLO II

Aiuti di Stato e proprietà intellettuale nel settore degli appalti pubblici

1 Appalti pubblici e aiuti di Stato: cenni introduttivi sul rapporto tra le due discipline

Gli appalti pubblici nel mercato unico dell'UE sono definiti come il procedimento di acquisizione, da parte delle amministrazioni nazionali, di lavori, beni o servizi offerti da operatori economici, scelti in modo trasparente, equo, non discriminatorio e competitivo¹. Tale processo non garantisce soltanto la tutela della concorrenza “per il mercato”², ma contribuisce più in generale alla crescita economica del mercato interno. La normativa europea degli appalti pubblici mira ad abbattere il principale ostacolo di natura «non doganale» all'integrazione del mercato interno³ garantendo un uso efficiente dei fondi pubblici⁴ e una domanda aperta su scala europea.

L'attività di contrattazione da parte della pubblica amministrazione di attivi, beni e servizi costituisce uno strumento attraverso il quale risorse statali vengono fatte pervenire, per il tramite

¹ Cfr. artt. 1, par. 2, e 18, par. 1, direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (di seguito, anche “dir. appalti”), GU L 94, 28.3.2014, pp. 65–242.

² È noto che la “concorrenza per il mercato” si distingue dalla “concorrenza nel mercato” per il fatto che, mentre nella seconda le imprese competono liberamente per le quote di mercato, nella prima la selezione dell'operatore cui affidare un incarico in esclusiva è effettuata per il tramite di un procedimento che consente il confronto competitivo prima dell'affidamento.

³ C. BOVIS, *Preface*, in ID., *Research Handbook on Public Procurement*, EE, 2016, p. ix.

⁴ Sentenza della Corte del 24 luglio 2003, Altmark, C-280/00, EU:C:2003:415, punto 93.

di un processo selettivo, ad alcune imprese. Pertanto si desume che il procedimento amministrativo che si conclude con l'aggiudicazione del contratto pubblico prevede strutturalmente la sussistenza di alcuni dei presupposti applicativi del regime sugli aiuti di Stato⁵.

Il rapporto tra diritto dei contratti pubblici e aiuti di Stato ha nutrito un ampio dibattito scientifico⁶. Esso si sviluppa principalmente

⁵ Sul parallelismo tra le nozioni di Stato membro, risorse pubbliche e amministrazione aggiudicatrice nel diritto degli aiuti di Stato e nel diritto degli appalti pubblici, v. C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, cit., pp. 163-168.

⁶ Per un approfondimento si vedano, *ex multis*, C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, cit., pp. 161-186; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015; C. DEKKER, *Does a tender exclude an advantage in the sense of article 107(1) TFEU?*, in *EStAL*, 2018, p. 387-398; P. E. HASSELGARD, *The use of tender procedures to exclude State aid: the situation under the EU 2014 Public Procurement Directives*, in *EPPPL*, 2017, pp. 16-28; G. S. ØLYKKE, *The Notice of the Notion of State Aid and Public Procurement Law*, in *EStAL*, 2016, pp. 508-526; A. BIONDI, *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 231-246; C. E. BALDI, *Aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, in ID., *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Maggioli, 2015, pp. 243-260; F. RASPADORI, *Appalti e aiuti di Stato quali strumenti di crescita territoriale nella Strategia Europea 2020*, in ID., *Gli enti territoriali di fronte alla sfida della modernizzazione di appalti e aiuti di Stato*, Europe direct, 2013, pp. 9-12; B. G. HATZOPOULOS, *Public procurement and State aid in national health care systems*, in E. MOSSIALOS-G. PERMANAND-R. BAETEN-T. K. HERVEY, *Health systems governance in Europe*, CUP, 2010, pp. 379-418; A. DOERN, *The interaction between EC rules on public procurement and State aid*, in *PPLR*, 2004, n. 3, pp. 97-129; A. BARTOSCH, *The relationship between public procurement and State aid surveillance: the toughest standard applies?*, in *CMLR*, 2002, pp. 551-576; S. PAPA, *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 3, pp. 1-20; A. NATALI, *La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici alla luce del divieto comunitario di*

attraverso l'analisi critica di due realtà fenomeniche. In primo luogo, l'aggiudicazione di un contratto può costituire l'occasione per l'erogazione di un aiuto incompatibile, con risvolti differenti a seconda che esso sia sottoposto alla disciplina delle direttive sugli appalti o meno. In secondo luogo, un'impresa già beneficiaria di aiuti può sfruttare la posizione di vantaggio acquisita per aggiudicarsi un appalto pubblico⁷.

Di seguito verranno illustrate alcune tematiche sul rapporto tra le due discipline che offrono strumenti e spunti per l'esame critico della gestione dei DPI negli appalti pubblici alla luce del regime sugli aiuti di Stato.

1.1 Il vantaggio selettivo e i limiti della teoria degli effetti nel settore degli appalti pubblici

Come noto, l'analisi della disciplina in materia di aiuti di Stato si basa sul principio di neutralità o indifferenza del regime di proprietà

aiuti di Stato, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 573-585; P. NICOLAIDES-S. SCHOENMAEKERS, *The concept of 'Advantage' in State aid and Public Procurement and the application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER*, in *EStAL*, 2015, pp. 143-156; W. S. SCHOENMAEKERS-W. DEVROE-N PHILIPSEN, *State Aid and Public Procurement in the European Union*, Intersentia, 2014; J. HILLGER, *The award of a public contract as State aid in the meaning of Article 87(1) EC*, in *PPLR*, 2003, n. 3, pp. 109-130; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public procurement and State aid: reopening the debate?*, in *PPLR*, 2012, n. 6, pp. 205-212; M. KEKELEKIS-K NESLEIN, *Public procurement and State aid*, in C. BOVIS, *Research Handbook on Public Procurement*, cit., pp. 452-481; S. SCHOENMAEKERS, *Public procurement and services of general economic interest*, in C. BOVIS, *Research Handbook on Public Procurement*, cit., pp. 295-324; D. GALLO, *Social Services of General Interest*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *EU State Aids*, cit., pp. 323-327; B. VON WENDLAND, *Public Funding for Research Infrastructures and EU State Aid Rules - Key Issues, Case Examples and State Aid Reform*, cit.

⁷ Cfr. ad es. l'art. 69, par. 2, let. f), dir. appalti.

negli Stati membri⁸. Tale principio è posto alla base dell'architettura del trattato in ottica funzionale: il gioco della concorrenza in un'economia di mercato si mantiene libero ed efficiente se tutti gli attori operano secondo «razionalità economica»⁹. Oggetto di regolazione sono non la forma, la proprietà o le intenzioni degli operatori bensì gli effetti delle operazioni.

In linea con tale assunto la giurisprudenza¹⁰ e l'interpretazione della Commissione¹¹ confermano che qualsiasi soggetto, incluso un ente *lato sensu* pubblico, il quale agisce come operatore economico a condizioni di mercato, non conferisce un aiuto alle controparti perché queste ultime non ricevono un vantaggio economico. Al contrario, la

⁸ Art. 345 TFUE. In realtà, che questo principio sia effettivamente applicato nel diritto dell'Unione europea è molto controverso. Esso è stato interpretato dalla prassi e dalla giurisprudenza in modo ambivalente, tanto che l'economia dell'Unione europea è andata sempre più verso la privatizzazione dell'impresa e la progressiva riduzione dell'intervento pubblico. Sul punto v. ad es. D. GALLO, *L'articolo 106 TFUE quale espressione del bilanciamento tra intervento pubblico nell'economia e libero mercato*, in *I servizi di interesse economico generale*, Giuffrè, 2010, p. 102.

⁹ K. BACON, *The definition of State aid*, in ID., *European Union Law of State Aid*, cit., p. 39.

¹⁰ *Ex multis*, cfr. sentenza della Corte dell'11 luglio 1996, SFEI e altri, C-39/94, EU:C:1996:285, punti 60 e 61; sentenza della Corte del 29 aprile 1999, Spagna/Commissione, C-342/96, EU:C:1999:210, punto 41; sentenza della Corte del 29 giugno 1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332, punto 22; Altmark cit., punto 84; sentenza della Corte del 27 novembre 2003, Enirisorse, C-34/01, EU:C:2003:640, punto 30; sentenza della Corte del 30 marzo 2006, Servizi ausiliari dottori commercialisti, C-451/03, EU:C:2006:208, punto 59; sentenza della Corte del 17 luglio 2008, Essent Netwerk Noord e a., C-206/06, EU:C:2008:413, punto 79; sentenza della Corte del 5 giugno 2012, Commissione/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, punto 78; sentenza della Corte del 24 gennaio 2013, Frucona Košice/Commissione, C-73/11 P, EU:C:2013:32, punto 71.

¹¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 74.

misura conferisce alle imprese un bene che esse avrebbero potuto ottenere comunque sul mercato. Pertanto, una misura pubblica versata compatibilmente alle condizioni di mercato non costituisce aiuto, pur in presenza degli altri elementi costitutivi della fattispecie.

Il principio in analisi è oggi conosciuto quale principio dell'operatore in un'economia di mercato (o *market economy operator principle*, di seguito anche MEOP)¹² e costituisce uno strumento di riscontro del conferimento di un vantaggio economico.

In dottrina e giurisprudenza il principio ha trovato varie formulazioni a seconda del tipo di intervento statale. Nel caso di interventi sotto forma di appalti pubblici di acquisto, esso assume il nome di principio dell'acquirente in un'economia di mercato (*market economy purchaser*, di seguito anche MEP) o test dell'acquirente privato (*private purchaser test*).

1.1.1 Applicabilità del principio dell'operatore in un'economia di mercato negli appalti pubblici

La giurisprudenza UE e l'interpretazione della Commissione¹³ tendono ad escludere l'applicabilità del principio dell'operatore di

¹² *Ibidem*, § 4.2. Si vedano anche B. SLOCOCK, *The Market Economy Investor Principle*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002, pp. 23-26; C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, in *European State Aid Law and Policy*, cit., pp. 153-171; K. BACON, *The definition of State aid*, cit., pp. 38-54; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, pp. 108-136; L. HANCHER, *The General Framework*, in L. HANCHER et al., *EU State Aids*, cit., pp. 92-106; G. CONTE-J. KAVANAGH, *Advantage*, in V. VERouden-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, cit., pp. 70-86; A. JONES-B. SUFRIN, *State Aid*, in *EU competition law: text, cases, and materials*, OUP, 2016, pp. 31-53.

¹³ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 77 e giurisprudenza citata.

mercato nel caso in cui lo Stato stia agendo nel suo ruolo di autorità pubblica¹⁴.

Occorre dunque chiarire quale sia il significato di «azione nel ruolo di autorità pubblica» o «esercizio del potere pubblico». Tale operazione risulta particolarmente ardua alla luce di una serie di indici contraddittori desumibili sia dalla giurisprudenza che dalle comunicazioni della Commissione.

Certamente, l'azione dello Stato non può definirsi in base alla forma pubblica o privata della misura utilizzata. Ad esempio, il mero fatto che una misura abbia natura fiscale non esclude la necessità di indagare l'applicabilità del MEOP al caso in esame¹⁵.

Secondo un'interpretazione consolidata, l'indice più idoneo a valutare l'azione pubblica o privata dello Stato dovrebbe essere la natura economica o meno dell'attività svolta¹⁶. In primo luogo, un'attività ha natura economica quando l'uso successivo dell'oggetto di acquisto è di natura economica, ovverosia quando si ha offerta di beni o servizi sul mercato¹⁷. In secondo luogo, perché un'attività sia economica, è necessario che un mercato per quell'attività possa esistere almeno in astratto¹⁸. Tuttavia, la dottrina nota che una simile lettura

¹⁴ Cfr. K. BACON, *The definition of State aid*, cit., p. 39.

¹⁵ Cfr., ad es., sentenza Commissione/EDF, cit., punti 30 e 108.

¹⁶ Cfr. ad es., sentenza del Tribunale del 16 gennaio 2018, EDF, T-747/15, EU:T:2018:6, punti 240-245. Per un commento, si veda J. A. RODRIGUEZ MIGUEZ, *Clarifying the Applicability of the Private Investor Test*, in *EStAL*, 2018, pp. 290-297.

¹⁷ Sentenza della Corte del 18 giugno 1998, Commissione/Italia, C-35/96, EU:C:1998:303, punto 36; sentenza Pavlov, cit.; sentenza della Corte dell'11 luglio 2006, FENIN, C-205/03 P, EU:C:2006:453, punti 25-26.

¹⁸ Cfr. *ex multis*, D. GALLO, *Social Security and Health Services in EU Law*, in *EUI Working Papers*, RCAS 2011/19, 2011, p. 6, disponibile online all'indirizzo web http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16196/RSCAS_2011_19.pdf; L. HANCHER, *The General Framework*, cit., p. 53-54.

applicata al settore degli appalti trascura il fatto che la normativa sugli appalti pubblici si applica indiscriminatamente alle attività economiche e non economiche e che la procedura di appalto identifica necessariamente un contraente in base all'offerta migliore, incidendo fortemente sulle dinamiche della concorrenza tra imprese su quel mercato¹⁹.

Occorre peraltro sottolineare che talvolta le istituzioni europee, invece di offrire spunti di riflessione sugli indici oggettivi della definizione di potere pubblico, sembrano dare ancora rilievo alle motivazioni che spingono lo Stato ad intervenire sul mercato. Ad esempio, nella comunicazione sulla nozione di aiuto la Commissione sostiene che «se un intervento dello Stato è mosso da *motivi* [enfasi aggiunta] di pubblico interesse (ad esempio, per motivi di sviluppo sociale o regionale), il comportamento dello Stato, pur essendo razionale da una prospettiva di politica pubblica, può al tempo stesso basarsi su considerazioni di cui gli operatori in un'economia di mercato normalmente non terrebbero conto»²⁰. In realtà, il passaggio non sembra voler intendere che debba escludersi l'applicazione del MEOP dall'esercizio del potere pubblico ma, più semplicemente, che considerazioni relative alle finalità pubbliche dell'azione non dovrebbero avere rilievo nel giudizio. La Commissione, infatti, è cauta nel sostenere che solo «di norma» il MEOP non si applica se lo Stato agisce in quanto autorità pubblica. Se tale interpretazione fosse corretta, il MEOP potrebbe trovare attuazione anche quando lo Stato agisce come pubblica autorità.

¹⁹ D. GALLO, *La determinazione di attività economica e di interesse (economico?) generale*, in *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 255; G. S. ØLYKKE, cit., p. 517.

²⁰ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 77.

In ogni caso, ogni considerazione sulla forma della misura, sulla natura dell'attività e sulle motivazioni dietro l'azione statale sono indici fuorvianti nell'indagine sulla sussistenza di un vantaggio selettivo alle imprese, che è il fine ultimo dell'applicazione del MEOP. Tale impostazione manca infatti di vagliare gli effetti che un vantaggio erogato attraverso un appalto, anche se indetto dalla pubblica autorità, può avere sul mercato²¹.

1.1.2 Condizioni di mercato negli appalti pubblici: il valore del confronto competitivo tra forma e sostanza

Quando la misura statale prevede la vendita e l'acquisto di attivi, beni e servizi (o altre operazioni comparabili) effettuati attraverso una procedura di selezione concorrenziale, trasparente, non discriminatoria e incondizionata, la conformità di un'operazione alle condizioni di mercato può essere «direttamente stabilita»²². Si presume infatti che l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica garantisca la determinazione di un prezzo di mercato equo e la selezione del miglior operatore commerciale come contraente²³. Peraltro, la Commissione ritiene che, se questa metodologia di verifica rileva una mancata

²¹ Sul punto, cfr. *infra*, §§ 2 e 2.1.

²² Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 84.

²³ Cfr. ad es., la decisione C(2002)3578fin della Commissione, del 2 ottobre 2002, sull'aiuto N 264/2002, Regno Unito, London Underground Public Private Partnership, GU C 309 del 12.12.2002, p. 15, punto 79 «*when these types of infrastructure arrangements are concluded after the observance of an open, transparent and non-discriminatory procedure, it is, in principle, presumed that the level of any market sector support can be regarded as representing the market price for the execution of the project. This conclusion should lead to the assumption that, in principle, no State aid is involved*» (testo della lettera disponibile online all'indirizzo http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/137072/137072_450478_21_2.pdf).

conformità dell'operazione alle condizioni di mercato, non è opportuno utilizzare altre metodologie «per giungere a conclusioni diverse»²⁴.

In particolare, si presume che una misura non costituisca aiuto qualora la procedura di selezione 1) risponda ai principi del trattato in materia di appalti pubblici e 2) rispetti determinati criteri²⁵. I principi in materia di appalti pubblici considerati dalla Commissione sono essenzialmente tre²⁶.

In primo luogo, la procedura deve avere carattere concorrenziale, ossia deve garantire a tutti gli interessati qualificati la possibilità di partecipare²⁷. Per «interessati» ai sensi delle direttive appalti si intendono operatori economici che manifestano il loro interesse a partecipare alla gara. Non è invece altrettanto chiaro cosa la Commissione intenda per «qualificati». Nelle direttive appalti si desume che per operatore qualificato debba intendersi quella impresa che, prima ancora della fase di comparazione delle offerte, presenta i requisiti necessari alla partecipazione alla gara²⁸.

In secondo luogo, la procedura deve essere sufficientemente pubblicizzata e conforme al principio di trasparenza. In particolare, l'amministrazione deve garantire che tutti gli offerenti interessati siano debitamente informati in ciascuna fase della procedura, che l'informazione sia accessibile, che i termini siano sufficientemente lunghi e che i criteri di selezione e di aggiudicazione siano chiari²⁹.

²⁴ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 85.

²⁵ *Ibidem*, punto 89. Sui criteri di selezione v. *infra*, § 1.2.

²⁶ Per un approfondimento si veda anche la comunicazione della Commissione, Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, GU C 179, 1.8.2006, pp. 2-7.

²⁷ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 90.

²⁸ Cfr. ad es. art. 65 dir. appalti. V. anche *infra*, § 3.

²⁹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 91.

In terzo luogo, l'amministrazione deve garantire il trattamento equo e non discriminatorio di tutti gli offerenti in ogni fase della procedura e la previa precisazione di criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi che consentano il raffronto e la valutazione equa delle offerte³⁰.

Le procedure di appalto pubblico generalmente garantiscono il rispetto dei principi qui delineati e sono per questo considerate sufficienti ad escludere il conferimento di un aiuto alle imprese. Tuttavia, la Commissione sottolinea che non tutte le procedure presentano lo stesso grado di conformità ai principi dell'evidenza pubblica e per questo motivo occorre a volte integrare tali procedure al fine di garantire una «concorrenza reale ed effettiva» e stabilire il «prezzo di mercato»³¹.

Il principale strumento di analisi dell'intervento pubblico a condizioni di mercato è infatti dato dalla valutazione del prezzo di mercato³² o, per il contratto pubblico passivo, del prezzo di acquisto³³. Se il prezzo non rispondesse alle quotazioni normalmente rinvenibili sul mercato, l'operazione potrebbe costituire il mezzo di conferimento di un vantaggio all'impresa controparte. Se le prestazioni delle parti non

³⁰ *Ibidem*, punto 92. Un altro principio fondamentale delle gare pubbliche è quello della procedura incondizionata. Tale principio si applica soprattutto alla vendita degli attivi (*ibidem*, punto 94) mentre gli appalti a sostegno dell'innovazione sono contratti di acquisto dei beni. Per un approfondimento circa il criterio della condizionalità, si veda P. NICOLAIDES-I. E. RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage*, in *EPPPL*, 2012, p. 17.

³¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 93.

³² Cfr. ad es. sentenza della Corte del 24 ottobre 2013, *Land Burgenland e a. / Commissione*, C-214/12 P, EU:C:2013:682, punti 94-99.

³³ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 96. N. TOSICS, N. GAÁL, *Public procurement and State aid control — the issue of economic advantage*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3, 2007, pp. 15-18.

corrispondono al loro valore di mercato, «l'aiuto è caratterizzato dal fatto che il contributo dello Stato è privo di contropartita»³⁴. Nel confronto concorrenziale, occasionato dalla procedura che risponde ai principi sugli appalti pubblici, emerge (*rectius*, dovrebbe emergere) il prezzo di mercato. Come evidenziato dalla sentenza *Mila*³⁵, la giurisprudenza europea, pur limitandosi ad una valutazione degli aspetti procedurali dei diritti delle parti nell'indagine, ribadisce la centralità e la preminenza del criterio del prezzo nel test dell'operatore di mercato e, in via subordinata, di tutti quegli altri indici di razionalità economica (come il fattore di rischio dell'operazione) che rendono la procedura di aggiudicazione neutrale rispetto a ulteriori considerazioni di regolazione pubblica³⁶.

Qualora la procedura di appalto pubblico non sia espletata, la giurisprudenza ritiene che un prezzo di mercato possa comunque essere individuato, ad esempio attraverso la ricostruzione ipotetica del confronto concorrenziale. Secondo il c.d. quarto criterio *Altmark*, mediante il raffronto tra la misura in analisi e la situazione di un'impresa «media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi» è possibile definire sia i costi che un margine di utile ragionevole per l'impresa³⁷. È però di tutta evidenza che questo criterio è di applicazione particolarmente difficile in mancanza di termini di

³⁴ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Gerhard Reischl, del 9 gennaio 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato v Denavit italiana, C-61/79, EU:C:1980:2, p. 1235, commentata in C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., p. 161.

³⁵ Sentenza della Corte EFTA del 27 gennaio 2014, *Mila*, E-1/13, punti 99 e 102.

³⁶ Per un commento sulla sentenza, v. H. S. TORKELSEN, *How to Safeguard Procedural Rights and Apply the Market Economy Investor Principle (MEIP) in a Tender Process*, in *EStAL*, 2015, pp. 185-191.

³⁷ Sentenza *Altmark*, cit., punto 93.

comparazione concreta³⁸, come può verificarsi nel mercato dei servizi e dei prodotti innovativi.

Inoltre, si nota³⁹ che, pur in presenza di una misura di aiuto, l'espletamento di una procedura di appalto tendenzialmente minimizza gli importi del vantaggio tanto che la misura potrebbe ritenersi conforme al principio di proporzionalità e dunque passibile di superare il giudizio di compatibilità col mercato. Secondo alcuni, tali casi si verificherebbero quando il pagamento da parte dello Stato si limita a facilitare l'esecuzione di un progetto che genera ulteriori entrate per il beneficiario e la definizione puntuale, lo sviluppo e la commercializzazione del progetto rimangono nella discrezionalità dell'impresa⁴⁰. Altri sostengono che ciò avvenga solo per alcuni tipi di operazioni, benché la casistica non sia sempre pacifica⁴¹. Un'ipotesi è quella in cui, per motivi di pubblico interesse, uno Stato membro decida di fornire sostegno a una certa attività e organizza una gara riguardante l'importo del finanziamento — come nel caso del sostegno alla produzione di energia rinnovabile o alla semplice messa a disposizione di capacità di produzione di energia. In una situazione di questo tipo, lo svolgimento della procedura di selezione può solo limitare l'importo concesso ma non può escludere l'esistenza di un vantaggio⁴².

Ad ogni modo, dall'esame della materia si desume che (a) una procedura di selezione può escludere l'aiuto o minimizzarne l'importo ma (b) la sua mera esistenza costituisce soltanto un indice formale

³⁸ Ad es. v. K. BACON, *The definition of State aid*, cit., p. 58.

³⁹ Cfr. P. NICOLAIDES-I. E. RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid*, cit.; P. E. HASSELGARD, cit.

⁴⁰ P. NICOLAIDES-S. SCHOENMAEKERS, cit., p. 156.

⁴¹ C. DEKKER, cit., p. 391.

⁴² Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 89.

dell'avvenuto espletamento di un confronto competitivo e non è dunque sufficiente a garantire l'inesistenza del conferimento di un vantaggio in concreto.

1.1.3 Il test di necessità dell'acquisto: la sentenza *BAI contro Commissione*

La valutazione della rispondenza della misura di appalto alle condizioni di mercato non si esaurisce nella presunzione legata all'espletamento di una procedura di appalto. Occorre infatti tenere presente che, per stabilire se determinate operazioni sono conformi alle condizioni di mercato e dunque non conferiscono vantaggi alle imprese, è necessario prendere in considerazione tutte le circostanze del caso specifico. È quindi possibile, ad esempio, che, pur in presenza di un acquisto di beni o servizi a prezzi di mercato, l'operazione considerata nel suo insieme non possa essere ritenuta conforme a razionalità economica⁴³.

Nel caso *BAI contro Commissione* il Tribunale ritenne che l'acquisto di biglietti di viaggio non potesse essere considerato «una normale operazione commerciale» a causa del fatto che il quantitativo richiesto non rispondeva al suo «fabbisogno effettivo»⁴⁴. La giurisprudenza successiva ha ulteriormente chiarito come «il semplice fatto che uno Stato acquisti beni e servizi a condizioni di mercato non è sufficiente a dimostrare che tale operazione rappresenta una transazione commerciale effettuata a condizioni che sarebbero state accettate da un investitore privato, o, in altri termini, una normale operazione commerciale, qualora risulti che lo Stato non aveva

⁴³ *Ibidem*, punto 82.

⁴⁴ Cfr. Sentenza del Tribunale del 28 gennaio 1999, *BAI/Commissione*, T-14/96, EU:T:1999:12, punti 76-80.

un'effettiva necessità di tali beni e servizi»⁴⁵. In sostanza, la giurisprudenza riconosce che un acquisto un necessario può rappresentare una forma di erogazione di vantaggi.

Tale principio merita un'attenta riflessione. È infatti possibile che la valutazione della necessità di un'operazione comporti una implicita indagine sulle ragioni che motivano l'operazione. Tale indagine non sarebbe però ammessa dal diritto degli aiuti di Stato. Giova infatti rammentare il noto principio secondo cui la considerazione delle motivazioni e degli intenti è tendenzialmente irrilevante ai fini della qualificazione di una misura quale aiuto di Stato, mentre rilievo dovrebbe darsi agli effetti della misura⁴⁶. In linea con tale principio la Corte ha affermato che considerazioni di politica economica o sociale che spingono lo Stato ad intervenire sul mercato non hanno rilevanza se è possibile individuare una giustificazione commerciale basata sulla razionalità economica⁴⁷.

Tuttavia, si rileva che non sempre l'approccio della giurisprudenza è stato coerente⁴⁸. Ad esempio, nel caso *Grecia contro Commissione* la Corte sembra basare le sue conclusioni non tanto sul raffronto tra l'intervento dello Stato e quello di un ipotetico operatore

⁴⁵ Sentenza del Tribunale del 5 agosto 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya)*, T-116/01, EU:T:2003:217, punto 117. Sul principio in esame si veda anche C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., pp. 168-170.

⁴⁶ Sentenza della Corte del 2 luglio 1974, *Italia/Commissione* (di seguito, anche "sentenza Italia/Commissione"), C-173/73, EU:C:1974:71, punto 13.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 29 febbraio 1996, *Belgio/Commissione*, C-56/93, EU:C:1996:64, punti 78-79; sentenza del Tribunale del 17 ottobre 2002, *Linde*, T-98/00, EU:T:2002:248, punti 49-53. Cfr. C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., pp. 159-161 e C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., pp. 112-113.

⁴⁸ Ad es., v. L. GIESBERTS-T. STREIT, *Anforderungen an den "Private Investor Test" im Beihilfenrecht*, in *Europäische zeitschrift für wirtschafrecht*, n. 14, 2009, pp. 484-487; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., p. 112.

privato sul mercato bensì sulle ragioni della misura. Infatti, nel caso di specie risultava meramente «dubbio» il comportamento di un ipotetico operatore privato ma era certo che l'intervento dello Stato fosse dettato da «interessi di più ampia portata»⁴⁹.

Non è perciò chiaro quale debba essere il parametro di valutazione da applicare nel caso concreto per valutare la sussistenza di un'effettiva necessità dell'acquisto senza arrivare ad indagare le motivazioni dello Stato membro⁵⁰, dietro le quali si cela sempre un fine anche generale o politico. Certo è che la Commissione è tenuta a considerare ogni elemento rilevante ad una valutazione complessiva della misura tenendo conto del comportamento di un ipotetico operatore privato in una situazione simile⁵¹.

Ad ogni modo è evidente che, in questo come in altri settori di analisi del regime sugli aiuti di Stato⁵², l'esame obiettivo basato sugli effetti delle misure sta lasciando il posto a valutazioni ulteriori.

1.2 Il rilievo dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nel procedimento di selezione

Come si anticipava⁵³, affinché l'applicazione delle procedure di aggiudicazione stabilite nelle direttive sugli appalti pubblici possa essere considerata sufficiente ad escludere una violazione del MEOP devono essere rispettate alcune condizioni.

In particolare, è fondamentale che i poteri e le facoltà che la normativa riconosce alle amministrazioni aggiudicatrici siano esercitati

⁴⁹ Sentenza della Corte del 29 aprile 2004, Grecia/Commissione, C-278/00, EU:C:2004:239, punti 44-48.

⁵⁰ Nello stesso senso v. P. NICOLAIDES-I. E. RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid*, cit., pp. 11-12.

⁵¹ C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., pp. 155-156.

⁵² Cfr. *infra*, cap. III.

⁵³Cfr. *supra*, § 1.1.1.

nel rispetto del principio di tutela della concorrenza⁵⁴. Se l'aggiudicazione di un appalto, per sua natura, costituisce una misura necessariamente selettiva, allora la scelta dell'amministrazione si giustifica solo in base all'individuazione della controparte migliore secondo razionalità economica, che postula il confronto concorrenziale per l'identificazione delle condizioni di mercato⁵⁵. Al contrario, laddove la partecipazione alla gara è limitata e la negoziazione con le parti è presente nella procedura, come consentito da alcune procedure previste nelle direttive sugli appalti pubblici⁵⁶, sussiste il rischio di concessione di aiuti di Stato⁵⁷. Infatti, l'introduzione di elementi di

⁵⁴ Art. 18, par. 1, dir. appalti.

⁵⁵ Ad es., J. BARRET, *Does an EU law compliant competitive procurement procedure preclude State aid?*, in *UK State Aid Law Association*, 2013, disponibile online all'indirizzo web <http://uksala.org/409/>.

⁵⁶ A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, 2014, pp. 97- 130. Cfr. *infra* §§ 2 e 4.

⁵⁷ Cfr. comunicazione della Commissione, Applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, GU C 8, 11.1.2012, pp. 4–14, punto 66: «[p]er quanto riguarda le caratteristiche dell'offerta, è sicuramente accettabile una procedura aperta conforme alle condizioni previste dalle norme sugli appalti pubblici; anche una procedura ristretta può tuttavia soddisfare la quarta condizione Altmark, a meno che venga impedito, senza validi motivi, agli operatori interessati di presentare un'offerta. D'altro canto, un dialogo competitivo o una procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara danno all'autorità aggiudicatrice un ampio margine di discrezionalità e possono limitare la partecipazione di operatori interessati. Queste procedure possono pertanto essere considerate sufficienti per soddisfare la quarta condizione Altmark soltanto in casi eccezionali. La procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara non può garantire che detta procedura determini la selezione di un offerente in

valutazione qualitativa dei progetti costituisce un fattore critico nelle fasi di selezione dei candidati e di aggiudicazione che può assurgere a vantaggio selettivo⁵⁸.

Di conseguenza, l'ordinamento impone all'amministrazione un'attenta ponderazione degli interessi ogniqualvolta essa sia chiamata a compiere scelte discrezionali nell'indizione di una procedura d'appalto. A rigore dovrebbe rilevare non tanto l'applicazione delle procedure di aggiudicazione quale mero esercizio di adesione formale alla lettera della norma bensì il rispetto dei principi del trattato in materia di appalti che quelle procedure dovrebbero applicare⁵⁹. A tal fine è necessario che a) la scelta della procedura di aggiudicazione da indire rispetti «tutte le condizioni per l'applicazione delle procedure stesse»⁶⁰ e b) la selezione dell'operatore economico sia improntata al rispetto dei criteri di parità di trattamento e non discriminazione⁶¹.

Gli ampi margini di discrezionalità di cui l'amministrazione aggiudicatrice gode in base all'attuale assetto normativo in materia di appalti pubblici rendono tuttavia difficile la verifica di una effettiva congruità dell'azione amministrativa.

grado di fornire i servizi in questione al costo minore per la comunità» [note a piè di pagina omesse].

⁵⁸ Cfr. decisione C(2002)307fin della Commissione del 30 gennaio 2002, sull'aiuto n. 525/01, *ClusterIncubator Schemes*, GU C136, 3.6.2005, p. 45, § 3.3.2: «*[i]f perfectly carried out, a tendering process should ensure that there is no distortion of competition between the bidders, even if the measure is still sectorally selective. However, since there is in the present case a qualitative assessment of each project, a discretionary element is introduced in the selection of the developers and the awarding of the grant. As a result, this tendering process may selectively favour certain firms by granting them aid and may distort competition*».

⁵⁹ Cfr. *supra*, § 1.1.1.

⁶⁰ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 93.

⁶¹ *Ibidem*, punto 92.

La Commissione rileva che la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo in materia di acquisti rispetto al regime sugli aiuti di Stato dipende essenzialmente dall'aderenza delle condizioni di gara all'«oggetto dell'appalto» e dall'espletamento di una procedura «effettivamente concorrenziale» a prezzi di mercato⁶². Tuttavia, la dottrina sottolinea che la legislazione europea in materia di appalti non impone alcun vincolo alla determinazione dell'oggetto del contratto e che l'unico strumento di indirizzo in tal senso è costituito dai principi generali della materia⁶³. Ad esempio, essa non garantisce che l'oggetto dell'appalto sia effettivamente stato individuato in base a una necessità o al fabbisogno effettivo dell'amministrazione⁶⁴. Al contempo, le procedure che utilizzano la negoziazione e il restringimento della partecipazione alle gare, introducendo maggiore discrezionalità di scelta da parte delle amministrazioni nazionali a potenziale limitazione del confronto concorrenziale, sono state rafforzate dalle direttive appalti 2014⁶⁵.

Tale impostazione concettuale non appare dunque sufficiente a scongiurare il rischio di un confronto artificioso e di un utilizzo distorto dello strumento dell'appalto.

1.3 Il test di separabilità e la gerarchia delle fonti nel rapporto tra appalti pubblici e aiuti di Stato

Tra gli strumenti per l'esame critico della gestione dei DPI negli appalti pubblici alla luce del regime sugli aiuti di Stato, oltre ai rilievi

⁶² *Ibidem*, punto 96.

⁶³ O. S. PANTILIMON VODA, *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, cit., p. 222.

⁶⁴ Cfr. *supra*, § 1.1.3.

⁶⁵ Si vedano P. NICOLAIDES-S. SCHOENMAEKERS, cit., p. 58; P. E. HASSELGARD, cit. Cfr. *infra*, § 2.1.

in materia di nozione di vantaggio⁶⁶ e di esercizio della discrezionalità⁶⁷, occorre altresì soffermarsi sul rapporto tra disciplina degli appalti pubblici e regime degli aiuti di stato.

Le norme sugli appalti pubblici e sugli aiuti di Stato hanno lo stesso obiettivo di base: evitare distorsioni della concorrenza nel mercato interno, causate dall'azione delle autorità pubbliche, nell'interesse ultimo della società tutta⁶⁸. Inoltre entrambe le branche del diritto sono considerate dai trattati (la materia degli aiuti di Stato come corollario al diritto della concorrenza e quella dei contratti pubblici al sistema delle libertà di circolazione) al fine di scongiurare il pericolo di un uso protezionistico degli strumenti a disposizione dei singoli Stati membri⁶⁹.

Le norme fanno tuttavia parte di due *corpus* separati e non originariamente coordinati. Sta all'interprete la definizione della loro interazione in concreto sulla base delle poche norme che le regolano e degli approdi giurisprudenziali (si noti, più spesso *obiter dicta* che massime).

Dal punto di vista dell'ambito applicativo, mentre le norme sugli appalti pubblici vietano la concessione di diritti e privilegi discriminatori a certe imprese sotto forma di contratti che potrebbero essere svantaggiosi per la pubblica amministrazione, le norme sugli aiuti di Stato vietano la concessione discriminatoria di risorse pubbliche *lato sensu*, salvo che sussista una ragione per la loro compatibilità. Dunque, se tali branche del diritto possono sovrapporsi, non necessariamente coincidono. Al contrario, riferendosi il diritto degli

⁶⁶ Cfr. *supra*, § 1.1.

⁶⁷ Cfr. *supra*, § 1.21.1.3.

⁶⁸ Ad esempio cfr. D. GALLO, *Social Services of General Interest*, cit., p. 325.

⁶⁹ G. S. ØLYKKE, cit.

aiuti di Stato a un concetto ampio quale quello delle risorse statali, esso si spinge oltre lo schermo della forma giuridica (nella specie, contrattuale) dell'aiuto⁷⁰.

Peraltro, le fonti e i sistemi applicativi delle due branche sono diversi. Mentre la Commissione ha una competenza di tipo accentrato nella emanazione di decisioni in materia di aiuti di Stato, la disciplina dei contratti pubblici è fatta continuo oggetto di applicazione diffusa da parte di una miriade di autorità pubbliche nazionali. Infine, occorre tenere in considerazione che il diritto dei contratti pubblici si basa molto meno sugli effetti e molto più sulla procedura formale da seguire in base alle norme applicabili⁷¹.

Inoltre, pur potendo le due normative trovare simultanea applicazione, la giurisprudenza della Corte sottolinea che, se i giudizi di legittimità di una misura dal punto di vista del regime sugli aiuti e in base ad altre discipline sono inseparabili, tali aspetti devono essere considerati congiuntamente dalla Commissione e la compatibilità dell'aiuto deve essere valutata anche alla luce delle altre discipline pertinenti. Se invece sono separabili, devono essere valutati separatamente e l'esito di tali valutazioni può divergere⁷². La dottrina definisce tale modo di argomentare come test della separabilità (o *severability test*)⁷³.

Come si diceva, tendenzialmente l'uso di procedure ad evidenza pubblica competitive elimina il vantaggio e garantisce pertanto che le misure pubbliche siano prive di aiuti di Stato⁷⁴. Tale assunto fa sì che

⁷⁰ In senso contrario, alcuni autori sostengono che la nozione di vantaggio è più ampia nel diritto degli appalti pubblici. Cfr. P. NICOLAIDES-S. SCHOENMAEKERS, cit., p. 152.

⁷¹ G. S. ØLYKKE, cit.

⁷² Sentenza del 22 marzo 1977, Iannelli/Meroni, C-74/76, EU:C:1977:51.

⁷³ L. HANCHER, *The General Framework*, cit., pp. 109-110.

⁷⁴ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 89-96 e giurisprudenza citata.

alcuni autori ritengano le due normative «*mutually exclusive*» ovvero sia alternative, in quanto la corretta applicazione dell'una immancabilmente porta a escludere l'altra⁷⁵. Senonché anche questa dottrina riformula poi tale assunto riconoscendo che molte sono le eccezioni alla regola e che la casistica illustra una serie di problematiche concrete⁷⁶.

In verità, la possibilità che le procedure di aggiudicazione siano potenzialmente idonee ad escludere la presenza di un aiuto⁷⁷, da un lato, e una piuttosto risalente giurisprudenza che applicava le norme in materia di libera circolazione di beni e servizi (e per estensione quelle sugli appalti pubblici) rigettando le difese degli Stati membri basate sulla compatibilità delle misure di aiuto⁷⁸, dall'altro, potevano indurre a ritenere che la disciplina degli appalti prevalesse sul regime degli aiuti di Stato, ossia che bastasse applicare le norme in materia di procedure di appalto perché fosse da escludersi, a priori, che l'aggiudicazione potesse essere considerata sotto il profilo degli aiuti di Stato.

A parere di chi scrive, la citata giurisprudenza mirava ad affermare con forza il valore delle libertà di circolazione quali strumenti di integrazione del mercato e non anche a determinare una gerarchia delle fonti. Tra le due branche non sussiste un rapporto gerarchico ma dialettico. Si è ad esempio evidenziato come l'applicazione di una procedura di aggiudicazione non sia da sola in grado di escludere la sussistenza di un vantaggio selettivo⁷⁹. Al contempo, affinché l'aiuto di

⁷⁵ C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, cit., p. 162.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 162-186.

⁷⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.1.

⁷⁸ Ad es. sentenza della Corte del 7 maggio 1985, Commissione/Francia, C-18/84, EU:C:1985:175; sentenza della Corte del 5 giugno 1986, Commissione/Italia, C-103/84, EU:C:1986:229; sentenza Iannelli/Meroni, cit.

⁷⁹ Cfr. *supra*, §§ 1.1.2 e 1.2.

Stato sia dichiarato compatibile, esso non può violare altre disposizioni del trattato, comprese le norme in materia di appalti pubblici⁸⁰. In effetti, il regolamento generale di esenzione per categoria e le linee guida della Commissione richiedono l'osservanza delle direttive sugli appalti pubblici e stabiliscono che l'aiuto possa essere concesso solo in base a procedure aperte, trasparenti e non discriminatorie⁸¹.

In definitiva le due branche del diritto europeo non si pongono in un rapporto di gerarchia o prevalenza fra loro⁸². Sta all'interprete analizzarne l'interazione, proprio in quanto ricca di criticità e questioni irrisolte. Ad esempio, è stato fatto notare che la nozione di aiuto attualmente enucleata dalla apposita comunicazione risente molto dell'impianto della disciplina del c.d. pacchetto *Altmark* e dei servizi generali di interesse economico, senza farvi esplicito riferimento e senza chiarirla⁸³. In generale, persiste un certo grado di incertezza e si sottolinea che nella disciplina degli appalti le ragioni dell'interesse alla contrattazione pubblica tendono a prevalere. Il diritto sugli aiuti di Stato così come attualmente interpretato risulta insufficiente a contenere i rischi insiti nell'azione statale in questo settore⁸⁴. Questa tendenza si è accentuata con la riforma delle direttive appalti nel 2014⁸⁵.

⁸⁰ Cfr. ad es. comunicazione della Commissione, Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, GU C 8, 11.1.2012, pp. 15–22, punto 19.

⁸¹ P. NICOLAIDES, *Public Procurement and State Aid*, StateAidHub.eu, 04.09.2018, disponibile online <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299>.

⁸² Cfr. N. TOSICS-N. GAAL, cit. p. 15; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., p. 135 e giurisprudenza citata.

⁸³ G. S. ØLYKKE, cit.

⁸⁴ A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, cit., cap. IV, § 2.

⁸⁵ G. S. ØLYKKE, cit., p. 509.

2 I contratti pubblici come strumento mirato per lo sviluppo della politica industriale europea dell'innovazione

Tra gli obiettivi della disciplina dei contratti pubblici il più importante, tradizionalmente, è la possibilità di ottenere un risultato efficiente in termini di rapporto qualità-prezzo per la soddisfazione degli interessi della collettività. Le procedure di appalto devono anche mantenere un grado sufficiente di concorrenza⁸⁶. Oggi tuttavia si assiste a un mutamento nella concezione della procedura ad evidenza pubblica quale strumento di intervento nell'economia funzionalmente orientato a fini altri rispetto a quelli tradizionali⁸⁷.

In parte, questi fini costituiscono una manifestazione della natura ordoliberal del progetto di integrazione europea⁸⁸. Basti qui ricordare la tendenza del legislatore dell'Unione ad accordare uno speciale trattamento a servizi sociali di interesse generale⁸⁹ o l'importanza dell'introduzione del concetto di offerta economicamente più vantaggiosa quale catalizzatore delle politiche di incentivo in materia sociale e ambientale e, di conseguenza, strumento di armonizzazione degli ordinamenti nazionali⁹⁰.

D'altro lato, i contratti pubblici e le procedure che li regolano sono recentemente divenuti anche veicolo di politiche industriali

⁸⁶ Cfr. art. 18, par. 1, secondo comma, dir. appalti.

⁸⁷ Per una rassegna del fenomeno a livello internazionale si veda K. V. THAI, *Introduction*, in ID., *International Public Procurement - Innovation and Knowledge Sharing*, Springer, 2015.

⁸⁸ C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, cit., p. 180.

⁸⁹ D. GALLO, *Social Services of General Interest*, cit., pp. 325-327.

⁹⁰ Art. 67 dir. appalti.

miranti al mantenimento della competitività a livello globale. Tra queste rientra lo sviluppo di una strategia di sostegno all'innovazione⁹¹.

2.1 Evoluzione della strategia di settore: il rapporto tra aiuti di Stato, DPI e appalti innovativi nel nuovo millennio

All'inizio del nuovo millennio l'Unione europea ha sviluppato una serie di politiche dal lato della domanda per sostenere l'innovazione. In particolare, gli appalti pubblici sono uno tra i principali strumenti individuati dalle istituzioni europee per stimolare la domanda di beni innovativi e al contempo migliorare il livello dei servizi pubblici⁹².

⁹¹ D. C. DRAGOS-B. RACOLTA, *Comparing Legal Instruments for R&D&I: State Aid and Public Procurement*, in *EPPPL*, 2017, pp. 408-421.

⁹² *Ex multis*, cfr. L. BUTLER, *Innovation in Public Procurement: Towards the "Innovation Union"*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, cit., pp. 337-384; R. CARANTA, *The Changes To The Public Contract Directives and the Story They Tell About How EU Law Works*, in *CMLR*, 2015, pp. 406-408; INDEPENDENT EXPERT GROUP ON R&D AND INNOVATION APPOINTED FOLLOWING THE HAMPTON COURT SUMMIT AND CHAIRED BY MR. ESKO AHO, *Creating an Innovative Europe*, 2006, disponibile online all'indirizzo http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/aho_report.pdf; M. A. BERNAL BLAY, *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in *EPPPL*, 2014, pp. 3-11; K. FLANAGANA-E. UYARRAA-M. LARANJA, *Reconceptualising the 'policy mix' for innovation*, in *Research Policy*, 2011, pp. 702-713; A. PETRELLA, *Fostering innovation through public procurement: rationale, implementation and best practices in Italy and Europe*, 2013, pp. 1-21, disponibile online www.bancaditalia.it/pubblicazioni/altri-atti-convegni/2014-innovazione-italia/Petrella.pdf; C. EDQUIST-J. M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Pre-commercial procurement: a demand or supply policy instrument in relation to innovation?*, in *R&D Management*, 2015, pp. 147-160; E. IOSSA-F. BIAGI-P. VALBONESI, *Pre-commercial procurement, procurement of innovative solutions and innovation partnerships in the EU: rationale and strategy*, in *Economics of Innovation and New Technology*, 2018, pp. 730-749; S. PELLIZZARI, *Le forme di partenariato*

Nel 2000 il Consiglio europeo definì quale obiettivo strategico dell'Unione quello di diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva al mondo⁹³. A tal fine era necessario sia migliorare le politiche nei settori della società dell'informazione e dell'R&S sia accelerare il processo di riforma strutturale mirante alla competitività, all'innovazione e al completamento del mercato interno.

Uno dei primi documenti programmatici in grado di testimoniare la scelta di modificare la politica di regolazione nella disciplina degli

pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali, in *Rivista impresa sociale*, n. 3-4, 2013, pp. 36-45; A. SÀNCHEZ-GRAELLS, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*, in *European Public Law*, 2016, pp. 377-394; E. UYARRA-J. EDLER-J. GARCIA-ESTEVEZ-L. GEORGHIOU-J. YEOW, *Barriers to innovation through public procurement: A supplier perspective*, in *Technovation*, n. 34, 2014, pp. 631-645; M. CERUTI, *Sustainable Development and Smart Technological Innovation within PPPs: The Strategic Use of Public Procurement*, in *EPPPL*, 2017, pp. 183-191; C. EDQUIST-J. M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy*, in *Research Policy*, 2012, pp. 1757–1769; J. EDLER-L. GEORGHIOU, *Public procurement and innovation - Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 2007, pp. 949–963; E. IOSSA-C. BOVIS, *Innovation through innovative partnerships – Colloquium*, in G. PIGA-T. TATRAI, *Public Procurement Policy*, Routledge, 2016, pp. 101-113; T. TORVATN- L. DE BOER, *Public procurement reform in the EU: start of a new era?*, in *IMP Journal*, 2017, pp. 431-451; G. QUINOT, *Innovation, State Contracting and Public Procurement Law*, in *Trade Law & Development*, 2015, pp. 137-155; A. RICCI, *Appalti pubblici per l'innovazione*, 27 maggio 2016, disponibile online all'indirizzo www.euradia.it/images/lazio_dtc_domanda_pubblica_innovazione.pdf. Cfr. anche la pagina dedicata della Commissione disponibile online ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/strategy_en.

⁹³ Consiglio europeo, conclusioni della Presidenza, Lisbona 23-24.3.2000, disponibile online all'indirizzo https://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm.

appalti pubblici è stato il rapporto Kok⁹⁴. Ai presenti fini esso risulta di particolare interesse in quanto mette in relazione la necessità di reinterpretare la disciplina dei contratti pubblici in senso strategico⁹⁵, il divieto di aiuti incompatibili⁹⁶ e il sostegno alla protezione della proprietà intellettuale⁹⁷ per lo sviluppo di una politica di innovazione volta alla crescita e all'occupazione secondo la strategia di Lisbona.

Intorno alla metà degli anni 2000 la Commissione individuò negli appalti pubblici un importante strumento per accrescere la capacità di

⁹⁴ GRUPPO AD ALTO LIVELLO PRESIEDUTA DA WIM KOK, *Facing the challenge The Lisbon strategy for growth and employment*, 2004, disponibile online all'indirizzo web ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidence-base/evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf.

. Per una traduzione del testo in lingua italiana, cfr. l'indirizzo web http://www.strategiadilisbonalazio.it/Archivio/Documenti/Relazione_Kok.pdf.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 21 «Member States and the Commission should look at ways in which public procurement could be used to provide a pioneer market for new research and innovation-intensive products and services» e p. 37 «even without fiscal measures, which can be helpful, governments can support eco-efficient innovation further. They can stimulate markets for eco-innovations by greening public procurement. By acting as a launching customer, governments can help eco-efficient innovations, as other potential purchasers are able to examine the performance of these new technologies. Furthermore, green public procurement can help bring down costs by creating economies of scale».

⁹⁶ *Ibidem*, p. 23 «ensuring fair and uniform application of competition and State aid rules: reducing State aid to 1 % of GDP».

⁹⁷ *Ibidem*, p. 22 «Companies will only invest in innovation and R & D if they have the certainty that they will be able to reap the rewards of that investment. An essential prerequisite for this is a legal framework for the protection of intellectual property rights that is accessible at low cost to Europe's SMEs and academic institutions — something which is manifestly not the case at present. Most urgently, the EU should adopt the pending proposal on the patenting of computer-implemented inventions, and of course, the Community patent».

innovazione dell'Unione nell'ottica del mantenimento della competitività dell'economia europea nel mondo⁹⁸ e sottolineò la necessità di potenziare gli appalti relativi alla fase di R&S che precede la commercializzazione⁹⁹.

Tale necessità derivava dall'osservazione di una crescente corsa allo stimolo pubblico della domanda di innovazione in altri Paesi¹⁰⁰, dove speciali modelli di aggiudicazione sostengono l'attività di R&S prevedendo l'attribuzione dei DPI alle imprese partecipanti¹⁰¹, sempre nell'ottica di uno sviluppo dell'industria nazionale. Per tale ragione gli

⁹⁸ Comunicazione della Commissione, Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE, COM (2006) 502 definitivo, 13.9.2006; comunicazione della Commissione, Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa (di seguito, anche "comunicazione APC"), 14.12.2007 COM(2007) 799 definitivo; documento di lavoro dei servizi della Commissione di accompagnamento alla comunicazione della Commissione Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa, (di seguito, "documento di lavoro dello staff APC"), SEC(2007) 1668, 14.12.2007, disponibile online all'indirizzo web http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=42746.

⁹⁹ Commissione europea, Guide on dealing with innovative solutions in public procurement: 10 elements of good practice, SEC(2007) 280, 23.2.2007. Cfr. anche *infra*, § 4.1.

¹⁰⁰ *Ex multis*, cfr. V. LEMBER; R. KATTEL-T. KALVET, *How Governments Support Innovation through Public Procurement: Comparing Evidence from 11 Countries*, in *Public Procurement, Innovation and Policy*, Springer, 2014, pp. 287–309; K. V. THAI, *cit.*, pp. 1-10.

¹⁰¹ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Economic benefits of leaving IPR ownership rights in public procurements with the suppliers instead of the procurers*, del 28 marzo 2017, pp. 1-2, disponibile online all'indirizzo https://ec.europa.eu/newsroom/dae/item-detail.cfm?item_id=56812&utm_source=dae_newsroom&utm_medium=Website&utm_campaign=dae&utm_content=Economic%20benefits%20of%20leaving%20IPR%20ownership%20in%20public%20procurements%20with%20comp&lang=en

Stati spesso optano per l'esclusione dei servizi di R&S dall'applicazione degli accordi internazionali in materia di appalti, come è accaduto per alcuni Stati firmatari dell'accordo plurilaterale dell'OMC¹⁰², o per alcuni accordi sul libero scambio tra Unione europea e Stati terzi¹⁰³.

Tuttavia, gli ordinamenti in cui si sviluppano tali modelli non prevedono divieti di concessione di aiuti di Stato. Di conseguenza in quei Paesi la procedura utilizzata e gli accordi sulla gestione della titolarità dei DPI nell'ambito dell'appalto¹⁰⁴ non sollevano simili questioni di legittimità e coordinamento.

Il rischio che questa politica di incentivo all'utilizzo di appalti innovativi avesse come conseguenza un abuso dello strumento al fine di concedere aiuti di Stato fu immediatamente evidente alla Commissione. Per questa ragione già la comunicazione sugli appalti

¹⁰² Cfr. R. APOSTOL, *Trials and Tribulations in the Implementation of Pre-Commercial Procurement*, Asser/Springer, 2017, p. 207; O. S. PANTILIMON VODA, cit., pp. 218 e 228-230; K. DAWAR, *Government Procurement in the WTO: A Case for Greater Integration*, in *World Trade Review*, 2016, p. 667.

¹⁰³ Tali accordi appongono riserve per i servizi di ricerca e sviluppo finanziati da fondi pubblici, che concedono diritti esclusivi e/o autorizzazioni solo a cittadini e persone giuridiche degli Stati membri dell'Unione. Cfr., ad es., l'accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, GU L 11, 14.1.2017, riserve p. 722; l'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, GU L 127, 14.5.2011, riserve let. C), p. 1171; l'accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, GU L 294, 14.11.2019, riserve let. c), p. 266.

¹⁰⁴ Gli accordi preliminari in materia di gestione della titolarità dei DPI sono strumenti essenziali alla prevenzione del rischio di violazioni e abusi nelle varie forme di partenariato per l'innovazione. Sul punto, cfr. T. SCHUBERT, *Infringement of Intellectual Property in innovation partnership*, in *R&D Management*, 2015, pp. 596-611.

pre-commerciali fornì una serie di indicazioni generali in tal senso: gli accordi di condivisione del rischio e l'intero procedimento avrebbero dovuto essere improntati alla garanzia della massima apertura alla concorrenza, alla trasparenza, all'equità e alla fissazione di prezzi di mercato al fine di consentire all'acquirente pubblico di identificare le migliori soluzioni disponibili¹⁰⁵.

Allo stesso tempo, la Commissione richiamava l'attenzione delle autorità nazionali sulla necessità che, nel caso in cui i benefici condivisi includessero DPI, la loro titolarità non divenisse un vantaggio ingiusto per le imprese partecipanti alla procedura in eventuali appalti futuri, in modo da tenere aperto il mercato¹⁰⁶.

A seguito della crisi economica, le istituzioni europee hanno inteso concentrare l'attenzione su un utilizzo mirato dei fondi pubblici e privati al fine di ottimizzare le risorse per la ricerca e l'innovazione attraverso partenariati sia tra istituzioni europee e nazionali (c.d. partenariati pubblico-pubblico, P2P) sia tra istituzioni pubbliche e private (c.d. partenariati pubblico-privati, PPP)¹⁰⁷. Questo processo ha come effetto collaterale una contrazione dell'applicazione e

¹⁰⁵ Comunicazione APC, § 1, punto 3, p. 3. Sul punto, cfr. B. VON WENDLAND, *R&D&I-State Aid Rules at the Crossroads – taking Stock and Preparing the Revision*, cit., p. 407-408.

¹⁰⁶ Comunicazione APC, p. 8.

¹⁰⁷ Comunicazione della Commissione, *Partenariati nella ricerca e nell'innovazione*, COM(2011) 572 definitivo, 21.9.2011. Sul tema del PPP, v. anche M. ANDRECKA, *Innovative public-private partnerships*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, cit., pp. 242-267; S. PELLIZZARI, cit.; M. CERUTI, cit.; C. BOVIS, *Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration*, in *EPPPL*, 2013, pp. 186-199.

dell'efficacia del regime degli aiuti di Stato nel settore che la Commissione non sembra in grado di contrastare¹⁰⁸.

Nonostante la posizione della Commissione circa l'interazione tra disciplina degli aiuti incompatibili e appalti pubblici fosse chiara, il libro verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici del 2011 evidenziava che le due discipline necessitassero di una maggiore "convergenza" e che il pubblico avesse bisogno di ulteriori chiarimenti contro l'insorgenza di incertezze sull'applicabilità in concreto del divieto di aiuti incompatibili nel settore¹⁰⁹. Al contempo, si sottolineava la necessità di ristrutturare le procedure di aggiudicazione al fine di evitare che le amministrazioni si trovassero nella difficile posizione di dover contemperare la tutela dei prodotti dell'ingegno e la comparazione tra soluzioni innovative proposte dalle imprese¹¹⁰.

Similmente, lo studio di fattibilità sul sostegno all'innovazione del 2012 riconosceva l'importanza del supporto della Commissione agli appalti innovativi come significativa *policy lever* con cui sbloccare il potenziale dei budget nazionali per l'innovazione¹¹¹. Anche in tale contesto, gli autori dello studio sottolineavano le criticità che una politica di incentivo degli appalti innovativi avrebbe avuto rispetto al

¹⁰⁸ Cfr. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Digging itself out of the hole? A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalize State aid enforcement after the crisis*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2016, pp. 157–187.

¹⁰⁹ Commissione europea, Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici - per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15 definitivo, 27.1.2011..

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹¹¹ J. RIGBY-P. BOEKHOLT, ET AL., *Feasibility study on future EU support to public procurement of innovative solutions: obtaining evidence for a full scheme*, 2012, p. 5, disponibile online all'indirizzo ec.europa.eu/docsroom/documents/13204/attachments/1/translations/en/renditions/native.

regime sugli aiuti. In particolare, si faceva notare che gli accordi sulla gestione dei DPI negli appalti avrebbero potuto costituire una forma di condivisione del rischio ma al contempo avrebbero anche potuto conferire all'impresa un vantaggio in altri mercati, divenendo un ostacolo alla concorrenza¹¹².

La riforma delle direttive sugli appalti pubblici nel 2014¹¹³ ha condotto a nuove disposizioni miranti al sostegno all'innovazione, come anche all'ambientale e al sociale, come obiettivo degli appalti pubblici. Tuttavia, le direttive non regolano il rapporto tra aiuti di Stato e appalti ma fanno solo richiamo al rispetto delle norme contro forme di distorsione della concorrenza¹¹⁴.

La riforma sugli appalti costituisce parte integrante della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva¹¹⁵. Le amministrazioni nazionali hanno, quali acquirenti, un ruolo essenziale di stimolo e indirizzo del flusso di risorse pubbliche verso obiettivi strategici. Il legislatore europeo ritiene che la ricerca e l'innovazione siano tra i principali motori della crescita futura e che le «autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione. L'acquisto di prodotti, lavori e servizi innovativi svolge un ruolo fondamentale per

¹¹² *Ibidem*, p. 36.

¹¹³ Dir. appalti, cit.; direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, GU L 94, 28.3.2014, pp. 243–374; direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GU L 94, 28.3.2014, pp. 1-64 (di seguito, anche “riforma appalti 2014”).

¹¹⁴ Cfr. *amplius* in prosieguo.

¹¹⁵ Dir. appalti, considerando 2.

migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici e nello stesso tempo affrontare le principali sfide a valenza sociale»¹¹⁶.

Inoltre, la riforma appalti incentiva le amministrazioni all'utilizzo di forme più flessibili di aggiudicazione dei contratti e sollecita l'utilizzo di procedure negoziate sottolineando il loro valore nell'integrazione dei mercati transfrontalieri¹¹⁷. La riforma non disconosce la possibilità per le amministrazioni nazionali di ricorrere ad appalti innovativi già esistenti (come il modello di aggiudicazione pre-commerciale, menzionato per la prima volta in una direttiva appalti¹¹⁸) ma anzi la potenzia (come avviene per le procedure negoziate). Ciononostante, il legislatore europeo ha considerato insufficienti tali strumenti e così la disciplina della direttiva ha introdotto una nuova procedura, definita partenariato per l'innovazione¹¹⁹. Essa è specificamente disegnata per la realizzazione di una collaborazione «per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti, servizi o lavori caratterizzati da novità e innovazione» e strutturata «in modo da poter creare la necessaria domanda di mercato

¹¹⁶ *Ibidem*, considerando 47.

¹¹⁷ *Ibidem*, considerando 42. Sul punto cfr. *infra*, § 3.

¹¹⁸ *Ibidem*, considerando 47, § 2: «[è] opportuno ricordare che la comunicazione della Commissione del 14 dicembre 2007 intitolata «Appalti pre- commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa», riguardante gli appalti dei servizi di R&S che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva, riporta una serie modelli di aggiudicazione di appalti. Questi modelli continuerebbero ad essere disponibili, ma la presente direttiva dovrebbe anche contribuire ad agevolare gli appalti pubblici nel settore dell'innovazione e aiutare gli Stati membri nel raggiungimento degli obiettivi dell'Unione in questo ambito».

¹¹⁹ Cfr. *infra*, § 4.3.

che sia in grado di incentivare lo sviluppo di una soluzione innovativa»¹²⁰.

Lo sforzo del legislatore nel creare i suddetti modelli di aggiudicazione si giustifica in considerazione del fatto che le procedure di appalto sono intrinsecamente inadatte allo sviluppo di soluzioni innovative. Infatti, è difficile ridurre il contrasto tra i principi della trasparenza e della pubblicità che caratterizzano il confronto competitivo nelle procedure di appalto e le ragioni della tutela dei DPI che garantiscono il processo dell'innovazione¹²¹.

Tuttavia, le riforme nel senso della flessibilità delle procedure non costituiscono solamente un rischio di distorsione dei fondamenti del regime degli appalti pubblici ma entrano anche in contrasto con altre branche del diritto tra cui il regime degli aiuti di Stato¹²².

La comunicazione RSI 2014 segna una svolta dal punto di vista dell'interpretazione del diritto degli aiuti di Stato agli appalti di R&S, specialmente se letta in raffronto alle comunicazioni che la precedono. Quest'ultime rimarcavano l'importanza dell'adesione della procedura alle condizioni di mercato e consideravano l'espletamento di procedure di appalto del tipo previsto nelle direttive solo come indice presuntivo

¹²⁰ Dir. appalti, considerando 49 e art. 31. Cfr. Anche *infra*, § 4.3.

¹²¹ M. ANDRECKA, cit., p. 249: «*Having in mind the limits on the disclosure of information, the competitive environment including a number of tenderers, the ban on post-tender negotiation and issues regarding ownership of the IP rights in a majority of public procurement procedures, it needs to be noted that are limits to the possibility of developing an innovation or innovative solution within the procurement process per se*».

¹²² Cfr. A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public procurement and State aid: reopening the debate?*, cit., pp. 205-212; T. INDEN-K. N. OLESEN, *Legal Aspects of Public Private Innovation*, in *EPPPL*, 2012, pp. 258-267; S. MARTINIĆ-A. KOZINA, *'Europe 2020' and the EU Public Procurement and State aid Rules: good intentions that pave a road to hell?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, pp. 207-249.

di tale adesione¹²³. La nuova comunicazione fornisce chiare indicazioni tese a garantire alle amministrazioni nazionali che l'espletamento di una procedura di appalto secondo le direttive, per gli appalti in sviluppo esclusivo¹²⁴, o l'applicazione delle condizioni da essa elencate, per gli appalti esclusi, faranno sì che «la Commissione riterrà che non sia stato concesso alcun aiuto di Stato»¹²⁵. In tal senso si può parlare di una formalizzazione dell'indagine sulla sussistenza di aiuti.

¹²³ Comunicazione RSI 2006, cit., § 2.1: «Le autorità pubbliche possono incaricare determinate imprese di svolgere attività di ricerca e sviluppo oppure possono acquistarne i risultati. La non applicazione dei prezzi di mercato a siffatte attività di ricerca e sviluppo implica, in linea di massima, l'esistenza di un aiuto di Stato [...]. Invece se detti contratti sono aggiudicati alle imprese alle condizioni di mercato—e un'indicazione in tal senso può essere una gara d'appalto che sia stata indetta secondo le direttive applicabili in materia di appalti pubblici, [...] la Commissione di norma dichiarerà l'insussistenza di aiuto di Stato [...]».

¹²⁴ Cfr. *infra*, § 4.1. V. anche B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 16, pp. 782-783.

¹²⁵ Comunicazione RSI 2014, cit., punti 32-34:

«32. Se una procedura aperta per l'aggiudicazione di appalti pubblici è stata eseguita conformemente alle direttive applicabili, la Commissione ritiene generalmente che nessun aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sia stato accordato alle imprese che forniscono i servizi in questione.

33. In tutti gli altri casi, compresi gli appalti pre-commerciali, la Commissione riterrà che non sia stato concesso alcun aiuto di Stato alle imprese quando il prezzo pagato per i servizi in questione riflette pienamente il valore di mercato dei benefici ottenuti dall'acquirente pubblico e i rischi assunti dal fornitore partecipante; ciò avviene in particolare quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) la procedura di selezione è aperta, trasparente e non discriminatoria, e si basa su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti, b) gli accordi contrattuali previsti che descrivono tutti i diritti e gli obblighi delle parti, anche per quanto riguarda i diritti di proprietà intellettuale, sono messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura di gara, c) l'appalto non conferisce ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi

Con l’emanazione del nuovo regolamento generale di esenzione per categoria, il legislatore europeo ha voluto rimarcare con forza l’importanza della conformità delle operazioni degli Stati membri alle normali condizioni di mercato, ovverosia condizioni che «non differiscono da quelle che sarebbero applicate tra imprese indipendenti e non contengono alcun elemento di collusione. Il principio delle normali condizioni di mercato si considera soddisfatto se l’operazione si svolge nel quadro di una procedura aperta, trasparente e non discriminatoria»¹²⁶. Ciononostante, la dottrina interpreta i molti riferimenti del regolamento ai principi delle procedure competitive come insufficienti a eliminare il vantaggio *tout court*. Sussistono infatti casi in cui l’espletamento di tali procedure comporta solo una riduzione dell’importo dell’aiuto, che contribuisce a renderlo proporzionale¹²⁷.

finali ad un acquirente pubblico nello Stato membro interessato, e d) è soddisfatta una delle seguenti condizioni:

- tutti i risultati che non danno luogo a diritti di proprietà intellettuale possono avere larga diffusione, ad esempio mediante pubblicazione, insegnamento o contributo agli organismi di standardizzazione, in modo tale da consentire ad altre imprese di riprodurli, e gli eventuali diritti di proprietà intellettuale sono integralmente attribuiti all’acquirente pubblico, oppure
- un prestatore di servizi al quale sono attribuiti i risultati che danno luogo ai diritti di proprietà intellettuale è tenuto a concedere all’acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito a tali risultati e a concedere l’accesso a terzi, per esempio mediante licenze non esclusive, alle condizioni di mercato.

34. Se le condizioni di cui al punto 33 non sono soddisfatte, gli Stati membri possono basarsi su un esame individuale dei termini del contratto tra l’acquirente pubblico e l’impresa, fatto salvo l’obbligo generale di notificare gli aiuti per RSI, a norma dell’articolo 108, paragrafo 3, del trattato».

¹²⁶ Regolamento generale di esenzione per categoria, art. 2, punto 89. Sul tema, cfr. *infra*, cap. III.

¹²⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.1.

L’emanazione della comunicazione sulla nozione di aiuto ha confermato l’impostazione interpretativa sinora delineata¹²⁸.

Nonostante gli sforzi del legislatore europeo di incentivo alla domanda di innovazione, nel 2016 una consultazione pubblica della Commissione¹²⁹ ha evidenziato che non ci sono ancora sufficienti indicazioni sulla gestione dei DPI negli appalti pubblici, che spesso le pubbliche amministrazioni non hanno una conoscenza adeguata nel settore della proprietà intellettuale¹³⁰ e che ciò comporta l’applicazione di termini contrattuali standardizzati per tutti gli appalti, i quali spesso incidono sulla corretta attribuzione della titolarità dei diritti.

Dal quadro evolutivo esposto si evince che l’ordinamento europeo sta plasmando la disciplina delle direttive appalti in senso strategico al fine di sviluppare una politica industriale di sostegno all’innovazione¹³¹. Gli Stati membri sono chiamati ed incentivati a sviluppare una domanda pubblica al fine di stimolare la crescita di un’industria che altrimenti non avrebbe modo di affermarsi a causa dei fallimenti di mercato¹³².

A fronte di tale dato è possibile domandarsi se gli strumenti di analisi forniti dalla teoria giuridica sulla nozione di aiuto siano

¹²⁸ S’intenda, pur lasciando aperti molti quesiti. Cfr. G. S. ØLYKKE, cit.

¹²⁹ Commissione europea, *Summary of replies to the public consultation on public procurement and intellectual property*, 25.04.2016, pp. 3-4, disponibile online ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16479/attachments/1/translations/en/renditions/native

¹³⁰ Sul *capability gap* negli appalti innovativi, cfr. J. EDLER-J. YEOW, *Connecting demand and supply: The role of intermediation in public procurement of innovation*, in *Research Policy*, 2016, pp. 414-426; E. UYARRA-J. EDLER-J. GARCIA-ESTEVEZ-L. GEORGHIOU-J. YEOW, cit.

¹³¹ Cfr. O. S. PANTILIMON VODA, cit.

¹³² Sui fallimenti di mercato nel settore cfr. E. IOSSA-F. BIAGI-P. VALBONESI, cit., pp. 731-734. Si veda anche *supra*, cap. I.

sufficienti all'individuazione di misure incompatibili con il mercato nel presente settore. In primo luogo, si è già detto che le motivazioni che spingono uno Stato ad agire, come quelle relative allo sviluppo di una domanda di innovazione, non costituiscono a rigore un parametro legittimo nella valutazione della sussistenza di un aiuto¹³³. In secondo luogo, occorre tener presente che l'individuazione del prezzo e delle altre condizioni di mercato rappresenta una sfida complessa in un mercato ancora da sviluppare¹³⁴. In terzo luogo, occorre chiedersi se un simile approccio possa ritenersi in linea con il già problematico test di necessità¹³⁵.

Peraltro, alcuni commentatori sottolineano che, anche nel caso in cui il valore di contropartita fosse passibile di valutazione oggettiva e fosse stato effettivamente corrisposto, l'aiuto di Stato potrebbe rinvenirsi nell'operazione stessa¹³⁶. In particolare, ciò potrebbe accadere qualora il beneficio ottenuto non si sarebbe potuto ottenere altrimenti sul mercato. Sembrerebbe che tale ipotesi corrisponda al caso che ci occupa. La necessità di uno stimolo della domanda di innovazione da parte dell'amministrazione pubblica deriva dall'assenza di tale domanda sul mercato. Nelle parole dell'Avvocato generale Slynn, «lo Stato interviene là dove non interverrebbe il mercato»¹³⁷.

Alla luce di quanto sopra, si ritiene che l'analisi dell'intervento statale in questo settore meriterebbe una più attenta disamina da parte delle istituzioni europee. In particolare, sembra che lo sforzo

¹³³ Cfr. *supra* § 1.1.1.

¹³⁴ Cfr. *supra* § 1.1.2.

¹³⁵ Cfr. *supra*, § 1.1.3.

¹³⁶ C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., p. 165 e giurisprudenza citata.

¹³⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Slynn del 2 aprile 1987, *Van der Kooy* contro Commissione, C-67/85, EU:C:1987:177, p. 251.

interpretativo teso a ridurre gli indici di sussistenza dell'aiuto non valorizzi adeguatamente l'origine dell'intervento pubblico nel settore, che è data dalla presenza di un fallimento di mercato. Si ritiene che, al di là delle obiezioni riferite alla legittimità di un utilizzo strumentale del regime sugli aiuti di Stato come veicolo della competitività sul piano internazionale, l'obiettivo di politica strategica potrebbe essere centrato senza necessità di superare la definizione dei presupposti dell'aiuto, valorizzando la nozione di fallimento di mercato nel settore e concentrando maggiormente l'analisi sulla compatibilità dell'aiuto con il mercato¹³⁸.

2.2 Nuova architettura delle fonti: il criterio di applicabilità delle direttive appalti e il criterio di rilevanza della gestione dei DPI

Per comprendere l'architettura delle fonti nel settore che ci occupa occorre tener presente che le direttive appalti non si applicano a tutti gli appalti pubblici nell'Unione. Ad esempio, esse non si applicano ai c.d. contratti «sotto-soglia»¹³⁹. Tuttavia, anche in questi casi ogni procedura è soggetta ai c.d. principi del trattato in materia di appalti pubblici¹⁴⁰.

Le fonti del diritto UE prevedono una serie di tipologie di appalto e di procedure di affidamento strutturate al fine di sostenere la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione¹⁴¹. Pur condividendo questo obiettivo, le

¹³⁸ Maggiori considerazioni sul punto *infra*, § 4.3.

¹³⁹ Cfr. dir. appalti, art. 1, par. 1, e art. 4.

¹⁴⁰ Cfr. considerando 1 e art. 18 dir. appalti. Cfr. anche la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, cit.

¹⁴¹ Cfr. ad esempio Commissione europea, *Guidance on innovation procurement*, C(2018) 3051 definitivo, 15.5.2018, pp. 40-46; A. SEMPLE, *Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation*, in *Procurement of Innovation Platform*, 2015, disponibile online all'indirizzo <http://s3platform.jrc.ec.europa.eu/>

procedure in oggetto presentano caratteristiche e profili di criticità diversi se analizzate dal punto di vista della loro compatibilità con il regime degli aiuti di Stato.

Ai presenti fini è possibile classificare queste tipologie di appalto e procedure di affidamento secondo due parametri fondamentali: a) l'applicabilità della disciplina prevista nelle direttive appalti; b) la rilevanza della gestione dei DPI nella regolazione della procedura.

2.2.1 Segue: il parametro di applicabilità delle direttive appalti alla procedura

In base al primo parametro è possibile identificare, tra le procedure che prevedono forme di sostegno all'innovazione, alcune alle quali la disciplina appalti si applica integralmente (come le procedure competitive con negoziazione¹⁴² e il dialogo competitivo¹⁴³) e procedure alle quali si applicano solo i c.d. principi generali delle procedure ad evidenza pubblica (come l'appalto pre-commerciale¹⁴⁴).

Il *discrimen* tra le due categorie è rappresentato dalla possibilità che la procedura sia effettuata o meno in sviluppo esclusivo¹⁴⁵. Ciò dipende dal fatto che i risultati della procedura appartengano all'amministrazione pubblica e siano da essa esclusivamente retribuiti¹⁴⁶.

Si è detto che, fintantoché una procedura di gara aperta e trasparente viene effettuata in conformità con le direttive sugli appalti

[/guidance-for-public-authorities-on-public-procurement-of-innovation?inheritRedirect=true](#)

¹⁴² Cfr. *infra*, § 3.1.

¹⁴³ Cfr. *infra*, § 3.3.

¹⁴⁴ Cfr. *infra*, § 4.1.

¹⁴⁵ Cfr. *infra*, § 4.1.

¹⁴⁶ Cfr. comunicazione ACP e art. 14 dir. appalti. V. anche B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 16, pp. 782-783.

pubblici, la Commissione tende generalmente a considerare che nessun aiuto di Stato è concesso ai fornitori. Lo stesso vale per le procedure ristrette, salvo che i fornitori interessati non siano autorizzati a presentare offerte senza validi motivi. Il problema del conflitto con il regime sugli aiuti di Stato si porrebbe dunque in modo particolare per gli appalti pre-commerciali¹⁴⁷. In realtà si illustrerà che tutte le procedure negoziate previste dalle direttive appalti 2014 comportano strutturalmente il rischio di conferimento di un aiuto di Stato¹⁴⁸.

Ciò è particolarmente evidente per il partenariato per l'innovazione. In base al parametro dell'applicabilità delle direttive appalti, il partenariato per l'innovazione dovrebbe a rigore rientrare nella prima categoria (applicazione integrale della disciplina appalti) e, di conseguenza, non rappresentare una procedura passibile di contrasto con la disciplina degli aiuti. Tuttavia, la Commissione ha sentito la necessità di specificare che un rischio è in realtà insito nella natura ibrida della procedura¹⁴⁹. Questo è dovuto al fatto che, come si dimostrerà, il formale e generico rimando all'applicabilità delle procedure previste dalla disciplina delle direttive appalti non consente più di garantire da solo un effettivo confronto concorrenziale. Tale assunto comporta la necessità di rivalutare anche altre procedure di affidamento che, pur prevedendo l'applicazione disciplina appalti, concedono ampi margini di discrezionalità all'amministrazione per la selezione dei candidati e l'affidamento del contratto.

¹⁴⁷ V. *infra*, § 4.1.

¹⁴⁸ V. *infra*, §§ 3 e 4.3.

¹⁴⁹ V. *infra*, § 4.3.

2.2.2 Segue: il parametro della rilevanza diretta o indiretta della gestione dei DPI

In base al secondo parametro è possibile identificare, tra le procedure e tipologie di appalto che costituiscono forme di sostegno all'innovazione, alcune che prevedono direttamente norme specifiche in relazione alla gestione della titolarità dei DPI (come il partenariato per l'innovazione e l'appalto pre-commerciale) e altre che non le prevedono (come le procedure negoziate¹⁵⁰). Tuttavia, nel concreto la gestione dei DPI si presenta come elemento caratterizzante ognuna di queste procedure, anche nella seconda categoria. Ad esempio, la sussistenza di DPI può costituire la condizione per l'indizione di una procedura negoziata senza previa pubblicazione¹⁵¹. Ancora, la dottrina rileva come la gestione di DPI possa costituire una problematica giuridica di elevata complessità che assurge a motivo di indizione della procedura negoziata con previa pubblicazione o del dialogo competitivo¹⁵².

La gestione dei DPI in un appalto presenta notevoli problemi ai fini del giudizio di valutazione della compatibilità dell'appalto rispetto al regime sugli aiuti di Stato. Infatti, queste tipologie di appalto garantiscono ai vincitori l'utilizzo di un bene intangibile dal valore economico e strategico. È dunque necessario che la disciplina della gestione dei DPI negli appalti tenga in considerazione la natura esclusiva ed escludente di tali *asset* al fine di evitare che l'appalto divenga uno strumento di conferimento di un vantaggio selettivo.

È opportuno sottolineare che tra i due parametri di classificazione dovrebbe sussistere una certa convergenza. Quando l'acquirente

¹⁵⁰ Cfr. *infra*, §§ da 3 a 3.3.

¹⁵¹ Cfr. *infra*, § 3.2.

¹⁵² M. ANDRECKA, *cit.*, p. 255.

pubblico si riserva la titolarità di tutti i benefici del contratto di servizi R&S, inclusi tutti i DPI, l'acquisizione ricade nell'ambito di applicazione delle direttive appalti. Se al contrario alcuni risultati dei servizi oggetto di appalto vengono condivisi con le imprese aggiudicatrici, a questo si dovrebbe applicare un'esenzione dalle direttive appalti¹⁵³. Di conseguenza l'attribuzione dei DPI risultanti dalle attività di sviluppo dell'innovazione rappresenta un aspetto fondamentale del contenuto delle specifiche tecniche e del contratto che consegue l'appalto.

Anche in questo caso, la natura ibrida di alcune procedure, come il partenariato per l'innovazione, si pone quale limite alla validità non solo della classificazione ma anche della valutazione della compatibilità delle misure di affidamento¹⁵⁴.

Ad ogni modo, l'attuale architettura delle fonti accentua il problema definito dalla dottrina della "porosità" della disciplina degli appalti, ovvero della sua lacunosità rispetto ai contratti che sfuggono dal suo ambito di applicazione¹⁵⁵.

3 Strumenti generali di incentivo all'innovazione negli appalti pubblici: le procedure negoziate

La direttiva appalti definisce l'innovazione come «l'attuazione di un prodotto, servizio o processo nuovo o significativamente migliorato, [...], tra l'altro allo scopo di contribuire ad affrontare le sfide per la società o a sostenere la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»¹⁵⁶. In realtà, la definizione di

¹⁵³ Cfr. *infra*, §§ 3.2 e 3.3.

¹⁵⁴ Cfr. *infra*, § 4.3.

¹⁵⁵ C. BOVIS, *Public Procurement and State Aid*, cit., p. 162-163.

¹⁵⁶ Dir. appalti, art. 2, par. 1, punto 22.

innovazione nel contesto della regolazione degli appalti pubblici è ambigua e ancora oggetto di studio¹⁵⁷.

La disciplina degli appalti non si applica indiscriminatamente a tutti i prodotti, servizi o processi *lato sensu* innovativi. Ad esempio, in materia di servizi di R&S l'attuazione della normativa è limitata ad alcuni tipi di servizi purché i risultati prodotti appartengano esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice e la prestazione del servizio sia interamente retribuita dalla stessa¹⁵⁸.

Numerose sono le norme della direttiva che richiamano la tutela dei DPI nelle procedure di appalto, ma il regime di gestione e trasferimento dei DPI non trova in quest'ambito una compiuta regolamentazione. Ad esempio, nella disciplina generale è previsto che la definizione da parte dell'amministrazione del regime di trasferimento dei DPI nelle specifiche tecniche sia una facoltà e non un obbligo. Tale aspetto sembra andare a detrimento dell'enunciato obiettivo della riforma, ossia della previsione di una disciplina di favore allo sviluppo dell'innovazione.

È noto che, essendo le procedure di selezione ristrette costituiscono sempre una soluzione subottimale rispetto alle procedure aperte, la loro indizione è vincolata a particolari presupposti. La necessità di progettazione o di soluzioni innovative rappresenta uno dei presupposti per l'indizione di procedure competitive con negoziazione

¹⁵⁷ N. OBWEGESER-S. D. MÜLLER, *Innovation and Public Procurement: terminology, concepts and applications*, in *Technovation*, n. 74-75, 2018, p. 11; C. EDQUIST-N. S. VONORTAS-J. M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA, *Introduction*, in C. EDQUIST-N. S. VONORTAS-J. M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA-J. EDLER, *Public Procurement for Innovation*, Edward Elgar, 2015 p. 6.

¹⁵⁸ Dir. appalti, art. 14. Similmente v. art. 25 direttiva 2014/23, cit., e art. 32, direttiva 2014/25, cit. Sul punto, v. anche *infra* § 4.1.

e del dialogo competitivo¹⁵⁹. Il legislatore europeo ha voluto, con la riforma del 2014, incentivare l'utilizzo delle procedure negoziate ampliando i presupposti al loro ricorso¹⁶⁰. L'esperienza ha dimostrato infatti che esse dimostrano la loro utilità «nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche. Tale situazione può presentarsi in particolare per i progetti innovativi [...]»¹⁶¹.

La direttiva chiarisce che il ricorso a tali procedure non dovrebbe mai costituire motivo di elusione dei fondamentali principi di parità di trattamento e trasparenza¹⁶². Tale chiarimento si rende necessario alla luce della limitazione del confronto concorrenziale che queste procedure prevedono e che è dovuto all'impossibilità di condurre una negoziazione, un dialogo o un procedimento partecipativo con un numero elevato di concorrenti.

Del resto, la stessa Commissione ha rilevato in passato che «[i] possibili vantaggi derivanti da una maggiore flessibilità e dalla potenziale semplificazione devono essere ponderati con i maggiori rischi di favoritismi e, più in generale, di decisioni eccessivamente soggettive derivanti dalla più ampia discrezionalità di cui godono le amministrazioni aggiudicatrici nella procedura negoziata. Tale

¹⁵⁹ Dir. appalti, art. 26, par. 4, let. a), punto ii.

¹⁶⁰ Tuttavia le procedure in esame sono state disegnate come strumenti facoltativi, non sussistendo per l'amministrazione alcun obbligo di attivare le procedure anche in presenza delle condizioni specifiche.

¹⁶¹ Dir. appalti, considerando 42.

¹⁶² *Ibidem*, considerando 45.

soggettività renderebbe a sua volta più difficile dimostrare che l'appalto che ne risulta non configura un aiuto di Stato»¹⁶³.

L'incidenza di elementi di discrezionalità in queste procedure, in particolare per quanto riguarda la possibilità di ridurre il numero dei partecipanti¹⁶⁴ e la selezione dei criteri di aggiudicazione¹⁶⁵, aumenta significativamente il rischio di un utilizzo abusivo dello strumento quale mezzo di conferimento di aiuti di Stato¹⁶⁶. Inoltre, anche in presenza di selezioni correttamente espletate, le procedure negoziate possono portare alla presentazione di offerte contrarie a razionalità economica che avrebbero condotto un privato in simili condizioni ad abbandonare la gara¹⁶⁷.

Occorre peraltro constatare che la direttiva prevede la possibilità di ricorrere a consultazioni preliminari di mercato quale strumento utile all'indizione di procedure d'appalto migliori¹⁶⁸. Tuttavia, oltre ad

¹⁶³ Commissione europea, Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici - per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, cit., p. 16.

¹⁶⁴ A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24*, cit. Cfr. *infra* § 2.

¹⁶⁵ H. PRIESS-M. VON MERVELDT, *The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement*, in S. ARROWSMITH-P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, CUP, 2009, pp. 249-270.

¹⁶⁶ Cfr. *supra*, § 1.2. Si veda anche P. E. HASSELGARD, cit., pp 18-22.

¹⁶⁷ P. NICOLAIDES-I. E. RUSU, *Competitive Selection of Undertakings and State Aid*, cit., p. 19.

¹⁶⁸ Dir. appalti, art. 40: «[p]rima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al

essere uno strumento meramente facoltativo, il tenore della norma dimostra che il legislatore europeo non considera le consultazioni quali mezzi in grado di limitare la discrezionalità nella selezione dei partecipanti ma piuttosto ne teme un utilizzo dagli effetti distorsivi¹⁶⁹. Ad esempio, l'amministrazione dovrà fornire alle imprese la garanzia che i loro DPI saranno tutelati nel corso della consultazione e che in caso di violazione siano disponibili dei rimedi risarcitori¹⁷⁰. Di

mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza».

¹⁶⁹ *Ibidem*, art. 41: «[q]ualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata ad un candidato o a un offerente abbia fornito una consulenza all'amministrazione aggiudicatrice, nel contesto dell'articolo 40 o meno, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente in questione.

Tali misure includono la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte. Il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura unicamente nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto dell'obbligo di osservare il principio della parità di trattamento.

Prima di tale eventuale esclusione, ai candidati o agli offerenti è offerta la possibilità di provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non è un elemento in grado di falsare la concorrenza. Le misure adottate sono documentate nella relazione unica prevista ai sensi dell'articolo 84».

¹⁷⁰ O. S. PANTILIMON VODA-C. JOBSE, *Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risk*, in *EPPPL*, 2016, pp. 179-193.

conseguenza, l'espletamento della procedura di consultazione appare oneroso e non privo di rischi per l'amministrazione.

3.1 La procedura competitiva con negoziazione

Come noto, la procedura competitiva con negoziazione è una procedura negoziata, una procedura, cioè, di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto¹⁷¹.

La procedura competitiva con negoziazione può essere indetta qualora la pubblica amministrazione debba stipulare contratti che implicino progettazione o soluzioni innovative ma anche quando la complessità dell'oggetto o le specifiche tecniche dell'appalto rendano necessario un confronto negoziale sull'offerta (come nel caso in cui occorra analizzare il regime di gestione dei DPI)¹⁷².

La procedura con previa pubblicazione di avviso di indizione di gara è regolata all'articolo 29 della dir. appalti e prevede che gli operatori economici manifestino il loro interesse rispondendo all'avviso dell'amministrazione e illustrando le ragioni a sostegno della loro rispondenza alla selezione qualitativa e ai requisiti minimi, che non sono soggetti a negoziazione. Soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per le successive negoziazioni. Peraltro, la norma prevede che l'amministrazione possa stabilire, prevedendolo nella

¹⁷¹ Si vedano, *ex multis*, L. R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, 2017, pp. 593-609; M. DAMIANI, *commento all'art. 62*, in G. M. ESPOSITO, *Codice dei contratti pubblici – Commentario di dottrina e giurisprudenza*, UTET, 2017, pp. 762-774; A. LONGO, E. CANZONIERI, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2018, pp. 142-146.

¹⁷² Cfr. *supra*, § 2.2.2.

documentazione di gara, che l'aggiudicazione avvenga sulla base delle offerte iniziali, senza negoziazione¹⁷³.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono limitare il numero di candidati idonei da invitare a partecipare alla procedura in conformità al c.d. "meccanismo della forcella"¹⁷⁴. Per le procedure negoziate, il numero minimo è di tre partecipanti ma, nel caso in cui non si presentassero idonei in numero sufficiente, l'amministrazione può proseguire con due o anche solo uno dei candidati¹⁷⁵.

Alla luce di quanto osservato in precedenza sul rapporto tra disciplina degli aiuti di Stato e diritto degli appalti¹⁷⁶, la presente procedura di affidamento presenta una serie di criticità.

In primo luogo, la procedura riconosce alla stazione un'ampia discrezionalità nella selezione dei candidati prima ancora che essi possano presentare un'offerta. Giova sottolineare che, in questa fase, la selezione è basata unicamente sulle caratteristiche soggettive dell'operatore, poiché solo i candidati selezionati possono presentare un'offerta. Di conseguenza, i criteri di selezione utilizzati avranno importanza fondamentale ai fini della possibilità di partecipare alla procedura. Pertanto, l'individuazione degli elementi che consentono di qualificare gli operatori da invitare e la valutazione della rispondenza delle dichiarazioni degli interessati a tali elementi costituiscono operazioni delicate e soggette al giudizio discrezionale della stazione.

La lettera della norma non chiarisce in cosa debbano consistere i criteri di selezione. Si suppone dunque che occorra applicare come criteri di selezione i generali criteri di capacità tecnico-professionale ed

¹⁷³ Dir. appalti, art. 29, par. 4.

¹⁷⁴ *Ibidem*, art. 65.

¹⁷⁵ *Ibidem*, par. 2, co. 3.

¹⁷⁶ Cfr. *supra*, §§ 1-1.3.

economico-finanziaria¹⁷⁷, lasciando all'amministrazione la definizione dello standard minimo.

La scelta di standard per la selezione degli operatori qualificati diventa però difficoltosa alla luce del carattere innovativo e della complessità dell'oggetto da conseguire, che paradossalmente costituiscono presupposti di legittimità del ricorso a questa procedura di affidamento negoziata.

Solo una puntuale applicazione (e verifica) dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, coerenza e non discriminazione costituiscono il presidio contro una distorsione degli effetti dell'affidamento in senso anticoncorrenziale¹⁷⁸.

Difatti, la procedura delineata nella direttiva non fornisce ulteriori indicazioni procedurali in grado di garantire che l'individuazione del candidato migliore e del prezzo del contratto avvengano a condizioni di mercato. Si desume dal sistema delle garanzie preposte dalla direttiva che, oltre ai generali criteri di selezione¹⁷⁹, la stazione appaltante sia obbligata all'individuazione di criteri «obiettivi e non discriminatori»¹⁸⁰ per la riduzione del numero dei partecipanti. Tuttavia, la ponderazione di criteri e regole sufficienti a restringere la platea degli offerenti senza ledere il diritto al confronto concorrenziale implica un giudizio di proporzionalità che il carattere innovativo dei progetti e delle soluzioni perseguiti rende particolarmente oneroso.

La problematica qui riscontrata rievoca con forza il giudizio di diffidenza del legislatore nazionale e delle autorità indipendenti di

¹⁷⁷ M. DAMIANI, cit., p. 763. V. anche criteri di selezione qualitativa di cui all'art. 58 dir. appalti.

¹⁷⁸ L. R. PERFETTI, cit. p. 623.

¹⁷⁹ Cfr. art. 58 dir. appalti.

¹⁸⁰ *Ibidem*, art. 65, par. 2.

tutela della concorrenza nei confronti della trattativa privata quale strumento che priva l'amministrazione del beneficio della concorrenza ed espone al rischio di indebite interferenze¹⁸¹.

Tale giudizio è stato confermato anche nel caso *SNMV*¹⁸² dalla Commissione e dal Tribunale. Nell'analisi della sussistenza delle c.d. condizioni *Altmark*, esse hanno definito la procedura in analisi «una procedura che conferisce un ampio margine di discrezionalità all'amministrazione aggiudicatrice e può limitare la partecipazione degli operatori interessati»¹⁸³. Benché questa giurisprudenza nasca per essere applicata ai servizi di interesse economico generale, il giudizio espresso sulla procedura è da condividersi anche nel caso che qui ci occupa. Infatti la struttura della procedura è inadatta a garantire quel confronto tra imprese necessario per tutelare la “concorrenza per il mercato”¹⁸⁴.

In tal senso è possibile sostenere che il legislatore europeo non si sia fatto carico della “convergenza” dell'interazione tra disciplina degli aiuti e normativa appalti¹⁸⁵. Non vi è corrispondenza tra le intenzioni espresse nei considerando, che richiamano l'attenzione sulla necessità di adottare “adeguate misure di salvaguardia”¹⁸⁶ e le norme della procedura che prevedono ampi spazi di interpretazione. Al contrario, prevedendo unicamente un regime di trasparenza e tracciabilità¹⁸⁷ della

¹⁸¹ Per una rassegna di commenti ed esempi in tal senso si veda L. MINGANTI, *Procedura competitiva con negoziazione*, in A. CARULLO-G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, III ed., p. 603.

¹⁸² Sentenza del Tribunale del 1 marzo 2017, SNMV, T-454/13, EU:T:2017:134.

¹⁸³ *Ibidem*, punto 54.

¹⁸⁴ Cfr. *supra*, §§ 1, 1.1.2 e 1.2.

¹⁸⁵ Sul tema della convergenza delle materie v. *supra*, § 2.1.

¹⁸⁶ Dir. appalti, considerando 45.

¹⁸⁷ Sul punto, v. M. DAMIANI, cit., p. 771.

documentazione della procedura, il legislatore rimanda all'amministrazione la corretta applicazione della misura e alla giurisprudenza la valutazione della sua legittimità.

Proprio il regime di trasparenza costituisce un secondo profilo di criticità della procedura.

La trasparenza, infatti, rappresenta uno dei capisaldi del confronto concorrenziale ed elemento imprescindibile delle condizioni di compatibilità in materia di aiuti. Ciononostante, anche il regime di trasparenza subisce un'importante deroga a causa della necessità degli operatori di tutelare la riservatezza in materia di informazioni commercialmente sensibili¹⁸⁸. Tale deroga costituisce una risposta al problema del bilanciamento tra necessità di acquisire soluzioni innovative e tutela dei diritti dei concorrenti già enucleata dalla Commissione nel libro verde sulla modernizzazione degli appalti del 2011¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Dir. appalti, art. 29, par. 5: «[n]el corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, esse non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Esse informano per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse ai sensi del paragrafo 6 delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche le amministrazioni aggiudicatrici concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate.

Conformemente all'articolo 21, le amministrazioni aggiudicatrici non possono rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate dal candidato o da un offerente che partecipa alle negoziazioni senza l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate».

¹⁸⁹ Cfr. *supra*, § 2.1.

Occorre altresì constatare che, in termini di politica della regolazione, la procedura non riesce a nascondere un profilo di illogicità.

Da un lato, la direttiva immagina esplicitamente la procedura per situazioni in cui solo un numero ristretto di candidati sia idoneo a soddisfare le esigenze dell'amministrazione. È infatti chiarito che «[n]on è opportuno ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione e al dialogo competitivo nel caso di servizi o prodotti pronti per l'uso *che possono essere forniti da molti operatori economici*»¹⁹⁰.

Dall'altro, la norma prevede che prima della presentazione delle offerte i candidati debbano essere selezionati in base ai criteri previsti dall'amministrazione. Inoltre, si applica il meccanismo della forcella e nel corso delle negoziazioni l'amministrazione può effettuare ulteriori selezioni. Dunque, la procedura presuppone un numero non indifferente di candidati e comunque tale da non permettere un'adeguata negoziazione.

Si aggiunga peraltro che la procedura ha carattere eccezionale e facoltativo. La stazione appaltante, pur in presenza delle condizioni per l'indizione di una procedura negoziata, non è tenuta al suo utilizzo, ben potendo applicare le procedure ordinarie di affidamento.

Di conseguenza, la procedura in esame concede alle amministrazioni dello Stato membro la possibilità di utilizzare procedure di affidamento caratterizzate dalla facoltà di procedere più volte alla selezione dei candidati interessati, pur essendo questi presenti già in numero molto esiguo sul mercato, sulla base di criteri di selezione discretivi e molto ampi, pur nella consapevolezza delle limitate conoscenze dell'amministrazione relative all'oggetto dell'appalto.

¹⁹⁰ Dir. appalti, considerando 43, enfasi aggiunta.

Appare dunque possibile dubitare dell'idoneità di questo tipo di aggiudicazione a garantire l'esclusione della sussistenza di un aiuto per il sol fatto dell'espletamento di una procedura di appalto.

3.2 La procedura competitiva con negoziazione senza previa pubblicazione

La direttiva prevede altresì che la necessità di sviluppare soluzioni innovative possa giustificare l'apertura di una procedura senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara. In particolare, nel caso degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata, tra l'altro, quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per motivi legati alla tutela di diritti esclusivi, inclusi i DPI¹⁹¹, salvo che non esistano sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto.

Della criticità di questa procedura la Commissione è pienamente consapevole. Nella comunicazione sulla nozione di aiuto si chiarisce che da tale procedura, se non opportunamente integrata da cautele di natura procedimentale e sostanziale, può anche non emergere un prezzo di mercato. Di conseguenza, la procedura può violare il principio dell'acquirente in un'economia di mercato¹⁹².

In primo luogo, è evidente che il *caveat* s'impone all'attenzione dell'interprete sollecitando un'attenta disamina della legittimità dell'esercizio dell'opzione prevista. Sul punto occorre notare che la valutazione della sostituibilità e della congruità di una soluzione alternativa "ragionevole", tanto da non costituire un'indebita restrizione della concorrenza, costituisce un'operazione non semplice, a carattere

¹⁹¹ *Ibidem*, art. 32, par. 2 let. b), punto iii).

¹⁹² Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 93. Cfr. *supra*, § 1.1.1.

discrezionale, da svolgere caso per caso e che comporta una comparazione tecnica di soluzioni la quale può rivelarsi onerosa in termini di risorse per la pubblica amministrazione.

In secondo luogo, anche la procedura in esame presenta profili di criticità legati all'ampio margine di discrezionalità che la stazione appaltante è chiamata ad esercitare non solo in fase di negoziazione ma anche nella scelta della controparte, prestandosi ad abusi e distorsioni del principio di libera concorrenza e non discriminazione¹⁹³.

In terzo luogo, è la mancanza di pubblicità della procedura ad essere un elemento problematico. Essa comporta un evidente ostacolo alla possibilità per i concorrenti di portare all'attenzione dell'amministrazione soluzioni alternative nonché, di conseguenza, all'esercizio del controllo diffuso sulla legittimità della scelta operata dall'amministrazione. La Commissione non ha offerto chiari parametri di valutazione sul grado minimo di pubblicità che deve essere data all'indizione di una gara perché essa rispetti il diritto degli aiuti di Stato, limitandosi a riconoscere che generalmente le gare devono essere sufficientemente pubblicizzate affinché ne vengano a conoscenza tutti i potenziali offerenti. Tuttavia, se il «grado di pubblicità necessario per garantire un livello sufficiente di diffusione in un determinato caso dipende dalle caratteristiche degli attivi, dei beni e dei servizi», quelli che «per il loro elevato valore o per altre caratteristiche, possono interessare offerenti a livello europeo o internazionale, dovrebbero formare oggetto di pubblicità in modo tale da attrarre potenziali offerenti operanti a questi livelli»¹⁹⁴.

¹⁹³ Si veda A. MUSIO, *commento all'art. 63*, in G. M. ESPOSITO, *Codice dei contratti pubblici – Commentario di dottrina e giurisprudenza*, cit., p. 776.

¹⁹⁴ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 91.

Come si anticipava, l'enfasi sull'opportunità dell'utilizzo di procedure prive di pubblicazione è piuttosto recente¹⁹⁵. La giurisprudenza guarda con sfavore all'utilizzo di procedure di aggiudicazione in assenza di pubblicazione del bando di gara. In particolare, la Corte ha sottolineato la necessità di interpretare restrittivamente ogni deroga al regime di pubblicità e confronto concorrenziale tra operatori economici nella disciplina degli appalti, sottolineando che è onere dell'amministrazione provare il carattere eccezionale delle circostanze che giustificano il ricorso alla procedura¹⁹⁶. Inoltre, la giurisprudenza è chiara nel constatare che la mera titolarità di diritti di esclusiva non costituisce giustificazione sufficiente all'affidamento dell'appalto a un determinato operatore, essendo invece necessario che questi sia l'unico soggetto in grado di soddisfare le necessità dell'amministrazione¹⁹⁷.

Oltretutto, l'assenza di previa pubblicazione è giustificata, solo per gli appalti di forniture, anche nel caso in cui i prodotti in questione siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo. Unico limite posto dalla norma è che gli appalti così aggiudicati non comprendano la produzione in quantità volta ad

¹⁹⁵ Cfr. *supra* § 2.1.

¹⁹⁶ Sentenza della Corte del 3 maggio 1994, Commissione/Spagna, C-328/92, EU:C:1994:178, pp. 15-16.

¹⁹⁷ *Ibidem*, punto 17. Nello stesso senso, sentenza della Corte del 2 giugno 2005, Commissione/Grecia, C-394/02, EU:C:2005:336, punti 32-36. Oggi tale principio è consolidato all'art. 32, par. 2, let. b) della dir. appalti: «[I]e eccezioni di cui ai punti ii) e iii) si applicano solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto».

accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo¹⁹⁸.

La Commissione ritiene che la procedura negoziata senza previa pubblicazione possa tuttavia essere utilizzata per l'acquisto di un «limitato» volume di forniture sviluppate attraverso un precedente appalto pre-commerciale¹⁹⁹.

Occorre sul punto domandarsi se l'interpretazione della normativa sopra ricordata tradisca il principio generale secondo cui la scelta dell'utilizzo di una procedura negoziata senza previa pubblicazione deve basarsi sull'esistenza di una situazione di esclusività e che tale situazione non deve essere stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice²⁰⁰. Ad esempio, la normativa vigente prevede che la situazione di esclusività possa dipendere da ragioni tecniche, di interoperabilità o dalla necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore economico dispone²⁰¹. Tuttavia, tali vincoli sorgerebbero, nel caso di specie, dall'espletamento del precedente appalto pre-commerciale. Ebbene, non si vede come quest'ultimo potrebbe essere legittimo alla luce della disciplina in materia di aiuti di Stato, che impone norme specifiche ai fini del mantenimento di un mercato aperto in esito alla procedura²⁰².

3.3 Il dialogo competitivo

Il dialogo competitivo è una procedura di affidamento che prevede l'emissione di un bando cui gli interessati rispondono al fine di partecipare al dialogo. Esso è costituito da un'interazione continua tra

¹⁹⁸ Art. 32, par. 3, dir. appalti.

¹⁹⁹ *Guidance on innovation procurement*, p. 45. Sull'appalto pre-commerciale, cfr. *infra*, § 4.1.

²⁰⁰ Dir. appalti, considerando n. 50.

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² *Amplius infra*, § 4.1.

pubblica amministrazione e operatori economici in esito alla quale la stazione appaltante individua le soluzioni idonee a soddisfare le sue necessità. Successivamente, i partecipanti al dialogo sono invitati a presentare le loro offerte²⁰³.

Anche il dialogo competitivo è ammesso, come si anticipava²⁰⁴, alle stesse condizioni che ammettono l'esperienza della procedura competitiva con negoziazione: la necessità della pubblica amministrazione di stipulare contratti che implicino progettazione o soluzioni innovative, o la necessità di procedere a negoziazione per ovviare alla complessità dell'oggetto o delle specifiche tecniche dell'appalto (come nel caso in cui occorre analizzare il regime di gestione dei DPI)²⁰⁵.

È noto che il momento in cui avviene la presentazione delle offerte contribuisce a distinguere questa procedura da quella competitiva con negoziazione. Infatti, nel dialogo competitivo i partecipanti sono chiamati ad offrire le loro soluzioni solo dopo la conclusione della fase in cui si sviluppa il dialogo, mentre nella procedura competitiva con negoziazione le offerte iniziali sono oggetto di negoziazione per essere poi normalmente inoltrate di nuovo al termine della procedura²⁰⁶.

Come nella procedura competitiva con negoziazione, la pubblica amministrazione può applicare il meccanismo di riduzione del numero dei partecipanti al dialogo²⁰⁷. Di conseguenza, la selezione iniziale degli operatori economici interessati a partecipare al dialogo avviene non

²⁰³ Dir. appalti, art. 30.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, § 3.

²⁰⁵ Cfr. *supra*, § 2.2.2.

²⁰⁶ M. ANDRECKA, cit., p. 257.

²⁰⁷ Cfr. dir. appalti, art. 65. V. anche *supra*, § 3.1.

sulla base dell'offerta ma esclusivamente sulla base della selezione qualitativa.

Inoltre, questo tipo di procedura prevede quale criterio di aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo²⁰⁸.

Possiamo paragonare i profili di criticità di questa procedura a quelli già enucleati per la procedura competitiva con negoziazione²⁰⁹. Tuttavia, in questa procedura tali profili si manifestano con maggior chiarezza.

Per quanto attiene all'ampiezza del margine di discrezionalità dell'amministrazione e all'incapacità dell'amministrazione di valutare appieno le proprie necessità, è la stessa direttiva a identificare il problema. Tra le premesse all'utilizzo della procedura sta infatti (e paradossalmente) l'evidenza empirica secondo cui «le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche»²¹⁰.

Peraltro, a fronte di un maggiore flessibilità dello strumento di selezione, non sono previste speciali forme di tutela della posizione dei candidati non selezionati, come illustrato nel caso *Vtesse Networks*. Il Tribunale ha riconosciuto in questa pronuncia la sola possibilità di un

²⁰⁸ Dir. appalti, art. 67, par. 2.

²⁰⁹ Cfr. *supra*, par. 3.1.

²¹⁰ Cfr. considerando 42. Diversamente, nel settore dei servizi universali, il legislatore europeo prevede che le procedure negoziate possano essere utilizzate per l'aggiudicazione di appalti. Si veda ad esempio l'art. 7, par. 2, della direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, GU L 15, 21.1.1998, pp. 14–25, e successive modifiche.

concorrente di far valere i propri diritti procedurali, ad esempio al fine di dimostrare che la Commissione sia venuta meno all'obbligo di avviare un procedimento di indagine formale ai sensi dell'articolo 108, par. 2, TFUE ma non di contestare la fondatezza del giudizio di compatibilità della misura²¹¹.

Giova ancora sottolineare che sono state espresse posizioni fortemente critiche in relazione all'utilizzo del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo per l'aggiudicazione dell'appalto dal momento che la ponderazione dei fattori considerati contribuisce ad ampliare il margine di discrezionalità e incentiva una valutazione non oggettiva delle offerte²¹².

Si osserva infine incidentalmente come parte della dottrina abbia rilevato una scarsa efficacia dello strumento ai fini dello sviluppo concreto di una politica dell'innovazione²¹³.

4 La gestione dei DPI nelle procedure specializzate a sostegno dell'innovazione

Gli appalti a sostegno dell'innovazione, anche detti appalti innovativi o «*innovation procurement*», riguardano gli acquisti di prodotti o servizi che non esistono ancora o che necessitano di miglioramenti importanti, che non si sono ancora affermati sul mercato, e che implicano o conseguono l'utilizzo di un'attività di ricerca e sviluppo o un processo innovativo teso a soddisfare determinate caratteristiche richieste dalle amministrazioni aggiudicatrici nella

²¹¹ Sentenza del Tribunale del 5 novembre 2014, *Vtesse Networks*, T-362/10, EU:T:2014:928, punti 59-60.

²¹² P. E. HASSELGARD, cit. pp. 20-21.

²¹³ K. HAUGBØLLE-D. PIHL-S. C. GOTTLIEB, *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?*, in *Procedia Economics and Finance*, 2015, pp. 555-562.

procedura di appalto²¹⁴. In verità, si è già sottolineato che la stessa definizione di innovazione nel contesto della regolazione degli appalti pubblici è ancora oggetto di studio e solleva numerose criticità²¹⁵.

La Commissione definisce gli appalti innovativi come tutte quelle procedure che posseggono almeno uno dei seguenti requisiti: a) l'acquisto del processo dell'innovazione, ovverosia essenzialmente servizi di R&S, e solo in via eventuale e comunque residuale i loro risultati; b) l'acquisto del risultato dell'innovazione creato da terzi²¹⁶.

Queste caratteristiche corrispondono tendenzialmente a tipologie di appalto diverse e legate in un ciclo in cui, inizialmente, l'amministrazione acquista servizi di R&S miranti allo sviluppo di prodotti, servizi o processi che ancora non esistono e per i quali la PA dimostra il suo interesse per poi, in un secondo momento, atteggiarsi a primo o unico soggetto rappresentante la domanda di quelle soluzioni innovative in chiave di sviluppo di quel mercato²¹⁷.

In base all'interpretazione della Commissione, perché tali tipologie di appalto non integrino uno strumento di conferimento di aiuti di Stato al fornitore è sufficiente che vengano soddisfatte determinate condizioni. In primo luogo, valgono le regole generali in materia di appalti e dunque è necessario che l'aggiudicazione avvenga a seguito dell'espletamento di una procedura di gara in conformità con i principi delle direttive applicabili. In secondo luogo, sono enucleate una serie di regole ulteriori e specifiche in base alle caratteristiche delle tipologie di appalto considerate. Queste norme riguardano in particolare

²¹⁴ Per un quadro delle fonti nel settore si veda la scheda informativa sul sito web della Commissione <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-policy-initiatives-pcp-and-ppi>.

²¹⁵ Cfr. *supra*, § 3.

²¹⁶ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 8.

²¹⁷ Cfr. E. IOSSA-F. BIAGI-P. VALBONESI, cit.; O. S. PANTILIMON VODA, cit., p. 226.

l'allocazione dei diritti di proprietà intellettuale che sorgono in ragione del processo di sviluppo dell'innovazione.

Come noto, le direttive in materia di appalti pubblici non impongono un regime obbligatorio ma lasciano all'amministrazione la scelta relativa all'allocazione, alla condivisione o al trasferimento dei DPI tra l'acquirente pubblico e gli operatori economici interessati²¹⁸.

Se la maggior parte dei regimi giuridici europei prediligono schemi di appalto che prevedono come regola generale l'attribuzione dei DPI all'acquirente pubblico, da alcuni anni la Commissione sostiene la necessità di introdurre l'opzione alternativa, ovverosia l'attribuzione dei diritti alle imprese coinvolte come regola generale. Ciò avviene in parte perché le imprese sostengono che il mantenimento della titolarità dei DPI in capo all'amministrazione soffoca l'innovazione²¹⁹ e in parte perché alcuni studi della Commissione rilevano che in altri Paesi, in particolare negli Stati Uniti, i modelli di regolazione che prevedono l'attribuzione dei DPI alle imprese negli appalti mostrano risultati importanti in termini di crescita economica, indotto ed entrate fiscali²²⁰.

Giova però sottolineare che la scelta dell'uno o dell'altro modello ha grande rilievo nell'ordinamento dell'Unione europea. L'attribuzione della titolarità dei DPI in capo alle imprese può comportare una indebita concessione di aiuti di Stato alle stesse nel caso in cui la tipologia di appalto utilizzata non preveda una procedura di gara aperta secondo le direttive appalti. Non a caso gli ordinamenti dove

²¹⁸ Cfr. art. 42 dir. appalti, e art. 60 direttiva 2014/25/UE, cit.

²¹⁹ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 38.

²²⁰ Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Economic benefits of leaving IPR ownership rights in public procurements with the suppliers instead of the procurers*, cit. V. anche O. S. PANTILIMON VODA, cit., p. 229.

nascono questi modelli di regolazione non presentano il divieto di cui all'art. 107 TFUE.

È dunque necessario chiarire in cosa si differenziano i due modelli sulla titolarità dei DPI.

In particolare, *nulla quaestio* se l'acquirente pubblico mantiene la titolarità dei DPI. Esso potrà decidere di implementare la soluzione innovativa risultante dalla ricerca e le specifiche tecniche di qualsiasi procedura di successiva possono basarsi sui risultati di tale contratto di ricerca e sviluppo. È anche possibile che l'acquirente pubblico decida di concedere in licenza i nuovi DPI a tutte le parti interessate gratuitamente con l'obiettivo di stimolare ulteriori innovazioni. Le condizioni di licenza possono prevedere che qualsiasi ulteriore innovazione basata su tali diritti debba essere resa disponibile gratuitamente ad altre parti interessate.

Al contrario, se l'acquirente pubblico decide di lasciare i nuovi DPI derivanti dal contratto al fornitore, devono essere stabilite le condizioni per evitare distorsioni della concorrenza a causa degli aiuti di Stato. Per questa ragione la Commissione ha emanato delle linee guida che mirano a delineare modalità di gestione dei DPI negli appalti compatibili con la disciplina degli aiuti di Stato.

Il presupposto fondamentale sta nel ripristino di condizioni di mercato. In particolare, il fornitore deve pagare un compenso equivalente al prezzo di mercato per il riconoscimento della titolarità del DPI, anche se l'effettivo valore di mercato dei DPI derivanti dalla procedura di offerta può essere determinato *ex post*. Inoltre l'amministrazione può inserire condizioni aggiuntive che, ad esempio, autorizzano l'acquirente pubblico a utilizzare tali diritti per attuare la soluzione o impongono al fornitore di concedere in licenza tali diritti a terzi, in determinate situazioni, a condizioni di mercato eque,

ragionevoli e non discriminatorie (*fair, reasonable and non discriminatory*, «FRAND»)²²¹.

L'interpretazione della compatibilità di queste misure con la disciplina degli aiuti di Stato trova un limite proprio nel concetto di prezzo di mercato. Gli appalti innovativi si caratterizzano esattamente per la necessità della PA di procurarsi un servizio o un bene nuovo, nel processo o nel risultato. La PA procede all'attivazione delle dette procedure proprio al fine di stimolare la domanda di un mercato nuovo, il mercato dell'innovazione, secondo la politica europea²²². Tale mercato è in via di sviluppo come le sue prassi e i suoi prezzi. Stabilire un prezzo di mercato per un DPI può risultare molto difficoltoso specialmente quando il bene tutelato è unico, innovativo e non pronto all'impiego commerciale²²³.

È evidente che, in mancanza di parametri di mercato, la definizione di un prezzo di mercato presenterà una natura approssimativa e comunque un ampio margine di apprezzamento discrezionale. Tale realtà solleva dubbi riguardo alla possibilità di appalti così strutturati di rispettare il MEOP e porta a ritenere plausibile che la domanda pubblica abbia un impatto distorsivo rilevante sul mercato sviluppato²²⁴.

Ad esempio, come illustrato *supra* per le attività di collaborazione tra organismi di ricerca e imprese²²⁵, per la definizione di un prezzo di mercato si potrebbe fare riferimento alla presunzione della rispondenza al prezzo di mercato di un prezzo che rispecchi la totalità dei costi del

²²¹ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 43.

²²² Cfr. *supra*, § 2.

²²³ B. VON WENDLAND, *Public Funding for Research Infrastructures and EU State Aid Rules*, cit., p. 531, nota a piè di pagina n. 59.

²²⁴ Cfr. P. E. HASSELGARD, cit., p. 25.

²²⁵ Cfr. *supra*, cap. I, § 3.1.2.

servizio e generalmente includa un margine del tipo comunemente applicato nel settore o sia il risultato di una normale contrattazione a condizioni di mercato. Tuttavia, questi criteri sono ancora una volta soggetti ad alcuni limiti. In primo luogo, i costi del servizio sono suscettibili di una valutazione discrezionale e per approssimazione (es. attività di consulenza professionale). In secondo luogo, anche il criterio del margine applicato comunemente del settore non si attaglia pienamente alla circostanza particolare di un settore “innovativo”. Ad esempio, non è chiaro quali dovrebbero essere i valori delle opportunità di commercializzazione di un prodotto che ancora non si trova sul mercato²²⁶.

Del resto, già in passato nel caso *Ludwig Boltzmann Institut* la Commissione ha avuto modo di riconoscere che possono essere concessi aiuti sotto forma di prezzi di acquisto dei DPI qualora i termini contrattuali non siano in grado di riflettere adeguatamente il contributo finanziario e non siano dunque passibili di essere ritenuti in linea con i prezzi di mercato²²⁷. In quel caso, la Commissione ritenne che la misura costituisca un aiuto di Stato, per poi riconoscere la sua compatibilità col mercato.

Di conseguenza, le peculiarità del settore degli appalti innovativi rendono il parametro del prezzo di mercato insufficiente ad offrire ad ogni operatore coinvolto una garanzia di conformità al regime sugli aiuti di Stato.

Sembra invece più corretto ritenere che la disciplina di questi appalti dovrebbe essere valutata alla luce del regime di compatibilità

²²⁶ O. S. PANTILIMON VODA, cit., pp. 230-231.

²²⁷ Decisione K(2007)5991 della Commissione, del 29 novembre 2007, sulla misura di aiuto NN 65/2007, Austria, Ludwig Boltzmann Institut für Krebsforschung, GU C 7, 12.1.2008, p. 2, punti 76-81.

degli aiuti di Stato con il mercato ai sensi dell'art. 107, par. 3, let. c). Tale soluzione avrebbe sì il limite di comportare per l'operatore pubblico un onere di notifica capace di svilire in parte la caratteristica snellezza delle procedure di appalto in analisi ma avrebbe anche il pregio di valorizzare il fallimento di mercato come *ratio* dello stimolo indotto all'innovazione²²⁸.

4.1 Appalti pre-commerciali (ACP) e rapporto con il c.d. «sviluppo esclusivo»

Gli appalti pre-commerciali (APC) o *pre-commercial procurement (PCP)* sono un tipo di procedura della contrattazione pubblica che consente alle amministrazioni nazionali di dotarsi di servizi di ricerca e sviluppo senza arrivare alla fase della commercializzazione del prodotto²²⁹. Si tratta di appalti destinati al conseguimento di risultati che non appartengono in via esclusiva all'amministrazione aggiudicatrice perché li usi nell'esercizio della sua attività e per i quali la prestazione del servizio non è interamente retribuita dall'amministrazione aggiudicatrice, in ipotesi in cui l'esigenza non possa essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato.

²²⁸ M. CISNEROS, cit., p. 48.

²²⁹ Comunicazione APC e documento di lavoro dello staff APC. Per un commento si vedano, *ex multis*, R. APOSTOL, cit.; F. CLERMONT-F. FIONDA, *A Modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial Public Procurement*, in *EPPPL*, 2016, pp. 88-96; V. DE BONIS-A. GANDOLFO, *Pre-commercial Procurement and the Marketing of Innovation: A New Innovation Policy Instrument or "Old Wine in New Bottles"?*, in *International Journal of Marketing Studies*, n. 4, 2018, pp. 39-50. Per un'analisi delle esperienze nazionali, si veda ad es. L. BROGAARD, *Innovation and value in pre-commercial procurement: A systematic evaluation of national experiences*, in *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, 2017, pp. 137-156.

La tipologia di appalto in analisi si distingue dal c.d. appalto in «sviluppo esclusivo» proprio in ragione dell'attribuzione della titolarità dei risultati ottenuti²³⁰. Quest'ultimo è un appalto pubblico di servizi di R&S i cui benefici appartengono tutti esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore, i quali possono utilizzare tali servizi nell'esercizio della propria attività a condizione di remunerarli pienamente²³¹.

La procedura di APC non è sottoposta alla disciplina delle direttive appalti²³² ma unicamente ad alcuni principi generali della materia²³³ e trova la sua definizione in alcune comunicazioni della Commissione²³⁴. Tali comunicazioni richiamano esplicitamente l'attenzione degli Stati alla necessità di cogliere le opportunità offerte da questi strumenti in termini strategici, per lo sviluppo di una politica dell'innovazione²³⁵.

²³⁰ V. anche B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 16, pp. 782-783.

²³¹ Comunicazione RSI 2014, punto 15, let. i).

²³² Cfr. considerando 47, par. 2, e dir. appalti, art. 14. Sul punto v. anche *supra*, § 3.

²³³ Cfr. anche la comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, cit.

²³⁴ Comunicazione APC, p. 4 (cfr. *supra* § 2.1) e comunicazione RSI 2014, punto 15 let. aa), che definisce l'appalto pre-commerciale come «l'appalto pubblico di servizi di ricerca e sviluppo di cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non riserva esclusivamente a sé i risultati e i benefici del contratto al fine di utilizzarli nell'esercizio della propria attività, ma li condivide con i prestatori dei servizi a condizioni di mercato. Il contratto il cui oggetto rientra in una o più categorie di attività di ricerca e sviluppo definite nella presente disciplina, deve essere di durata limitata e può includere lo sviluppo di prototipi o di quantità limitate di primi prodotti o servizi sotto forma di serie sperimentali. L'acquisto di quantità commerciali dei prodotti o servizi non deve formare l'oggetto del medesimo contratto».

²³⁵ *Ibidem*.

Nel corso degli ultimi anni la Commissione ha spesso ribadito che la compatibilità dell'attribuzione dei risultati del contratto e in particolare l'assegnazione dei DPI alle imprese beneficiarie con il regime sugli aiuti di Stato. Sostanzialmente tale attribuzione non costituirebbe aiuto di Stato in quanto l'APC s'intende compatibile con il regime sugli aiuti in presenza di: a) una limitazione dell'oggetto del contratto ai soli servizi di R&S con una minima produzione di prototipi o test di serie; b) l'applicazione di procedure competitive secondo i principi in materia di appalti per l'individuazione delle condizioni di mercato; e c) e la condivisione dei rischi e dei benefici con l'impresa selezionata²³⁶.

In particolare, la Commissione ha ritenuto che sia sufficiente, per scongiurare la concessione di aiuti, che il prezzo pagato per i servizi in oggetto rifletta pienamente il valore di mercato dei benefici ottenuti dall'acquirente pubblico e i rischi assunti dal fornitore partecipante. La valutazione della piena rispondenza al valore di mercato è affidata ad alcune condizioni e principi presuntivi: a) la procedura di selezione deve essere aperta, trasparente e non discriminatoria, e basarsi su criteri di selezione e di aggiudicazione oggettivi e predefiniti; b) gli accordi contrattuali previsti devono descrivere tutti i diritti e gli obblighi delle parti, anche per quanto riguarda i DPI, e devono essere messi a disposizione di tutti gli offerenti interessati prima della procedura di gara; c) l'appalto non può conferire ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi finali ad un acquirente pubblico nello Stato membro interessato. Inoltre, la Commissione reputa essenziale che, nel caso in cui alcuni DPI siano concessi all'impresa, essa sia tenuta a garantire (a)

²³⁶ *Guidance on innovation procurement*, p. 43, nota a piè di pagina n. 45; Comunicazione APC, pp. 2-3.

all'acquirente pubblico un accesso illimitato e gratuito agli stessi e (b) ai terzi un accesso alle condizioni di mercato, per esempio mediante licenze non esclusive²³⁷.

Il concetto di condizioni di mercato nell'APC è particolarmente critico. Si è già detto della difficoltà di individuare i prezzi negli appalti innovativi²³⁸ ma quest'appalto presenta criticità specifiche. Ad esempio, un aiuto di Stato illegale potrebbe derivare dalla struttura della procedura stessa, considerato che quando l'APC termina non è ancora chiaro se il prodotto sviluppato sarà in grado di soddisfare le necessità dell'amministrazione come la giurisprudenza richiede²³⁹.

La Commissione si spinge oltre e ritiene che, in carenza delle suddette condizioni, «gli Stati membri possono basarsi su un esame individuale dei termini del contratto tra l'acquirente pubblico e l'impresa, fatto salvo l'obbligo generale di notificare gli aiuti per RSI, a norma dell'articolo 108, paragrafo 3, del trattato»²⁴⁰.

Alcuni presidi sono posti al fine di evitare possibili vantaggi per il beneficiario. Ad esempio, la durata del contratto in APC deve essere limitata e non è ammesso l'acquisto di volumi commerciali del prodotto o servizio sviluppato con lo stesso contratto. Inoltre il valore dei prodotti acquistati non deve essere superiore al valore dei servizi di R&S, altrimenti il contratto dovrebbe qualificarsi quale contratto di fornitura e ricadrebbe nell'ambito delle direttive appalti²⁴¹.

Tuttavia, volumi limitati di prodotti sviluppati in APC possono poi costituire oggetto di acquisto attraverso una procedura con

²³⁷ Comunicazione RSI 2014, punto 33.

²³⁸ V. *supra*, § 4.

²³⁹ V. *supra*, § 1.1.3. Cfr. anche O. S. PANTILIMON VODA, cit., p. 230.

²⁴⁰ Comunicazione RSI 2014, punto 34.

²⁴¹ O. S. PANTILIMON VODA, p. 229.

negoziazione senza previa pubblicazione²⁴². Similmente la comunicazione RSI 2014 prevede che l'appalto, per non costituire aiuto, non debba conferire ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nella successiva fase di commercializzazione «[f]atte salve le procedure che disciplinano sia lo sviluppo che il successivo acquisto di prodotti o servizi unici o specializzati»²⁴³.

Questa posizione della Commissione tende a sconfessare l'importanza della separazione rispetto alla fase della commercializzazione e al rischio di chiusura del mercato che, già evidenziata nella comunicazione sugli appalti pre-commerciali, costituiva un presidio alla garanzia del rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato nonché delle norme sul commercio internazionale²⁴⁴. Su tale apertura all'“integrazione” tra procedure la Commissione non ha offerto maggiori chiarimenti. Tuttavia appare opportuno che venga fornita una più ampia disamina della posizione, specialmente se si considera che la procedura di negoziazione senza previa pubblicazione e le altre procedure che legano fase di sviluppo e di

²⁴² *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 45. Cfr. *supra*, § 3.

²⁴³ Comunicazione RSI 2014, punto 33, let. c) e nota a piè di pagina n. 3. Cfr. *infra*, § 4.3 e v. B. VON WENDLAND, *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: not a Revolution but a Silent Reform*, cit., p. 46-47.

²⁴⁴ Cfr. Comunicazione APC, pp. 10-11: «Gli appalti pre-commerciali sono un esercizio preparatorio che permette agli acquirenti pubblici di filtrare i rischi tecnologici delle attività di R&S di potenziali soluzioni alternative prima di impegnarsi in appalti per la produzione commerciale su vasta scala. La separazione rispetto agli appalti pubblici per la produzione commerciale consente di concentrare gli appalti pre-commerciali sull'acquisizione delle conoscenze necessarie per individuare le “migliori” soluzioni che il mercato può offrire nella fase della produzione commerciale, senza comportare aiuti di Stato unilaterali a favore delle imprese».

commercializzazione comportano strutturalmente un rischio elevato di concessione di aiuti.

Il rischio è dunque di ordine duplice. Da un lato, la normativa consente alle pubbliche amministrazioni di adottare procedure strutturalmente inidonee a garantire un effettivo confronto competitivo poiché ideate al fine di risultare funzionali all'interesse pubblico *sub specie* di raggiungimento degli obiettivi di innovazione. Dall'altro, le norme che consentono l'utilizzo di più procedure separate ma connesse comportano non solo l'aumento del rischio di erogazione di aiuti ma anche una certa mancanza di trasparenza. È infatti lecito ritenere che sia più difficile effettuare il controllo sulla compatibilità delle misure statali sotto forma di procedure formalmente separate.

4.2 Appalti pubblici per soluzioni innovative (APSI)

L'appalto pubblico per soluzioni innovative (APSI), anche detto *public procurement of innovative solutions (PPI)*, è una tipologia di appalto che prevede che gli acquirenti pubblici agiscano sul mercato come «*early adopter*»²⁴⁵ di soluzioni innovative non ancora commercializzate su larga scala²⁴⁶.

²⁴⁵ La Commissione definisce gli *early adopters* come «*the first 20% customers on the market that are buying a new or significantly improved product, service or process. This includes procurements of products, services or processes that have already been demonstrated on a small scale, and may be nearly or already in small quantity on the market, but that have not been widely adopted by the market yet. This also includes existing solutions that are to be utilised in a new and innovative way*» (cfr. *Guidance on innovation procurement*, nota a piè di pagina n. 6).

²⁴⁶ La definizione esatta della procedura è fornita all'art. 2, punto 18, del regolamento (UE) n. 1290/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013, che stabilisce le norme in materia di partecipazione e diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) - Orizzonte 2020 e che abroga il regolamento (CE) n. 1906/2006 (GU L 347 del 20.12.2013, p. 81): «una procedura d'appalto in cui le amministrazioni aggiudicatrici, agiscono come clienti di

L'aspetto che differenzia questa tipologia di appalto da quelle precedentemente illustrate è che l'acquisto deve interessare un numero elevato di soggetti così da indurre una produzione idonea al raggiungimento di prezzi e standard di qualità tali da consentire l'adozione della soluzione prescelta su larga scala.

In ogni caso, questa procedura non contempla l'acquisto di servizi di R&S. Tale appalto s'intende per ciò diverso dall'APC ma ad esso complementare. Con l'APC sono acquistati servizi di R&S e con l'APSI è possibile acquistare il risultato delle ricerche oppure, in alternativa, prodotti e servizi non derivanti da R&S ma che sono comunque caratterizzati da innovatività e necessità di acquisizione massiva²⁴⁷.

L'APSI non è una procedura di affidamento regolata *ad hoc* dalle direttive bensì una procedura che specifica una modalità di esercizio delle stesse. Infatti dopo le fasi iniziali che tipizzano la APSI, ovvero sia 1) la creazione di un ingente potere di acquisto (generato da una grande stazione appaltante o da più stazioni congiunte) e 2) l'annuncio al mercato della volontà di procedere all'ASPI, per l'effettuazione concreta di selezione e aggiudicazione vengono utilizzate procedure di affidamento sottoposte alla disciplina appalti, come la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo²⁴⁸. Giova specificare che l'annuncio non deve necessariamente rappresentare una forma di consultazione preliminare del mercato e non comporta dunque

lancio di beni e servizi innovativi che non sono ancora disponibili su base commerciale a larga scala e che può includere prove di conformità». Cfr. anche <https://www.agendadigitale.eu/procurement/i-nuovi-strumenti-di-acquisto-per-la-pa-pcp-ppi-partnenariati-per-linnovazione/>.

²⁴⁷ O. S. PANTILIMON VODA, cit., pp. 231-232.

²⁴⁸ Si veda la scheda informativa disponibile online al sito <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-procurement-innovative-solutions>.

tutte le relative tutele²⁴⁹. È invece prevista la possibilità di effettuare a priori un c.d. *conformance test* in grado di identificare le caratteristiche dei prodotti presentati prima di aprire la procedura di aggiudicazione.

Ai presenti fini è importante sottolineare che APC e APSI sono strumenti separati ma complementari: a seguito di una procedura di ACP che ha portato allo sviluppo di un prototipo adatto, l'acquirente pubblico può decidere di acquistare la produzione della soluzione su larga scala. Tuttavia la normativa non concede ai vincitori dell'APC diritti speciali all'accesso all'ASPI. Questa separazione tra APC e ASPI dovrebbe consentire alle aziende che hanno sviluppato prodotti al di fuori dell'APC (ad esempio attraverso sovvenzioni di R&S, fondi propri, capitale di rischio) di partecipare agli appalti dell'ASPI a condizioni eque e non preferenziali²⁵⁰.

Questa procedura appare *prima facie* meno critica delle altre. In primo luogo, è previsto che sia data grande pubblicità all'indizione della procedura. Tale requisito sostiene la conformità dell'appalto ai principi di trasparenza e pubblicità delle procedure ad evidenza pubblica. In secondo luogo, la separazione dall'APC dovrebbe consentire un'opportunità di competizione tra imprese. In terzo luogo, l'obiettivo di commercializzazione su larga scala porta a ritenere che l'aggiudicazione tenderà ad interessare un numero elevato di operatori economici.

Tuttavia, la procedura presenta ugualmente alcuni profili critici. In primo luogo, l'utilizzo delle procedure negoziate per l'aggiudicazione solleva le questioni relative alla discrezionalità nelle scelte sulla selezione dei partecipanti di cui si è già detto²⁵¹. In secondo

²⁴⁹ Cfr. *supra*, § 3.

²⁵⁰ E. IOSSA-F. BIAGI-P. VALBONESI, cit.

²⁵¹ Cfr. *supra*, § 3 e segg.

luogo, occorre tenere presente l'effetto complessivo delle misure attuate. Sappiamo infatti che più interventi consecutivi dello Stato debbano essere considerati come un solo intervento qualora siano «connessi tra loro, segnatamente per quanto riguarda la loro cronologia, il loro scopo e la situazione dell'impresa al momento di tali interventi, in modo tanto stretto da renderne impossibile la dissociazione»²⁵². Nella complementarità tra l'intervento statale con l'APC ed il successivo APSI, pur in presenza di una fase intermedia di ampliamento del confronto concorrenziale, possono verificarsi interazioni che integrano i presupposti di un aiuto incompatibile con il mercato in modo non dissimile da quanto potrebbe avvenire nel PIn²⁵³. Perché ciò accada, è sufficiente infatti che le condizioni della procedura manchino di rispettare i principi generali dell'appalto pubblico o comunque la procedura non sia in linea con le condizioni di mercato tali da far ritenere l'intervento statale paragonabile a quello di un operatore privato²⁵⁴. Del resto la separazione tra l'APC e l'APSI non comporta l'obbligo di escludere dall'APSI l'impresa precedentemente coinvolta nell'APC, poiché la giurisprudenza ritiene che una tale previsione non sia conforme al principio di proporzionalità²⁵⁵.

4.3 Partenariati per l'innovazione (PIn)

I partenariati per l'innovazione (di seguito, anche "PIn") sono una procedura complessa che nasce sulla base dell'esperienza maturata

²⁵² Sentenza della Corte del 19 marzo 2013, Bouygues e Bouygues Télécom / Commissione e a., C-399/10 P, EU:C:2013:175, punti 103-104. Cfr. anche C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., pp. 114-115; C. QUIGLEY, *Market Transactions and State Aid*, cit., pp. 156-157.

²⁵³ Cfr. *supra* § 4.3.

²⁵⁴ Cfr. *supra* § 1.1.1.

²⁵⁵ Cfr. sentenza della Corte del 3 marzo 2005, Fabricom, C-21/03, EU:C:2005:127, commentata in M. ANDRECKA, cit., p. 253.

nell'ambito delle procedure negoziate²⁵⁶. La procedura è stata introdotta con la riforma degli appalti 2014²⁵⁷ al fine di prevedere uno strumento che consenta alle amministrazioni pubbliche di soddisfare l'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può essere soddisfatta acquistando prodotti, servizi o lavori disponibili sul mercato²⁵⁸.

A differenza degli appalti pre-commerciali e degli appalti pubblici per soluzioni innovative, questa procedura non è a rigore considerata dalla strategia Orizzonte 2020 un appalto a sostegno dell'innovazione²⁵⁹. Tuttavia, la Commissione annovera tale procedura nella categoria in ragione della sua struttura e della sua funzione²⁶⁰.

La principale caratteristica di questa tipologia di appalto è che combina la fase di R&S con la fase di commercializzazione. Se nella maggior parte delle procedure (ad eccezione di alcune altrettanto innovative, come l'appalto pre-commerciale)²⁶¹ l'amministrazione è consapevole dell'oggetto che si sta acquisendo, in questo caso si selezionano i migliori candidati da cui ci si attende la creazione di nuove soluzioni e la loro realizzazione su scala. Ciò implica una fase conclusiva di commercializzazione del prodotto dell'innovazione. Infatti, tale procedura intende sviluppare una collaborazione di «lungo termine per lo sviluppo e il successivo acquisto di prodotti servizi o

²⁵⁶ Dir. appalti, considerando 49. Cfr. *supra*, §§ 3.1 e 3.3.

²⁵⁷ Cfr. *supra*, § 2.1.

²⁵⁸ Dir. appalti, art. 31, par. 2.

²⁵⁹ Per maggiori informazioni sul punto cfr. l'informativa all'indirizzo web. https://ec.europa.eu/research/participants/docs/h2020-funding-guide/cross-cutting-issues/innovation-procurement_en.htm.

²⁶⁰ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 45.

²⁶¹ Cfr. *supra*, § 4.1.

lavori caratterizzati da novità e innovazione [...] senza bisogno di una procedura d'appalto distinta per l'acquisto»²⁶².

La procedura prevede l'emissione di un bando in cui l'amministrazione pone determinati requisiti minimi che non sono soggetti a negoziazioni e sulla base degli stessi seleziona una serie di soggetti invitati a partecipare alla procedura. Nel selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici applicano in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore R&S e nella messa a punto e nell'attuazione di soluzioni innovative.

La disciplina della gestione dei DPI nel partenariato per l'innovazione è scarna. Le norme applicabili prevedono unicamente l'obbligo per l'amministrazione di definire il regime ad essi applicabile nei documenti di gara e la tutela delle relative informazioni riservate²⁶³. La dottrina ha subito riscontrato la criticità insita in uno strumento che non definisce con precisione il regime applicabile agli accordi di gestione dei DPI e che anzi lascia ampio margine agli Stati membri di regolamentare la prassi in modo diversificato tra loro dando luogo a potenziali divergenze applicative²⁶⁴.

In questa procedura la Commissione ritiene che l'unico presidio alla corretta gestione dei DPI debba essere la garanzia di riconoscimento della loro titolarità in base all'interesse della stessa amministrazione, che potrebbe avere necessità di trasferire la soluzione realizzata ad un altro acquirente pubblico²⁶⁵. Peraltro, occorre qui incidentalmente osservare che con il PIn possono essere condotte attività di R&S e la norma sembra suggerire che nella procedura

²⁶² Dir. appalti, considerando 49.

²⁶³ Dir. appalti, art. 31, par. 6, co. 3. Cfr. P. E. HASSELGARD, cit., p. 25.

²⁶⁴ O. S. PANTILIMON VODA, cit., pp. 238-239.

²⁶⁵ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 46.

possano essere attribuiti dei DPI alle imprese²⁶⁶, ma a rigore la direttiva non si applica ai contratti di R&S quando i risultati non vengono attribuiti esclusivamente all'amministrazione²⁶⁷. Tale osservazione porta a chiedersi se a questo contratto potrebbero applicarsi unicamente i principi del trattato in materia di appalti che si applicano all'APC qualora il valore della fase di commercializzazione non portasse a considerare il contratto nella tipologia della fornitura.

Ad ogni modo, è importante che la continuità delle fasi della procedura e la possibilità di remunerare il lavoro svolto in più rate non divengano presupposti per il conferimento di un aiuto sotto forma di duplicazione degli importi, prima per lo sviluppo dell'innovazione e poi per il mantenimento della titolarità dei DPI sulla stessa²⁶⁸.

È di tutta evidenza che questo tipo di appalto, in cui è previsto uno stretto legame tra la fase di selezione dei candidati e la possibilità di portare a livello di commercializzazione la soluzione innovativa realizzata, comporta un elevato rischio di utilizzo abusivo dello strumento da parte delle amministrazioni pubbliche nazionali sotto forma di concessione di aiuti incompatibili con il trattato²⁶⁹. Infatti l'amministrazione nazionale potrebbe sfruttare l'ampio margine di apprezzamento nella selezione di candidati e le scarse norme sulla procedura in oggetto per conferire un aiuto sotto forma di posizione privilegiata per la commercializzazione. Basti pensare che la norma non prevede che l'acquisto si limiti ai primi prodotti o servizi ma ammette

²⁶⁶ Dir. appalti, art. 31, par. 6, co. 3.

²⁶⁷ *Ibidem*, art. 14.

²⁶⁸ M. ANDRECKA, cit., pp. 264-265.

²⁶⁹ P. C. GOMES, *The Innovative Innovation Partnerships Under the 2014 Public Procurement Directive*, in *PPLR*, n. 4, 2014, p. 212; O. S. PANTILIMON VODA, cit., pp. 233-239.

l'acquisto di prodotti anche dopo il loro posizionamento sul mercato²⁷⁰. Ciò è tanto più importante quanto più è innovativo l'oggetto richiesto dall'acquirente pubblico, poiché in tal caso sussiste un alto rischio di preclusione della concorrenza nei mercati tecnologici che spiazza altri investimenti in R&S. Di tale rischio il legislatore europeo è pienamente consapevole e per questo richiama al rispetto delle norme di concorrenza nell'attuazione della procedura²⁷¹ senza tuttavia porre presidi concreti a garanzia della stessa. L'unica cautela posta in tal senso parrebbe rinvenirsi nel principio di proporzionalità tra il valore dei prodotti, servizi e lavori acquistati e l'investimento nei servizi di R&S condotti per ottenerli²⁷². Tuttavia anche questo principio dovrà essere riempito di contenuto dalla giurisprudenza²⁷³.

I principi del regime sugli aiuti di Stato nel settore prevedono che gli aiuti sono evitati solo se, tra l'altro, l'appalto non conferisce ad alcuno dei fornitori partecipanti un trattamento preferenziale nell'offerta di quantità commerciali dei prodotti o servizi finali ad un acquirente pubblico nello Stato membro interessato. Tuttavia tale principio non si applica a quelle procedure che disciplinano sia lo

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 238.

²⁷¹ Dir. appalti, considerando 49: «il partenariato per l'innovazione dovrebbe essere strutturato in modo da poter creare la necessaria domanda di mercato che sia in grado di incentivare lo sviluppo di una soluzione innovativa senza precludere l'accesso al mercato stesso. Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero pertanto ricorrere ai partenariati per l'innovazione in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza. In determinati casi la creazione di partenariati per l'innovazione con diversi partner potrebbe contribuire ad evitare tali effetti».

²⁷² *Ibidem*, art. 31, par. 7.

²⁷³ Cfr. O. S. PANTILIMON VODA, cit., p. 234.

sviluppo che il successivo acquisto di prodotti o servizi unici o specializzati²⁷⁴.

La Commissione ritiene che, al fine di ridurre al minimo il rischio della concessione di aiuti, la presunzione di assenza di aiuti di Stato si applica solo nelle situazioni in cui un acquirente pubblico acquista prodotti o servizi così unici o specializzati che l'acquirente pubblico è l'unico acquirente potenziale e non vi sono altri potenziali fornitori sul mercato al di fuori del partenariato per l'innovazione che potrebbero essere svantaggiati²⁷⁵.

Al fine di evitare aiuti di Stato, l'acquirente pubblico deve essere in grado di identificare prima della procedura tutti gli operatori economici che possono eseguire lo sviluppo e fornire i prodotti o servizi finali. Ad esempio, informazioni pertinenti sulla disponibilità della soluzione richiesta o gli offerenti potenzialmente interessati potrebbero essere ottenuti attraverso una consultazione preliminare di mercato, pubblicata prima di avviare la procedura di appalto. Tuttavia anche in questo caso l'effettuazione di una consultazione di mercato rimane una mera facoltà, peraltro onerosa per l'amministrazione nazionale, che non costituisce condizione sufficiente ad escludere la nozione di aiuto ma fornisce solo principio di prova di una istruttoria prudente²⁷⁶.

Anche i criteri di selezione dei candidati dimostrano tutta la difficoltà di condurre tali procedure secondo condizioni di mercato. Infatti la norma prevede che la selezione avvenga sulla base delle capacità dei candidati nel settore R&S e nella messa a punto e

²⁷⁴ Comunicazione RSI 2014, punto 33, let. c) e nota a piè di pagina n. 3.

²⁷⁵ *Guidance on innovation procurement*, cit., p. 46. V. anche B. VON WENDLAND, *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, cit., § 16, pp. 782-783.

²⁷⁶ Sul punto v. *supra*, § 3.

attuazione di soluzioni innovative²⁷⁷, senza poter configurare dei raffronti basati sull'effettiva necessità da soddisfare in quel contesto²⁷⁸.

Infine, definire l'oggetto del contratto in conformità alla norma rappresenta una sfida per l'amministrazione. Essa dovrà prevedere nella documentazione informazioni al contempo sufficientemente precise per permettere agli interessati di decidere se partecipare alla procedura, sufficientemente ampie da consentire la più ampia partecipazione al confronto competitivo e sufficientemente precise in modo da evitare che si verifichino modifiche sostanziali ai termini contrattuali convenuti che potrebbero divenire oggetto di ricorso²⁷⁹.

5 Conclusioni intermedie: aiuti di Stato e DPI in funzione pro-concorrenziale

Alla luce di quanto illustrato sinora, è possibile formulare alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, è possibile concludere che la disciplina e l'interpretazione offerta dalle istituzioni europee del regime sugli aiuti di Stato mira a sostenere la politica del sostegno all'innovazione anche attraverso la tutela dei DPI negli appalti pubblici e nelle concessioni dirette. L'analisi del regime degli aiuti di Stato nel settore R&S²⁸⁰ dimostra infatti che l'erogazione di aiuti di Stato costituisce, a certe condizioni, uno strumento compatibile con il mercato in funzione di un suo sviluppo pro-concorrenziale teso verso la crescita economica, lo sviluppo sostenibile e la competitività internazionale. L'analisi della disciplina dei contratti pubblici in materia di innovazione²⁸¹ porta le

²⁷⁷ Dir. appalti, art. 31, par. 6, co. 1.

²⁷⁸ M. ANDRECKA, cit., p. 259.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ Cfr. cap. I.

²⁸¹ Cfr. il presente capitolo.

istituzioni europee a ritenere esclusa la concessione di aiuti di Stato. Entrambe le discipline incentivano la produzione di beni dell'intelletto e mirano alla realizzazione di una politica di stimolo. Tale assetto risulta in linea con l'analisi dell'OCSE, secondo cui «*governments need to align technology-push instruments like grants and incentives for R&D with demand-pull policy instruments such as public procurement and regulations*»²⁸².

In secondo luogo, come osservato in dottrina²⁸³, i due strumenti presentano caratteristiche differenti in relazione all'oggetto, alle tempistiche, all'entità e alla possibilità di realizzare in concreto la misura.

In merito all'oggetto, è facile osservare che la concessione diretta di aiuti costituisce un'erogazione di fondi che, rispetto al contratto pubblico, non permette di specificare in modo mirato il risultato da ottenere²⁸⁴.

Con riferimento alla tempistica delle procedure, benché sussistano importanti differenze tra Paesi membri, la procedura di aggiudicazione di un contratto è generalmente più breve (108 giorni) di quella della concessione diretta di aiuti che comportano una notifica (6 mesi) o sono sottoposti a una procedura di avvio dell'istruttoria (20 mesi o più)²⁸⁵. Occorre inoltre considerare che, mentre le stazioni

²⁸² OCSE, *Workshop on Demand-Led Innovation Policies*, 14-15 settembre 2009, <http://www.oecd.org/science/inno/oecdworkshopondemand-ledinnovationpolicies14-15september2009.htm>, citato in G. QUINOT, cit., p. 140.

²⁸³ D. C. DRAGOS; B- RACOLTA, cit., pp. 415-421.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Cfr. anche I. STRAND-P. RAMADA-E. CANTON, *Public procurement in Europe. Cost and effectiveness. Annex: detailed methodology and data - Study*, 2013, pp. 25-26, disponibile all'indirizzo web <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/eb5f2d5a-a034-4123-83af-2ea7eb363825>.

appaltanti dei Paesi membri sono tenute al rispetto di una normativa rigorosa in materia di termini di procedura amministrativa nazionale, la Commissione rimarca l'impossibilità di definire a priori un termine giuridico per il completamento della procedura di indagine approfondita e dunque dell'adozione di una decisione definitiva sulla misura²⁸⁶.

Per quanto attiene alle dimensioni delle misure erogate occorre considerare che, mentre nel settore R&S l'obiettivo del programma Europa 2020 è il raggiungimento di investimenti per il 3% del PIL dell'Unione²⁸⁷ e gli ultimi dati disponibili dimostrano che nel 2017 la spesa per aiuti ha raggiunto lo 0,76% del PIL, la spesa per i contratti pubblici è già al 14%²⁸⁸. È dunque di tutta evidenza che la libertà di spesa concessa agli Stati membri dalla disciplina dei contratti pubblici permette a questo strumento di incidere maggiormente sulla realizzazione di una politica per l'innovazione.

In termini di rischio, le due discipline evidenziano rilevanti differenze in termini di rischi assunti dall'autorità pubblica. Mentre nel caso di una concessione diretta di aiuti lo Stato assume piena responsabilità in termini economici, giuridici e anche politici, attraverso lo strumento del contratto pubblico l'autorità pubblica condivide rischi e benefici del suo intervento con l'impresa e, se l'operazione dovesse

²⁸⁶ Cfr. le dichiarazioni sulla scheda informativa del sito web della Commissione http://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/state_aid_procedures_en.html:

«There is no legal deadline to complete an in-depth investigation and its actual length depends on many factors, including the complexity of the case, the quality of the information provided and the level of cooperation from the Member State concerned».

²⁸⁷ Cfr. *supra*, cap. I, § 1.1.

²⁸⁸ Cfr. dati disponibili sul sito web istituzionale http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/strategy_en.

risultare rispondente alle condizioni di mercato, la misura non potrà essere ritenuta incompatibile²⁸⁹.

In terzo luogo, il legislatore europeo e le istituzioni tutte hanno compiuto uno sforzo interpretativo al fine di riconciliare questo obiettivo con la tutela della disciplina della concorrenza e il mantenimento di un *level playing field* per le imprese.

Tuttavia, permangono dubbi circa la legittimità delle soluzioni interpretative adottate ed è possibile osservare una serie di criticità nell'applicazione della definizione di aiuto e degli indici di compatibilità alle fattispecie in esame. In particolare, la nozione analitica di aiuto sembra rivestire un ruolo sempre meno prominente rispetto all'obiettivo del mantenimento della competitività sul piano internazionale²⁹⁰. Del resto è stato fatto notare in dottrina²⁹¹ che, fintantoché gli aiuti di Stato non saranno regolati nei Paesi extra-europei come lo sono nell'Unione, essa sarà costretta ad affrontare un dilemma a tre uscite: i) lasciare che le imprese europee risultino svantaggiate nella competizione internazionale; ii) rendere meno stringenti le norme in materia di aiuti di Stato; o iii) tentare di esportare il regime sugli aiuti nei Paesi extra-europei. La prima soluzione non è ammessa dalla Commissione, che nella seconda fase dell'integrazione del mercato interno è stata incaricata dal legislatore europeo di promuovere la competitività internazionale²⁹². L'ultima opzione appare

²⁸⁹ Cfr. *supra*, § 4.1.

²⁹⁰ Cfr. ad es. A. PISAPIA, *The Role of EU State Aid Policy in Enhancing the Development of the Industrial Sector*, in *Privredna kretanja i ekonomska politika*, 2014, pp. 45-64.

²⁹¹ M. BLAUBERGER-R. U. KRÄMER, *European Competition vs. Global Competitiveness. Transferring EU rules on State aid and Public Procurement Beyond Europe*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, n. 13, 2013, pp. 171-186.

²⁹² Cfr. *supra*, cap. I.

piuttosto difficile da concretizzare e comunque con risultati non omogenei, vale a dire più soddisfacenti nell'ambito della cooperazione bilaterale piuttosto che in quella multilaterale²⁹³.

Di conseguenza si predilige la seconda opzione. Si assiste a una reinterpretazione degli strumenti dell'analisi del regime sugli aiuti di Stato che genera aspettative affinché le concessioni dirette al settore R&S siano relegate nell'alveo della compatibilità con il mercato e che presume l'inapplicabilità del regime sugli aiuti qualora gli appalti pubblici siano in linea con i principi delle procedure ad evidenza pubblica.

Tale approccio si concilia con le necessità di gestione delle risorse della Commissione. Da un lato, i casi di notifica degli aiuti diretti all'R&S sono limitati e dunque gestibili. Dall'altro, l'esclusione dal regime permette di evitare la notifica delle misure di appalto che si auspicano numerose soprattutto a causa dell'elevato potere di acquisto dei budget nazionali.

Al contrario, questo approccio non si concilia con la necessità di valutare l'effetto delle politiche di incentivo dell'innovazione sulla concorrenza tra imprese in particolare per la gestione dei DPI, che più degli altri attivi generano valore nel lungo periodo²⁹⁴.

²⁹³ M. BLAUBERGER-R. U. KRÄMER, cit., pp. 184-185.

²⁹⁴ Cfr. ad esempio, *ex multis*, G. SINGH JAIYA, *IP Valuation - , Topic 7: IP PANORAMA Meetings series, modulo 11*, incontro del 27.7.2010, World Intellectual Property Organization (WIPO), disponibile online all'indirizzo www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_panorama_11_learning_points.pdf; P. FLIGNOR-D. OROZCO, *Intangible assets and intellectual property evaluation: a multidisciplinary perspective*, SME-ARTICLE/64032, 12.7.2006, World Intellectual Property Organization (WIPO), disponibile online all'indirizzo www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/IP_Valuation.pdf.

CAPITOLO III

Aiuti di Stato e diritti di proprietà intellettuale nel settore fiscale: i *tax rulings*

1. Premessa: la nozione di aiuto fiscale e la sua evoluzione

Negli ultimi decenni il diritto degli aiuti di Stato è stato oggetto di frequente applicazione nel settore fiscale. La prassi amministrativa, gli approdi giurisprudenziali e i contributi dottrinali hanno avuto modo di analizzare gli elementi costitutivi della nozione di aiuto fiscale e di confrontarsi con l'annosa questione dei limiti delle competenze dell'Unione europea rispetto alla potestà impositiva delle autorità nazionali, soprattutto nell'ambito della tassazione diretta. Negli ultimi anni nuove e sfidanti problematiche sono sorte in relazione al modo in cui i prezzi di trasferimento dei DPI divengono presupposto di erogazione di misure di aiuto.

Nelle pagine che seguono verranno esposti in via preliminare brevi cenni sulle criticità che ancora si riscontrano nell'applicazione dell'art. 107 TFUE alle misure fiscali, con particolare riferimento al concetto di vantaggio selettivo¹. Successivamente, l'analisi si soffermerà sulla capacità delle strategie imprenditoriali di trasferimento dei DPI di sviluppare un dibattito sulla nozione di aiuto fiscale che non coinvolge più solamente la dimensione europea², anche alla luce dei più

¹ Cfr. *infra* §§ da 1.1 a 1.2.4.

² Cfr. *infra* §§ da 2 a 2.3.2.

recenti arresti del Tribunale nei casi *Starbucks*³ e *FIAT*⁴. Infine, verranno proposte brevi considerazioni sulle questioni ancora aperte e sugli effetti che la casistica e la giurisprudenza in analisi hanno prodotto sotto il profilo regolatorio⁵.

1.1 I due *Fiscal Aid Packages*: la capacità dei beni immateriali di sviluppare la prassi e la giurisprudenza in applicazione del diritto degli aiuti di Stato alle misure fiscali

È noto che le norme in materia di aiuti di Stato si applicano da sempre a tutte le tipologie di misure pubbliche, ivi incluse quelle fiscali⁶. Inizialmente, dubbi sull'applicabilità del regime sul controllo degli aiuti di Stato in materia di misure fiscali erano stati espressi in considerazione del tuttora vigente principio di rispetto delle prerogative di sovranità nazionale degli Stati membri sul proprio sistema fiscale. La giurisprudenza e la prassi hanno tuttavia evidenziato come, nell'assetto del riparto delle competenze sancito dal trattato e a volte definito con i nomi di *federalismo fiscale* o *norma della doppia neutralità*⁷, il rispetto delle prerogative sovrane non postuli alcuna eccezione, salve quelle espressamente previste, all'esercizio della funzione di tutela della

³ Sentenza del Tribunale del 24 settembre 2019, Regno dei Paesi Bassi, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing Emea BV / Commissione europea (di seguito, "sentenza *Starbucks*"), T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669.

⁴ Sentenza del Tribunale del 24 settembre 2019, Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe / Commissione europea (di seguito, "sentenza *FIAT*"), T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670.

⁵ Cfr. *infra* §§ da 3 a 3.3.

⁶ C. DE PIETRO (a cura di), *New Perspectives on Fiscal State Aid: Legitimacy and Effectiveness of Fiscal State Aid Control*, Wolters Kluwer, 2019; S. DOUMA, *State Aid and Direct Taxation*, in AA. VV., *European Taxation Law*, VII ed., vol. 1, Wolters Kluwer, 2018, pp. 883-926.

⁷ T. JAEGER, *Tax Measures*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, cit., pp. 1112-1113.

concorrenza devoluto dagli stessi Stati alla competenza delle istituzioni dell'Unione⁸.

Detto principio si desume in primo luogo dall'ampia formulazione offerta dalla norma di cui all'art. 107 TFUE che vieta «gli aiuti [...] sotto qualsiasi forma». Tale principio è stato riconosciuto dalla giurisprudenza nel caso *Italia c. Commissione*⁹ fin dagli anni '70 e più volte confermato in una casistica che va ampliandosi¹⁰.

Benché il divieto di aiuti incompatibili sia stato sempre applicabile anche alle misure fiscali, l'azione della Commissione nel settore ha assunto solo nell'ultimo ventennio un ruolo strategico nella lotta alla concorrenza fiscale dannosa (*harmful tax competition*)¹¹ e alla pianificazione fiscale aggressiva (*aggressive tax planning*).

La prima fase di questo processo inizia nel 1998, quando vengono contemporaneamente emanati il Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese¹² e la Comunicazione sulle norme relative agli

⁸ Cfr. art. 3, comma 1, let. b), TFUE.

⁹ Cit.; cfr. anche comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punti 51, 58 e 80.

¹⁰ *Ex multis*, sentenza della Corte del 18 luglio 2013, P Oy, C-6/12, EU:C:2013:525, punto 18; sentenza della Corte dell'8 settembre 2015, Taricco e al., C-105/14, EU:C:2015:555, punto 61; sentenza della Corte del 15 novembre 2011, Commissione e Spagna / Gibilterra e UK, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, punti 72-73; sentenza della Corte dell'8 settembre 2011, Paint Graphos, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, punto 46; sentenza della Corte del 21 dicembre 2016, World Duty Free Group, C-20/15, EU:C:2016:981, punti 53-58.

¹¹ C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, in ID., *European State Aid Law and Policy*, cit., pp. 149-152.

¹² Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 1° dicembre 1997 sul Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (di seguito, anche "Codice di condotta"), GU C 2, 6.1.1998, pp. 2-5.

aiuti di Stato e le misure di tassazione diretta delle imprese¹³. È noto infatti che fin dalla metà degli anni '90 del secolo scorso, non solo l'Unione europea ma anche altre organizzazioni internazionali, come l'OCSE¹⁴, hanno concentrato i loro sforzi nella lotta alla concorrenza fiscale dannosa sottolineando l'urgenza di un'azione congiunta sul piano internazionale¹⁵. Il fenomeno costituisce una conseguenza della concorrenza dei sistemi fiscali tra Stati a sua volta generata dalla crescente capacità delle società multinazionali di strutturare la loro rete imprenditoriale nell'economia globale in modo da ridurre la propria base imponibile negli Stati con alti livelli di tassazione e di aumentarla negli Stati dove tali livelli sono più bassi (c.d. *arbitrage*). Questo fenomeno, come si illustrerà in prosieguo, è reso possibile dalla natura degli attivi immateriali e della proprietà intellettuale delle grandi multinazionali, che costituiscono beni facili da trasferire e dal rendimento incredibilmente alto¹⁶.

¹³ Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (di seguito, anche "comunicazione del 1998"), GU C 384, 10.12.98, pp. 3-9.

¹⁴ Non a caso, proprio nel 1998 l'OCSE pubblica il suo primo rapporto sulla concorrenza fiscale dannosa. Cfr. OCSE, *Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue* (di seguito, "rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa"), OECD Publications, Parigi, 1998.

¹⁵ Tale azione coordinata ha portato la dottrina a parlare di comunitarizzazione dei principi OCSE. V. ad es. J. M. CALDERÓN, *European Transfer Pricing Trends at the Crossroads: Caught Between Globalization, Tax Competition and EC Law*, in *Intertax*, 2005, pp. 103-116. V. anche A.C. DOS SANTOS, *Aides d'État, Code de Conduite et Concurrence Fiscale dans l'Union Européenne*, in *Revue Internationale de droit économique*, n. 1, 2004, pp. 9-45; P. ROSSI-MACCANICO, *Fiscal Aid Review and Tax Competition*, in A. RUST-C. MICHEAU (a cura di), *State Aid and Tax Law*, Wolters Kluwer, 2012, p. 43.

¹⁶ Sul punto, cfr. *infra*, § 2.1.

Il Codice, quale strumento giuridicamente non vincolante dal valore di impegno politico, esplicitamente menziona la convergenza tra la strategia in materia di concorrenza fiscale e la normativa in materia di aiuti di Stato, lasciando alla Commissione il compito del coordinamento delle due aree e l'analisi dei casi di violazione¹⁷. Di conseguenza, nella prima decade del nuovo millennio la Commissione iniziò una serie di procedure di indagine¹⁸ (c.d. «*Fiscal Aid Package*» 2001-2008¹⁹) ed elaborò ulteriori atti non vincolanti al fine di chiarire gli aspetti applicativi dei due regimi. Ad esempio, nell'ambito della lotta alla concorrenza fiscale, la Commissione sostenne l'adozione di un Codice di condotta in materia di prezzi di trasferimento (*transfer pricing*)²⁰. Similmente, nell'ambito del Piano di azione sugli aiuti di

¹⁷ Codice di condotta, let. J.

¹⁸ Cfr. ad esempio la decisione 2003/438/CE della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa all'aiuto di Stato C 50/01 (ex NN 47/2000), Società finanziarie lussemburghesi (GU L 153 del 20.6.2003, pag. 40, considerando 43 e 44); la decisione 2003/501/CE della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa al regime di aiuto di Stato C 49/2001 (ex NN 46/2000), "Centri di coordinamento" cui il Lussemburgo ha dato esecuzione (GU L 170 del 9.7.2003, pag. 20, considerando 46, 47 e 50); decisione 2003/757/CE della Commissione, del 17 febbraio 2003, Centri di coordinamento belgi (GU L 282 del 30.10.2003, pag. 25, considerando 89-95) e la relativa sentenza *Forum 187*, cit., punti 96 e 97; decisione 2004/76/CE della Commissione, del 13 maggio 2003, relativa al regime di aiuto di Stato applicato dalla Francia a favore dei centri di coordinamento e centri logistici (GU L 23 del 28.1.2004, pag. 1, considerando 50 e 53); per un'analisi, v. P. ROSSI-MACCANICO, *Commentary of State Aid Review of Multinational Tax Regimes*, in *EStAL*, 2007, pp. 25-42.

¹⁹ P. ROSSI-MACCANICO, *A New Framework for State Aid Review of Tax rulings*, in *EStAL*, 2015, p. 372.

²⁰ Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE - Proposta di Codice di condotta

Stato, la Commissione si propose di considerare l'aggiornamento della comunicazione del 1998 per estenderla alla tassazione indiretta²¹.

Come si anticipava, dal 2014 (segnatamente, dopo la crisi finanziaria europea) la Commissione ha manifestato un rinnovato interesse in relazione alla repressione degli aiuti fiscali incompatibili. Questa seconda fase dell'applicazione delle norme in materia di aiuti al settore delle misure di concorrenza fiscale, che per estensione e importanza concettuale potremmo definire come un secondo *Fiscal Aid Package*, è segnata dall'apertura di una serie di indagini sui *ruling* fiscali concessi da alcuni Paesi membri ad importanti imprese multinazionali²².

Anche in questo caso, il processo è frutto di una riflessione più ampia sul piano internazionale. Come sottolineato dall'ex vicepresidente Almunia al Forum sulla concorrenza europea del 2014, “[g]overnments and international bodies around the world are showing a renewed interest in corporate-tax regimes, in particular the G20 and the OECD”²³. L'azione della Commissione in materia di lotta alla concorrenza fiscale dannosa, rinforzata sulla base del quinto punto delle priorità 2015 dell'Unione²⁴, aderisce ai principi della modernizzazione

relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE, COM/2005/0543 def., 07.11.2005. Sulla nozione dei prezzi di trasferimento, cfr. *infra*, § 2.1.

²¹ Piano di azione, cit., punto 64.

²² V. *infra*, § 2.

²³ J. ALMUNIA, *Fighting for the Single Market*, discorso tenuto al Forum sulla concorrenza europea, Bruxelles, 11.02.2014.

²⁴ Comunicazione della Commissione, Programma di lavoro della Commissione per il 2015 - Un nuovo inizio, COM/2014/0910 def., 16.12.2014, punto 5, p. 8: «Ferma restando la competenza degli Stati membri in materia di regimi fiscali nazionali, la Commissione intensificherà il proprio impegno per combattere l'evasione e la frode fiscali e rispondere al bisogno di equità e trasparenza fiscale delle società europee.

nel settore del controllo sugli aiuti di Stato, che impongono maggiore attenzione ai «casi di maggiore impatto»²⁵.

Al fine di raccogliere le linee guida in materia di interpretazione della nozione di aiuto fiscale maturate in questi anni, nel 2016 la Commissione ha abbandonato il progetto di aggiornamento della comunicazione del 1998 sulla tassazione diretta delle imprese preferendo inserire un'ampia sezione dedicata alle misure di aiuto fiscali nella comunicazione sulla nozione di aiuto²⁶.

Data la centralità delle misure di *ruling* fiscale nell'ambito delle indagini aperte, nello stesso anno la Commissione ha reso pubblico un documento di lavoro (*working paper*) in materia di aiuti di Stato e *tax rulings*²⁷ che costituisce un ineludibile punto di partenza per la

Prendendo spunto dai lavori dell'OCSE e del G20 sull'erosione della base imponibile e sul trasferimento degli utili, la Commissione elaborerà un piano d'azione contenente misure a livello di UE per passare a un sistema secondo il quale il paese in cui sono generati gli utili sia anche il paese di imposizione, ivi compreso nell'economia digitale, il che richiede anche un accordo su una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società. In questo contesto, inoltre, la Commissione presenterà entro tempi brevi una proposta sullo scambio automatico di informazioni tra le autorità fiscali per quanto riguarda i *ruling* fiscali».

²⁵ Comunicazione della Commissione, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, cit., punto 8. V. anche T. LYONS, *The modernisation of EU state aid law and taxation*, in *British Tax Review*, 2014, n. 2, pp. 116. Sul rapporto tra iniziative dell'OCSE e dell'Unione europea nel settore, v. C. H. PANAYI, *The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law*, in *Bulletin for International Taxation*, nn. 1/2, 2015, pubblicato online il 27.11.2015 su www.researchgate.net.

²⁶ Cfr. Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 119 e sezz. 5.2 e 5.4. Per una breve disamina dei contenuti di tali atti, cfr. *infra* § 1.2.

²⁷ Commissione europea, DG Concorrenza, documento di lavoro interno, *Internal Working Paper On State Aid And Tax rulings – Background To The High Level Forum On State Aid Of 3 June 2016* (di seguito, “*working paper sui tax rulings*”), disponibile online all'indirizzo [web](#)

riflessione sulle decisioni emanate e un approfondimento delle linee guida fornite nella comunicazione sulla nozione di aiuto²⁸.

1.2 Cenni introduttivi sulla nozione di aiuto fiscale alla luce del più recente *acquis* nella prassi e nella giurisprudenza

Gli elementi costitutivi della nozione di aiuto nelle misure fiscali si manifestano in modo caratteristico e, di conseguenza, la prassi applicativa e l'interpretazione giurisprudenziale hanno individuato alcuni indici specifici per il riscontro di tali misure quando esse costituiscono aiuti incompatibili con il mercato ai sensi dell'art. 107 TFUE. Nelle pagine che seguono verranno brevemente esposti i criteri dell'iter logico-argomentativo seguito per l'individuazione di tali indici.

1.2.1 L'origine pubblica della misura fiscale: l'irrilevanza della forma con cui lo Stato rinuncia alle entrate

Affinché una misura fiscale sia considerata un aiuto di Stato, in primo luogo, il vantaggio deve essere concesso dallo Stato o mediante risorse statali²⁹. Perché avvenga un trasferimento di risorse statali è sufficiente che lo Stato rinunci a un'entrata per l'erario, anche solo attraverso l'assunzione di un impegno o del rischio collegato a quell'impegno³⁰. Come riconosciuto dalla Corte nel caso *Ladbroke Racing*, la nozione «comprende tutti gli strumenti pecuniari che il settore pubblico può realmente usare per sostenere imprese, a

https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf.

²⁸ Sul ruolo del *soft law* nell'approccio alle decisioni sugli aiuti fiscali alla luce dei recenti casi in materia di *ruling*, v. D. A. KYRIAZIS, *From Soft Law to Soft Law through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax rulings*, in *EStAL*, 2016, p. 431-432.

²⁹ Comunicazione del 1998, cit., punto 10.

³⁰ Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 51.

prescindere dal fatto che questi strumenti appartengano o meno permanentemente al patrimonio del suddetto settore»³¹. Anche l'influenza dominante dello Stato su risorse private può evidenziare come l'imposizione di una misura, quale un tributo parafiscale o un contributo obbligatorio, comporti il trasferimento di risorse statali³².

Da quanto richiamato è possibile concludere che il riscontro della sussistenza del presupposto di origine statale di una misura fiscale non è solitamente di ostacolo alla definizione della misura come aiuto³³. Gli aspetti più problematici si risolvono solitamente intorno al concetto di imputabilità allo Stato nella sua accezione di scelta discrezionale dello Stato di intervenire con una misura. Ad esempio, non potranno essere considerate statali le misure in cui lo Stato applica, senza esercitare alcuna scelta discrezionale, una detrazione d'imposta in applicazione della normativa dell'Unione sull'imposta sul valore aggiunto³⁴.

1.2.2 La natura “restringente” del criterio di selettività e i limiti del test per il suo riscontro

Perché una misura fiscale sia considerata un aiuto di Stato, essa deve essere selettiva con l'effetto di favorire «talune imprese o talune produzioni»³⁵. In base alla formulazione utilizzata nell'articolo 107 TFUE, il presupposto di selettività della nozione di aiuto si potrebbe definire come un elemento funzionalmente atto a restringere la nozione di vantaggio. Infatti tra le misure fiscali «soltanto quelle che concedono un vantaggio in maniera selettiva»³⁶ possono essere dichiarate aiuti

³¹ Sentenza della Corte del 16 maggio 2000, Francia/Ladbroke Racing Ltd e Commissione, C-83/98 P, EU:C:2000:248, punto 50.

³² Comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 58.

³³ Nello stesso senso, v. JAEGER, p. 1123.

³⁴ Cfr. Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 44 e 45.

³⁵ Comunicazione del 1998 punto 12.

³⁶ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 117.

incompatibili. È questo criterio “servente” che permette infatti di distinguere un vantaggio concesso alle imprese da una misura generalmente vantaggiosa³⁷. Il concetto di selettività delle misure fiscali³⁸ è tuttavia uno dei più controversi nella dogmatica della materia ed è oggetto di un dibattito molto acceso, soprattutto con riferimento alla sua crescente estensione³⁹.

L’ampiezza della casistica e degli approdi giurisprudenziali ha condotto la Commissione a riconoscere alcune classificazioni teoriche funzionali alla disamina delle misure, come ad esempio quelle che dipendono dal quadro di riferimento per il confronto, che può essere materiale o regionale⁴⁰.

La selettività regionale è una categoria dogmatica che si sviluppa proprio sulla casistica fiscale. Per selettività regionale s’intende quel principio di origine pretoria secondo cui una misura apparentemente

³⁷ Sul punto si veda ad es. JAEGER, cit., p. 1132 «*The challenge of the selectivity assessment lies in the distinction of measures that are to be regarded as involving an individual or individualizable advantage from truly general-abstract provisions with a merely factually advantageous economic effect*».

³⁸ Sul punto v. W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, in L. HANCHER et al., *EU State Aids*, cit., pp. 393-440; R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, cit., pp. 132-150; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, cit., pp. 174-452; M. HONORÉ, *Selectivity*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, cit., pp. 119-168; C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 97-152.

³⁹ Tra i contributi più recenti sul punto v. P. NICOLAIDES, *The Excessive Widening of the Concept of Selectivity*, in *EStAL*, 2017, pp. 62-72; ID.-I. E. RUSU, *The concept of selectivity: an ever wider scope*, in *EStAL*, 2012, pp. 791-803; L. PANCI, *Latest Developments in the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation*, in *EStAL*, 2018, pp. 353-367.

⁴⁰ Cfr. Comunicazione sulla nozione di aiuto, sez. 5.

selettiva, poiché applicabile soltanto a una regione o comunque a una porzione limitata di territorio nazionale, può tuttavia non costituire aiuto in presenza di determinate condizioni⁴¹. Grazie in particolare ai chiarimenti offerti dalla Corte nel caso *Azzorre*⁴², è oggi possibile riconoscere che, qualora il decentramento dei poteri in materia tributaria avvenga in modo asimmetrico e, di conseguenza, sia possibile individuare un modello impositivo generale-nazionale da cui si discosta quello selettivo-regionale, la misura non potrà dirsi a carattere selettivo in presenza di un'autonomia a) istituzionale, b) procedurale e c) economico-finanziaria dell'autorità fiscale regionale⁴³. Al contrario, qualora siano assenti i presupposti di autonomia, la misura si presume selettiva al pari di ogni misura concessa dallo Stato⁴⁴. Se invece il modello di decentramento di poteri in materia tributaria avviene in modo simmetrico, non è possibile individuare un modello impositivo generale-nazionale che possa definire il quadro di riferimento dal quale selettivamente la misura si discosta⁴⁵.

Per selettività materiale s'intende che la misura si applica solo a determinate imprese, gruppi di imprese o settori dell'economia⁴⁶. Questa definizione, ricalcando la lettera dell'articolo 107 TFUE, non offre indici di indagine sufficienti. Di conseguenza, altri indicatori sono stati elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina per l'individuazione del carattere di selettività. In particolare, una misura si definisce selettiva quando la norma fiscale che la introduce prevede

⁴¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 142-143.

⁴² Sentenza della Corte del 6 settembre 2006, Portogallo/Commissione (*Azzorre*), C-88/03, EU:C:2006:511.

⁴³ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 145-155.

⁴⁴ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 144, n. 1.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 144, n. 2.

⁴⁶ *Ibidem*, punto 120.

esplicitamente un trattamento differenziato (c.d. selettività *de iure*)⁴⁷ o quando l'effetto selettivo deriva da «condizioni o barriere imposte dagli Stati membri» (c.d. selettività *de facto*)⁴⁸.

Tendenzialmente la condizione di selettività è stata riscontrata dalla prassi e dalla giurisprudenza per il tramite del test trifasico della eccezione o discostamento dal sistema tributario generale⁴⁹. In primo luogo, il test prevede l'individuazione della regola applicabile secondo il sistema di riferimento, ad esempio guardando al presupposto impositivo della base imponibile del tributo stesso⁵⁰. In secondo luogo, il test richiede che la misura applicata si discosti dalla regola generale tanto da assurgere *prima facie* ad eccezione. Infine, occorre analizzare se la misura possa giustificarsi in base alla natura o alla struttura del sistema stesso⁵¹, ossia se discenda direttamente dai suoi principi informatori, sempre nel rispetto dei principi di proporzionalità e necessità⁵².

Il test è oggetto di ampio dibattito e offre il fianco ad alcune notazioni critiche.

In primo luogo, il test non offre soluzioni esaustive a causa della natura aperta delle categorie su cui si basa. Ad esempio, un nutrito

⁴⁷ *Ibidem*, punto 121.

⁴⁸ *Ibidem*, punto 122. Sul punto, è interessante osservare che sia il lessico utilizzato (cfr. «barriere») sia la logica della misura ricordano il funzionamento argomentativo delle misure a effetto equivalente nell'ambito del diritto delle libertà di circolazione.

⁴⁹ Comunicazione del 1998, punto 16. V. H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, cit., pp. 133-144; per un'analisi della giurisprudenza recente sul test trifasico, J. L. BUENDIA SIERRA, *Finding Selectivity or the Art of Comparison*, in *EStAL*, 2018, pp. 85-92.

⁵⁰ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 134.

⁵¹ Sentenza Italia/Commissione, cit.

⁵² Cfr. sentenza *Paint graphos*, cit., punto 75. Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 140.

dibattito si è aperto in materia di individuazione del sistema generale di riferimento. A tal fine, il consolidato orientamento sul punto richiede di definire l'obiettivo dell'imposta e, coerentemente a questo, il campo di applicazione dell'imposta⁵³, mentre l'eccezione viene determinata sulla base del raffronto tra la situazione dei beneficiari della misura e «gli operatori economici che, rispetto agli obiettivi intrinseci del sistema, si trovano in una situazione di fatto e di diritto analoga»⁵⁴. Queste definizioni sono ampie e necessitano di essere riempite di contenuto attraverso il *distinguishing* giurisprudenziale. Ciò comporta necessariamente che l'interpretazione della norma segua l'evoluzione degli orientamenti e, di conseguenza, che vi sia un alto grado di incertezza per gli operatori del settore.

In secondo luogo, non è chiaro fino a dove l'indagine su queste nozioni "aperte" debba spingersi, ad esempio in tema di giustificabilità dell'eccezione. Il riscontro di principi intrinseci al sistema (come la necessità di combattere la frode fiscale o la progressività delle imposte sui redditi⁵⁵) in grado di giustificarne anche le deroghe e la distinzione di questi dalle ragioni estranee al sistema (ad esempio, obiettivi di carattere sociale⁵⁶) sono criteri che impongono un'analisi complessa e dagli esiti potenzialmente arbitrari a causa della presenza di una molteplicità di fattori che si integrano nelle scelte impositive e, più in generale, nell'ordinamento degli Stati membri. Ad esempio, si ritiene compatibile con il mercato interno la misura che mira ad esentare dall'imposta sugli utili le imprese senza scopo di lucro se esse

⁵³ Comunicazione sulla nozione di aiuto, 133

⁵⁴ *Ibidem*, punto 128. K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., p. 79.

⁵⁵ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 139.

⁵⁶ Cfr. Comunicazione del 1998, punto 26.

effettivamente non generano utili⁵⁷. Tuttavia si potrebbe sostenere che, dal punto di vista strettamente fiscale, non ha senso ammettere nel proprio ordinamento imprese che non generano utili. Solo altre finalità legittimano l'esistenza nell'ordinamento di un'impresa che non produce utili. La difficoltà sta dunque nel considerare fin dove un principio può dirsi intrinseco o estrinseco al sistema. Difficoltà che deriva anche da un'impostazione dogmatica non necessariamente identica nei vari ordinamenti⁵⁸.

In terzo luogo, i tre passaggi del test costituiscono una mera astrazione. La definizione del sistema di riferimento, dell'eccezione e della giustificazione sono, in concreto, operazioni logiche che necessariamente si condizionano e si sovrappongono tra loro. Prendiamo ad esempio la differenza tra i primi due passaggi. Definire il sistema di riferimento implica l'individuazione di un obiettivo dell'imposta e, coerentemente a questo, del suo campo di applicazione⁵⁹. Al contempo, non sussiste alcuna deroga o eccezione al sistema se le imprese si trovano, rispetto all'obiettivo intrinseco del sistema, in una situazione di fatto e di diritto diversa⁶⁰. Entrambe le operazioni, a ben vedere, mirano a identificare un campo di applicazione coerente all'obiettivo del sistema. Dunque i passaggi rischiano in realtà di nascondere una tautologia o, *rectius*, di suddividere un ragionamento in fasi che in realtà si ripetono e condizionano reciprocamente. Questa confusione si riverbera sul lessico della prassi e della giurisprudenza, confondendo i piani degli

⁵⁷ *Ibidem*, punto 25.

⁵⁸ Ad esempio, per un approfondimento sulla diversità nella nozione di "intrinseco" al sistema fiscale tra ordinamento statunitense e austriaco v. T. JAEGER, *Tax Measures*, cit., pp. 1114-1115.

⁵⁹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, 133

⁶⁰ *Ibidem*, 135.

obiettivi del sistema (di riferimento) e degli obiettivi della misura (di aiuto, ossia l'eccezione al sistema)⁶¹.

Infine, il test risulta insoddisfacente poiché non può applicarsi ad ogni circostanza. Se inizialmente il test trifasico appariva il più consono all'individuazione del presupposto di selettività della misura⁶², l'evoluzione giurisprudenziale ha messo in luce come la tecnica legislativa possa produrre "eccezioni" sotto diverse forme.

Una prima dimostrazione sta nel fatto che una misura di aiuto può essere conferita tramite la delimitazione del campo di applicazione del sistema di riferimento stesso⁶³. In questi casi, il test da utilizzare pone l'accento sulla coerenza dell'obiettivo e della logica di sistema. Ciò è avvenuto ad esempio nel caso *Gibilterra*⁶⁴, quando la logica incoerente del sistema ha tradito un obiettivo surrettizio, ossia la volontà di beneficiare una categoria non casuale di imprese.

Una seconda dimostrazione è data dalla possibilità che la misura sia conferita per il tramite non della definizione di un'eccezione bensì attraverso la concessione di ampi margini di valutazione discrezionale alle autorità amministrative⁶⁵. Solo l'applicazione di criteri oggettivi,

⁶¹ Sul punto v. ad es. P. NICOLAIDES, *The Definition of the Reference Tax System Is Still a Puzzle*, in *EStAL*, 2018, pp. 419-427; R. CISOTTA, cit., p. 135, nota a piè di pagina n. 32; K. BACON, *The Definition of State Aid*, in *European Union Law of State Aid*, cit., p. 71.

⁶² Cfr. Comunicazione del 1998 punto 16: «[i]l principale criterio per applicare l'articolo [107], paragrafo 1, ad una misura fiscale è dunque il fatto che tale misura instauri, a favore di talune imprese dello Stato membro, un'eccezione all'applicazione del sistema tributario».

⁶³ Cfr. Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 129-131.

⁶⁴ Sentenza *Gibilterra* (C-106/09 P e C-107/09 P), cit., punti 101-106.

⁶⁵ Comunicazione sulla nozione di aiuto, sez 5.2.2. e comunicazione del 1998 punti 21-22. V. anche R. CISOTTA, cit., pp. 131-132; e K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., p. 75.

non discriminatori e noti in anticipo può contrastare un utilizzo arbitrario del potere in senso discriminatorio⁶⁶.

1.2.3 La natura autonoma del presupposto del vantaggio di una misura di aiuto fiscale

Perché una misura fiscale sia considerata un aiuto di Stato la misura deve conferire ai beneficiari un vantaggio che alleggerisca gli oneri fiscali normalmente gravanti sul loro bilancio⁶⁷. Benché, come esplicitamente disposto dall'art. 107 TFUE, non importi quale forma questo vantaggio assuma, la Commissione ha stilato un elenco esemplificativo e non esaustivo di tipologie di misure, tra cui ad esempio riduzioni della base imponibile (deduzione derogatoria, ammortamento straordinario o accelerato, iscrizione di riserve in bilancio, ecc.), riduzioni totali o parziali dell'ammontare dell'imposta (esenzione, credito d'imposta, ecc.), differimenti, annullamenti o rinegoziazioni eccezionali del debito⁶⁸.

Inizialmente, l'unica questione sollevata da questo presupposto era l'assenza di un trasferimento di risorse statali. Si sosteneva infatti che lo Stato, con le misure fiscali, passivamente rinunciava ad un'entrata per l'erario senza concedere attivamente un vantaggio. A seguito dei chiarimenti offerti dalla prassi e dalla giurisprudenza con riferimento all'origine pubblica dell'aiuto, l'analisi dell'elemento costitutivo del vantaggio nella nozione di aiuto fiscale è stata spesso trascurata. In parte ciò si spiega in considerazione del riconoscimento della potestà impositiva nazionale. È noto infatti che, in assenza di armonizzazione, gli Stati membri sono liberi di garantire vantaggi

⁶⁶ Sul punto cfr. anche *infra* § 2.2.4.

⁶⁷ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 68. Comunicazione del 1998, punto 9;

⁶⁸ *Ibidem*.

fiscali⁶⁹. Di conseguenza, l'analisi si è concentrata non sulla prova del beneficio erogato ma sui profili di disparità nel trattamento di situazioni giuridiche comparabili. In particolare, due sono gli aspetti che oggi incidono sul pieno riconoscimento dell'autonomia del presupposto del vantaggio nelle misure di aiuto fiscali.

In primo luogo, il presupposto del vantaggio è stato spesso confuso con quello della selettività della misura. La commistione si spiega in quanto la nozione di vantaggio presuppone intrinsecamente il raffronto tra situazioni differenti e il riscontro di un privilegio. Tuttavia la Corte ha chiarito nel caso *MOL* che «il requisito della selettività derivante dall'articolo 107, paragrafo 1, TFUE deve essere chiaramente distinto dall'individuazione concomitante di un vantaggio economico»⁷⁰. In particolare, mentre il criterio di selettività implica un raffronto tra le situazioni di fatto e giuridiche di soggetti distinti ma comparabili, il vantaggio implica un «raffronto tra la situazione finanziaria in cui l'impresa si trova in seguito alla misura e quella in cui essa si troverebbe in assenza della misura»⁷¹. Si potrebbe affermare dunque che il secondo raffronto deve essere effettuato sul piano diacronico-ipotetico. Tali considerazioni sono anche di conforto alla teoria della funzione “restringente” della selettività⁷². In ossequio a questa consolidata interpretazione del trattato, anche nella giurisprudenza, nelle decisioni e nelle linee guida della Commissione l'elemento del vantaggio e quello della selettività vengono analizzati separatamente.

⁶⁹ C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., p. 101.

⁷⁰ Sentenza della Corte del 4 giugno 2015, Commissione/*MOL* (di seguito, “sentenza *MOL*”), C-15/14 P, EU:C:2015:362, punto 59.

⁷¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 67.

⁷² Cfr *supra* § 1.2.2.

Senonché anche il ragionamento inverso è stato avallato dalla giurisprudenza. Nella stessa sentenza, dopo aver riconosciuto che occorre separare l'elemento del vantaggio e l'elemento della selettività, la Corte sostiene, in modo del tutto controintuitivo, che in linea di principio è legittimo presumere che una misura individuale di vantaggio sia anche selettiva⁷³. Questa presunzione, che introduce una tecnica interpretativa non felice sotto il profilo della certezza del diritto, contribuisce ad alimentare il dibattito sull'analisi della definizione di aiuto⁷⁴. Della sua esistenza in concreto è lecito dubitare non solo perché contraddice un consolidato orientamento interpretativo⁷⁵ ma anche in considerazione dell'atteggiamento di cautela generalmente riservato dalla giurisprudenza alla forma delle misure, che può ingenerare false apparenze. Ad esempio, se una misura apparentemente generale non può considerarsi necessariamente priva del carattere di selettività nonostante l'elevato numero dei soggetti cui si indirizza⁷⁶, così anche una misura individuale può costituire mera applicazione di un regime generalmente applicabile.

In secondo luogo, come già richiamato⁷⁷, secondo il MEOP le operazioni economiche effettuate dallo Stato membro non conferiscono un vantaggio alle controparti se sono svolte alle normali condizioni di

⁷³ Sentenza *MOL*, cit., punto 60.

⁷⁴ Cfr. *infra* § 2.2.1.

⁷⁵ In tal senso, v. J. L. BUENDIA SIERRA, *Finding Selectivity or the Art of Comparison*, cit., p. 92: «*the Commission can no longer assume the presence of selectivity in a fiscal measure without proving first that similar situations are being treated differently. Moreover, the similarity or dissimilarity of situations has to be examined not only from a legal perspective, but also from a factual one*».

⁷⁶ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 118.

⁷⁷ Cfr. *supra* cap II, § 1.1.

mercato⁷⁸. Pertanto secondo un consolidato orientamento occorre applicare il MEOP senza dare rilievo a considerazioni che derivano esclusivamente dal ruolo dello Stato membro come pubblica autorità⁷⁹. Nel settore fiscale, questa operazione risultava tuttavia particolarmente difficile, in considerazione della presunzione secondo cui lo Stato esercita la pubblica autorità ogniqualvolta si serve della potestà impositiva. Sul punto è però intervenuta la giurisprudenza *EDF*, riconoscendo che uno Stato, ad esempio nella veste di investitore, può effettivamente utilizzare lo strumento fiscale così come un operatore a condizioni di mercato farebbe con gli strumenti a sua disposizione⁸⁰. Tuttavia, tale opzione è ammessa solo nel caso in cui ad essere oggetto di investimento sia il credito fiscale. Infatti solo le entrate e non le norme fiscali possono formare uno strumento d'investimento⁸¹.

In sintesi, anche nel settore fiscale, la valutazione della sussistenza di un vantaggio dovrebbe basarsi sull'analisi della presenza di un beneficio economico concesso a una o più imprese e tale analisi deve presentare due caratteristiche: a) essere autonoma rispetto alla valutazione della selettività e b) essere effettuata indipendentemente dai fini che lo Stato persegue nell'interesse generale.

1.2.4 La distorsione del mercato alla luce dell'effetto delle misure fiscali sui costi di funzionamento

Per poter essere considerata un aiuto di Stato, anche la misura fiscale deve almeno potenzialmente falsare la concorrenza e incidere sugli scambi tra Stati membri⁸². Secondo una giurisprudenza costante,

⁷⁸ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 74.

⁷⁹ *Ibidem*, punto 77 e giurisprudenza citata.

⁸⁰ Sentenza *EDF*, cit., punti 79-92.

⁸¹ V. T. JAEGER, *Tax Measures*, cit., p. 1152.

⁸² Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 185.

la condizione dell'incidenza sugli scambi è soddisfatta se l'impresa beneficiaria svolge un'attività economica in concorrenza che dà luogo a scambi tra gli Stati membri. Il semplice fatto che l'aiuto rafforzi la posizione dell'impresa, anche in modo esiguo, rispetto ad altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari permette di concludere che l'aiuto incide sugli scambi⁸³.

È stato fatto notare in dottrina⁸⁴ che le misure fiscali concesse su base regolare o ricorrente hanno la capacità di alleviare i costi di funzionamento delle imprese influenzandone l'offerta e i prezzi. Di conseguenza questo tipo di aiuti al funzionamento sono considerati intrinsecamente distorsivi della concorrenza⁸⁵.

Tale orientamento, confermato anche dalla giurisprudenza più recente⁸⁶, amplia il novero delle presunzioni sulle quali la Commissione può fare affidamento ai fini dell'onere della prova.

2. Aiuti di Stato e proprietà intellettuale nelle decisioni contro i *tax rulings*

A seguito di uno scandalo giornalistico che ha suscitato molte domande nell'opinione pubblica⁸⁷, dal giugno 2013 la Commissione ha

⁸³ Comunicazione del 1998, punto 11.

⁸⁴ T. JAEGER, p. 1158.

⁸⁵ Cfr. sentenza Germania/Commissione (C-288/96), cit., punto 77. Sugli aiuti al funzionamento, cfr. l'approfondimento *supra*, cap. I, § 2.1.

⁸⁶ Sentenza *FIAT*, punto 390.

⁸⁷ Si tratta del c.d. scandalo "*LuxLeaks*". V. ad es. K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid: Examining the European Commission's Recent State Aid Decisions*, in *Houston Business and Tax Law Journal*, vol. XVIII, 2018, p. 5; T. KRMEK, *EU Tax Probe, State Aid & the Case of Amazon*, in *Business Entrepreneurship & Tax Law Review*, 2017, p. 43.

utilizzato i suoi poteri procedurali⁸⁸ al fine di aprire indagini per violazione delle norme in materia di aiuti di Stato e contemporaneamente ottenere trasparenza nel settore dei *ruling* fiscali alle imprese⁸⁹. Se le prime indagini riguardavano aiuti individuali, nel dicembre 2014 la Commissione ha esteso il campo d'indagine ai *ruling* di tutti gli Stati membri⁹⁰. Le indagini della Commissione in materia di *tax ruling* costituiscono uno degli sviluppi della materia tra i più prolifici e controversi⁹¹.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito, anche "regolamento di procedura"), GU L 248, 24.9.2015, p. 9–29.

⁸⁹ Sul punto, si veda la pagina web dedicata della Commissione http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html.

⁹⁰ Cfr. il comunicato stampa IP/14/2742, *State aid: Commission extends information enquiry on tax rulings practice to all Member States*, 17.12.2014, disponibile online all'indirizzo web https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2742_en.htm.

⁹¹ Si vedano L. LOVDAHL GORMSEN, *European State aid and tax rulings*, EE, 2019; A. ARENA, *The Commission's decisions on tax rulings before the CJEU: untangling the legal conundrums of a recent trend in fiscal aids*, in R. MASTROIANNI-A. ARENA, *60 years of EU competition law: Stocktaking and Future Prospects*, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 227-251; G. ALLEVATO, *The Commission's State aid decisions on advantage tax rulings: criticisms and potential impact on the future of direct taxation within the European Union*, in J. M. ALMUDÍ-J.A. FERRERAS GUTIÉRREZ-P. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA *Combating Tax Avoidance in the European Union: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 483-495; P. ROSSI-MACCANICO, *A proposed framework to review tax rulings under State aid rules*, in W. HASLEHNER-G. KOFLER-A. RUST, *EU tax law and policy in the 21st century*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 69-80; G. GARCÍA-ALVAREZ, *Los "tax rulings" como ayuda de Estado: control comunitario de los acuerdos entre administración y contribuyentes*, in *Revista española de derecho administrativo*, 2017, pp. 13-46; J. BLUMENBERG, *Tax rulings und unionsrechtliches Beihilfeverbot*, in J. LÜDICKE-A. SCHNITGER-C. SPENGLER, *Besteuerung internationaler Unternehmen: Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag*, C. H. Beck, 2016,

La normativa dell'Unione non offriva⁹² una nozione giuridica di *ruling* fiscale, ma la prassi amministrativa e la giurisprudenza hanno elaborato il concetto tenendo conto dell'accezione che l'istituto ha assunto sul piano internazionale e, in particolare, nel contesto delle

pp. 17-29; C. QUIGLEY, *Differential tax treatment, tax rulings and EU State aid law*, in R. DANON, *Base erosion and profit shifting (BEPS)*, Schulthess, 2016, pp. 457-473; R. H. C. LUJA, *State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 111-131; M. GREGGI, *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 817-821; G. GIUSEPPE, *Tax rulings in the field of State aid: Italian procedures and perspectives*, in *Rivista di diritto tributario internazionale* 2018, pp. 171-200; C. A. T. PETERS, *Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht*, in *Weekblad fiscaal recht*, 2017, pp. 547-555; 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 *State aid law and business taxation*, 2016, pp. 185-194; A. TAFERNER, *Tax rulings: in line with OECD Transfer Pricing Guidelines, but contrary to EU State aid rules?*, in *European taxation*, 2016, n. 4, pp. 134-144; H. BUELENS-P. JANSEN, *Tax rulings in Nederland: much ado about nothing of verboden staatssteun? Het onderzoek naar Starbucks juridisch geduid*, in *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2015, n. 3, pp. 72-80; K. S. DESAI, *A development in State aid practice: tax rulings and settlements become a focus of attention*, in *European competition law review*, 2014, pp. 575-580; T.H.J. VERHAGEN, *State aid and tax rulings: an assessment of the selectivity criterion of Article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decisions*, in *European taxation*, 2017, n. 7, pp. 279-287; M. MEROLA, *Overview of the Principal Developments in State Aid Policy and Case Law (2016–17)*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2, 2017, pp. 49-84; L. PANCI, *Latest Developments in the Interpretation of the Concept of Selectivity*, cit.

⁹² Cfr. *infra*, § 3.3.

linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento⁹³ e sulla concorrenza fiscale dannosa⁹⁴.

Per *ruling* fiscale s'intende una procedura, più o meno formalizzata, mirante all'emissione di una decisione anticipata di natura fiscale con cui le autorità nazionali offrono chiarimenti riguardo la metodologia di calcolo delle imposte applicabile in una serie di circostanze. Benché la procedura possa applicarsi ad ogni tipo di imposta, i casi in oggetto hanno riguardato principalmente le imposte sui redditi delle imprese⁹⁵. I *ruling* di cui la Commissione si è occupata in questi anni sono costituiti da *advance pricing agreements* (di seguito, anche *APA*), ossia accordi che stabiliscono una serie di criteri (come ad esempio il metodo, le approssimazioni e le presunzioni relative ad eventi futuri) idonei alla determinazione delle imposte applicabili a operazioni sui prezzi di trasferimento tra imprese sottoposte al controllo di una società madre in un determinato lasso di tempo. Tali accordi vengono definiti unilaterali quando coinvolgono un ente e un'impresa o multilaterali quando coinvolgono più enti⁹⁶.

Un *APA* si distingue da un *ruling* tradizionale per una serie di ragioni. In primo luogo, se il *ruling* richiede che l'amministrazione offra un chiarimento relativo a questioni giuridiche, l'*APA* comporta

⁹³ OCSE, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* (di seguito, "linee guida OCSE 2017"), OECD Publishing, Parigi.

⁹⁴ Rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa, cit.

⁹⁵ V. R. LUJA, *EU State Aid Law and National Tax rulings – In-Depth Analysis for the TAXE Special Committee*, IP/A/TAXE/2015-02, 2015, p. 6, disponibile online [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563453/IPOL_IDA\(2015\)563453_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563453/IPOL_IDA(2015)563453_EN.pdf).

⁹⁶ Cfr. anche il glossario OCSE, disponibile online all'indirizzo web www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm.

anche un'analisi più approfondita dei fatti alla base delle valutazioni sul metodo. I fatti oggetto d'indagine possono anche riguardare tutto l'operato del gruppo sul piano internazionale. In secondo luogo, l'APA riguarda la metodologia utilizzata per stabilire il calcolo dell'imposta in considerazione dei prezzi di trasferimento, che impongono l'esistenza di un gruppo di imprese a carattere multinazionale. In terzo luogo, la cooperazione e la negoziazione tra le imprese e l'amministrazione coinvolte è fondamentale al fine di ottenere le informazioni necessarie e l'accordo sulla metodologia applicabile⁹⁷. Di conseguenza, gli APA comportano in genere un margine di valutazione discrezionale più ampio⁹⁸.

Già in passato la Commissione aveva ritenuto opportuno sottolineare che i *ruling* costituiscono strumenti utili e legittimi nel diritto dell'Unione fintantoché essi forniscono chiarimenti alle imprese sull'interpretazione del regime fiscale loro applicabile. Tali strumenti possono tuttavia costituire mezzi di conferimento di un vantaggio laddove la discrezionalità amministrativa supera il piano dell'interpretazione consentendo alle autorità di discostarsi dal regime fiscale generalmente applicabile e garantire un regime di favore per una o più imprese⁹⁹. La natura individuale, discrezionale, negoziale e tendenzialmente non trasparente degli APA può indurre a un utilizzo dello strumento abusivo e idoneo al conferimento di un aiuto di Stato.

⁹⁷ Linee guida OCSE 2017, cit., punti 4.143-4.147, pp. 216-218; A. GUNN, J. LUTS *Tax rulings, APAs and State Aid: Legal Issues*, in *EC Tax Review*, 2015, n. 2, p. 122.

⁹⁸ Sul ruolo crescente della discrezionalità in questa disciplina, cfr. *infra* § 2.3.1. Alla luce del fatto che alcune delle decisioni della Commissione riguardano veri e propri APA mentre altre si applicano alla prassi dei *ruling* in senso lato, di seguito per praticità si utilizzerà il termine generico di “*ruling*” o “*tax ruling*”.

⁹⁹ Comunicazione del 1998, punto 22.

2.1 Il trasferimento dei DPI quale strumento di distorsione della libera concorrenza nel mercato interno ad opera delle società multinazionali

I *ruling* possono essere impiegati nell'analisi delle prassi di trasferimento degli utili delle società multinazionali. Questo genere di operazioni è particolarmente complesso da analizzare dal punto di vista fiscale. Con i *ruling* gli Stati hanno tentato di offrire, in anticipo e su richiesta, chiarezza alle imprese.

Benché i *ruling* siano utilizzati per dirimere questioni giuridiche e fiscali legate a varie fattispecie come la mancanza di corrispondenza tra ordinamenti giuridici dei diversi Stati o l'imposizione tributaria sugli utili derivanti da partecipazioni azionarie, l'ambito di applicazione che risulta più problematico dal punto di vista del diritto sugli aiuti di Stato è quello dei prezzi di trasferimento (c.d. *transfer pricing*). L'espressione definisce l'operazione che mira ad individuare un prezzo per il trasferimento della proprietà di beni o servizi tra società appartenenti allo stesso gruppo multinazionale¹⁰⁰. Le società

¹⁰⁰ Sulla definizione di “*transfer pricing*” nel contesto del diritto e delle politiche dell'Unione europea cfr. la pagina dedicata sul sito della Commissione all'indirizzo https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context_en. Ai fini delle indagini sugli aiuti di Stato, la Commissione descrive così il fenomeno: «*Transfer pricing refers in this context to the prices charged for commercial transactions between various parts of the same corporate group, in particular prices set for goods sold or services provided by one subsidiary of a corporate group to another subsidiary of that same group. The prices set for those transactions and the resulting amounts calculated on the basis of those prices contribute to increase the profits of one subsidiary and decrease the profits of the other subsidiary for tax purposes, and therefore contribute to determine the taxable basis of both entities. Transfer pricing thus also concerns profit allocation between different parts of the same corporate group*” (decisione C(2014) 3606 della

multinazionali possono sfruttare abusivamente l'occasione della vendita infragruppo per ridurre la loro base imponibile in Paesi ad alto livello di tassazione e aumentarla in Paesi con bassi livelli di tassazione (c.d. fenomeno di erosione della base imponibile e trasferimento degli utili o *base erosion and profit shifting, BEPS*). Poiché le società si trovano sotto il medesimo controllo, è possibile trasferire questo valore economico individuando un prezzo non “congruo” o “di mercato” per la vendita.

Oggetto privilegiato nella prassi dei prezzi di trasferimento è l'attivo immateriale e in particolare il DPI. La Commissione ritiene che ammonti al 70%, rispetto al totale della tassazione d'impresa nell'Unione, la quota del trasferimento di utili dovuta ai prezzi di trasferimento e all'allocazione strategica della proprietà intellettuale¹⁰¹.

Come sottolineato anche dall'OCSE¹⁰², beni come i brevetti, i marchi, i segreti industriali, ed altri prodotti dell'ingegno costituiscono, per loro stessa natura, l'attivo ideale per attuare strategie di elusione fiscale attraverso i prezzi di trasferimento. In primo luogo, il trasferimento di questi attivi solleva questioni complesse in relazione all'identificazione del bene, poiché non tutti gli ordinamenti li classificano allo stesso modo o riservano loro lo stesso trattamento giuridico¹⁰³. In secondo luogo, la valutazione del loro valore economico può risultare particolarmente complessa data la loro unicità o difficoltà

Commissione, dell'11 giugno 2014, aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN), Presunto aiuto di Stato in favore di Apple, GU C 369, 17.10.2014, p. 22, punto 7).

¹⁰¹ Dati estratti dalla documentazione informativa della DG TAXUD della Commissione europea, disponibile online all'indirizzo web https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/ctr_factsheet2016.pdf.

¹⁰² Linee guida OCSE 2017, cit., cap. VI, pp. 247-259.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 386.

di comparazione¹⁰⁴. In terzo luogo, il costo di gestione e di trasferimento infragruppo del bene è molto limitato rispetto ad altre tipologie di attivi. Di conseguenza, i prezzi di trasferimento non congrui al valore di mercato possono condurre alla generazione di un immenso valore economico per la multinazionale grazie all'abbattimento dell'onere fiscale complessivo a suo carico.

Al fine di contrastare il fenomeno elusivo, la comunità internazionale e l'OCSE in particolare hanno sviluppato un principio atto all'individuazione del valore normale che il prezzo di trasferimento dovrebbe rispecchiare in un regime di libera concorrenza, definito col nome di *arm's length principle*¹⁰⁵. Il principio prevede che le autorità considerino, a fini fiscali, non la base imponibile dell'operazione ma quella che l'operazione avrebbe prodotto qualora essa si fosse conclusa tra due imprese indipendenti, dunque non appartenenti allo stesso gruppo. Il test comporta quindi che il prezzo sia rettificato in astratto al valore di mercato. L'operazione risulta particolarmente complessa in quanto, per alcuni tipi di beni e tra essi in particolar modo i DPI, non è possibile stabilire agevolmente e oggettivamente un prezzo di mercato.

Gli standard internazionali si sono resi necessari a seguito della crescita di fenomeni come la globalizzazione delle imprese, la mobilità del capitale e la rimozione delle barriere al commercio. I prezzi di trasferimento rappresentano uno dei più difficili ambiti di applicazione del diritto fiscale e costituiscono al contempo uno strumento molto utile per

¹⁰⁴ Sul punto, si veda ad es. T. S. NEUBIG-S. WUNSCH-VINCENT, *A missing link in the analysis of global value chains: cross-border flows of intangible assets, taxation and related measurement implications*, in *WIPO Economic Research Working Paper*, n. 37, novembre 2017, disponibile online all'indirizzo web www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_37.pdf.

¹⁰⁵ Cfr. OCSE, *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, 2017 (di seguito, "modello di convenzione OCSE 2017"), OECD Publishing, Parigi, art. 9.

l'elusione da parte delle imprese multinazionali e un mezzo certo per l'aumento del gettito fiscale e l'occupazione dal punto di vista governativo¹⁰⁶. Questo scenario ha infatti reso possibile non solo per le società multinazionali effettuare scelte di *arbitrage* ma anche per gli Stati attrarre investimenti delineando regimi fiscali favorevoli che, in ultima analisi, risultano in pratiche di concorrenza fiscale dannosa.

Come si anticipava, dal 2013 la Commissione ha indagato su singoli *ruling* fiscali o sui *ruling* concessi nell'ambito dei regimi fiscali degli Stati membri ai sensi delle norme dell'UE in materia di aiuti di Stato. Nel dicembre 2014 ha esteso questa inchiesta per ottenere informazioni da tutti gli Stati membri.

Nell'ottobre 2015 la Commissione ha concluso che il Lussemburgo e i Paesi Bassi avevano concesso vantaggi fiscali selettivi rispettivamente a Fiat¹⁰⁷ e Starbucks¹⁰⁸. A seguito di tali decisioni, il Lussemburgo ha recuperato € 23,1 milioni dalla Fiat e i Paesi Bassi hanno recuperato € 25,7 milioni da Starbucks. Le decisioni sono state oggetto di 5 ricorsi per annullamento sui quali il Tribunale si è recentemente pronunciato¹⁰⁹.

Nel gennaio 2016, la Commissione ha concluso che i vantaggi fiscali selettivi concessi dal Belgio ad almeno 35 multinazionali, principalmente dall'UE, ai sensi dei *ruling* fiscali «in eccesso di profitto» sono illegali ai

¹⁰⁶ J. BOGOVAC, *Illegal State Aid in Taxation and Possible Consequences for the Croatian Tax Administration*, in *Croatian Academic Legal Science Yearbook*, 2016, pp. 261 e 266-267.

¹⁰⁷ Decisione (UE) 2016/2326, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) che il Lussemburgo ha concesso a FIAT (di seguito "decisione definitiva FIAT") (GU L 351, 22.12.2016, pp. 1-67).

¹⁰⁸ Decisione (UE) 2017/502, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) attuato dai Paesi Bassi per Starbucks (di seguito, "decisione definitiva Starbucks") (GU L 83, 29.3.2017, pp. 38-115).

¹⁰⁹ Sentenza *Starbucks* e sentenza *FIAT*, citt.

sensi delle norme dell'UE in materia di aiuti di Stato¹¹⁰. La decisione è stata oggetto di 29 ricorsi per annullamento e una questione preliminare¹¹¹. Il 14 febbraio 2019, il Tribunale dell'Unione europea ha annullato la decisione della Commissione¹¹² sulla base della constatazione che non era il regime belga ad essere incompatibile con il mercato bensì le singole decisioni amministrative dei *ruling* concessi in applicazione di quel regime¹¹³.

Nell'agosto 2016 la Commissione ha concluso che l'Irlanda ha concesso indebite agevolazioni fiscali ad Apple¹¹⁴. La Commissione aveva anche introdotto contro l'Irlanda un ricorso per inadempimento, successivamente ritirato¹¹⁵, e l'Irlanda ha recuperato circa 14,3 miliardi di euro. Contro la decisione sono stati introdotti 2 ricorsi per annullamento¹¹⁶. La Corte ha recentemente confermato l'ordinanza del Tribunale che rigetta

¹¹⁰ Decisione (UE) 2016/1699, dell'11 gennaio 2016, relativa al regime di aiuti di Stato sulle esenzioni degli utili in eccesso SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) cui il Belgio ha dato esecuzione (di seguito, “decisione definitiva *Belgian Excess Profit Scheme*”) (GU L 260, 27.9.2016, pp. 61-103).

¹¹¹ Si vedano i ricorsi nelle cause T-444/16; T-131/16; T-681/16; T-370/16; T-263/16; T-373/16; T-278/16; T-858/16; T-265/16 ; T-321/16; T-319/16; T-311/16; T-335/16; T-369/16; T-363/16; T-350/16; T-343/16; T-324/16; T-371/16; T-388/16; T-420/16; T-467/16; T-357/16; T-201/16; T-351/16; T-637/16; T-800/16; C-318/18; T-832/16; T-867/16.

¹¹² Sentenza del Tribunale del 14 febbraio 2019, Belgio / Commissione (di seguito, “sentenza *Belgian Excess Profit Scheme*”), T-131/16 e T-263/16, EU:T:2019:91.

¹¹³ Sul punto, cfr. *amplius infra*, § 2.2.4.

¹¹⁴ Decisione (UE) 2017/1283 della Commissione, del 30 agosto 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) concesso dall'Irlanda ad Apple (di seguito, “decisione definitiva Apple”) (GU L 187, 19.7.2017, pp. 1-110).

¹¹⁵ Ordine del Tribunale dell'8 novembre 2018, Commissione / Irlanda, C-678/17, EU:C:2018:927.

¹¹⁶ Si vedano i ricorsi nelle cause T-778/16 e T-892/16.

l'intervento in adesione degli Stati Uniti d'America nel ricorso per inadempimento introdotto dalle imprese coinvolte¹¹⁷.

Nell'ottobre 2017, la Commissione ha concluso che il Lussemburgo ha concesso indebite agevolazioni fiscali ad Amazon¹¹⁸, il che ha portato a un recupero da parte del Lussemburgo di 282,7 milioni di euro. Contro la decisione sono stati introdotti 2 ricorsi per annullamento¹¹⁹.

Nel giugno 2018 la Commissione ha concluso che il Lussemburgo ha concesso indebite agevolazioni fiscali a Engie per circa 120 milioni di euro¹²⁰. La procedura di recupero è ancora in corso. Contro la decisione sono stati introdotti 2 ricorsi per annullamento¹²¹.

Nel settembre 2018, la Commissione ha riscontrato che la mancata tassazione di alcuni profitti di McDonald's in Lussemburgo non ha comportato aiuti di Stato illegali, poiché è in linea con le leggi fiscali nazionali e il Trattato di doppia imposizione lussemburghese¹²².

Nel dicembre 2018, la Commissione ha concluso che Gibilterra ha concesso indebite agevolazioni fiscali per circa 100 milioni di euro a diverse società multinazionali, attraverso un regime di esenzione

¹¹⁷ Ordinanza della Corte, del 17 maggio 2018, Stati Uniti d'America e al. / Commissione, C-12/28 P(I), EU:C:2018:330.

¹¹⁸ Decisione (UE) 2018/859 della Commissione, del 4 ottobre 2017, relativa all'aiuto di Stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014./NN) relativa cui il Lussemburgo avrebbe dato esecuzione a favore di Amazon (di seguito, "decisione definitiva Amazon") (GU L 153, 15.6.2018, pp. 1-143).

¹¹⁹ Si vedano i ricorsi nelle cause T-816/17 e T-318/18.

¹²⁰ Decisione (UE) 2019/421 della Commissione, del 20 giugno 2018, relativa all'aiuto di Stato SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Engie (GU L 78, 20.3.2019, pp. 1-62).

¹²¹ Si vedano i ricorsi nelle cause T-525/18 e T-516/18.

¹²² Decisione (UE) 2019/1252 della Commissione, del 19 settembre 2018, relativa ai ruling fiscali SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) concessi dal Lussemburgo a McDonald's Europe (di seguito, "decisione definitiva *McDonald's*"), (GU L 195, 23.7.2019, pp. 20-39).

dall'imposta sulle società e cinque *ruling* fiscali¹²³. La procedura di recupero è in corso. Contro la decisione sono stati introdotti 3 ricorsi per annullamento¹²⁴.

Nell'aprile 2019, la Commissione ha concluso che il regime fiscale del Regno Unito sulle società straniere controllate (*Controlled Foreign Company, CFC*) è incompatibile con il mercato interno laddove esenta alcuni gruppi multinazionali dalle norme antielusione e compatibile fintantoché assicura l'adeguatezza e l'efficacia della normativa applicabile¹²⁵. La procedura di recupero è in corso. Contro la decisione sono stati introdotti 18 ricorsi per annullamento¹²⁶.

Sono inoltre in corso due approfondite indagini sui *ruling* fiscali emessi dai Paesi Bassi a favore di IKEA¹²⁷ e Nike¹²⁸ e un'indagine sui

¹²³ Decisione (UE) 2019/700 della Commissione, del 19 dicembre 2018, relativa all'aiuto di stato SA.34914 (2013/C) attuato dal Regno Unito in relazione al regime di tassazione delle imprese a Gibilterra (di seguito, “decisione definitiva *Gibilterra*”) (GU L 119, 7.5.2019, pp. 151-201).

¹²⁴ Si vedano i ricorsi nelle cause T-783/16, T-508/19 e T-241/19.

¹²⁵ Decisione (UE) 2019/1352 della Commissione, del 2 aprile 2019, relativa all'aiuto di stato SA.44896 concesso dal Regno Unito riguardante un'esenzione relativa al finanziamento dei gruppi SEC, (GU L 216, 20.8.2019, pp. 1-39).

¹²⁶ Si vedano i ricorsi nelle cause T-484/19; T-486/19; T-493/19; T-491/19; T-492/19; T-490/19; T-475/19; T-456/19; T-485/19; T-483/19; T-457/19; T-476/19; T-482/19; T-473/19; T-474/19; T-470/19; T-471/19; T-363/19.

¹²⁷ Decisione C/2017/8753 della Commissione, del 18 dicembre 2017, relativa alla misura di aiuto SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN), Possibili aiuti di Stato a favore di Inter IKEA (di seguito, “decisione di apertura delle indagini *IKEA*”), (GU C 121, 6.4.2018, pp. 30-86).

¹²⁸ Decisione C(2019) 6 della Commissione, del 10 gennaio 2019, relativa alla misura di aiuto SA.51284 (2018/NN), Possibile aiuto di Stato a favore di Nike (di seguito, “decisione di apertura delle indagini *Nike*”), (GU C 226, 5.7.2019, p. 31).

ruling fiscali rilasciati dal Lussemburgo a favore di Huhtamäki¹²⁹¹³⁰.

Questi casi presentano molte affinità e alcune differenze ma, ai presenti fini, è importante sottolineare la simmetria più evidente ossia che in otto dei dodici casi sinora esaminati¹³¹ l'oggetto dei trasferimenti è costituito dallo sfruttamento del valore economico dei DPI e di altri beni immateriali sviluppati dalle case madri e licenziati alle altre società del proprio gruppo. La fenomenologia è varia e presenta casi in cui lo sfruttamento del prezzo di trasferimento dei beni immateriali è solo riportato quale esempio di prassi incompatibile¹³² a casi, invero più frequenti, in cui è l'intera strategia del gruppo a basarsi sul trasferimento delle licenze da una società all'altra¹³³.

I primi casi, che hanno costituito le pietre miliari per l'avvio del secondo *Fiscal Aid Package*¹³⁴, hanno messo in luce come la strategia dei

¹²⁹ Decisione C(2019) 1615 della Commissione, del 7 marzo 2019, relativa alla misura di aiuto SA.50400 (2019/C)(ex 2019/NN-2), Possibile aiuto di Stato a favore di Huhtamäki (di seguito, "decisione di apertura delle indagini *Huhtamäki*"), (GU C 161, 10.5.2019, p. 3).

¹³⁰ I dati relativi alle somme oggetto di recupero sono stati forniti nei comunicati stampa della Commissione. Cfr. ad es. il comunicato stampa IP/19/1948, del 2.4.2019, *State aid: Commission concludes part of UK tax scheme gave illegal tax advantages to certain multinational companies; remaining part does not constitute aid*, disponibile online all'indirizzo https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1948_en.htm.

¹³¹ Trattasi dei casi *Belgian Excess Profit Scheme*, *Starbucks*, *Amazon*, *Gibilterra*, *Apple*, *IKEA*, *McDonalds*, *Nike*.

¹³² Cfr. ad es., decisione definitiva *Belgian Excessive Profit Scheme*, punto 62.

¹³³ Cfr. decisione di apertura delle indagini *IKEA*, cit., punti 20 e 60; decisione definitiva *Apple*, punto 15; sentenza *Starbucks*, cit., punto 1; decisione definitiva *Amazon*, punto 1; decisione definitiva *McDonald's*, punti 24 e 44; decisione di apertura delle indagini *Nike*, punti 17 e 46; decisione definitiva *Gibilterra*, punto 3 e 100.

¹³⁴ Cfr *supra* § 1.1. V. anche working paper sui *tax rulings*, cit., punto 3.

gruppi fosse tesa a trasferire, con un meccanismo di triangolazione, fuori dagli Stati Uniti la proprietà intellettuale, sviluppata dalla casa madre nel Paese di origine (impresa A) e ad intestarla ad enti che non sono fiscalmente residenti in alcun luogo¹³⁵ (imprese C), così da ingenerare l'incremento dei margini di profitto in Europa, senza che quegli utili potessero essere congruamente sottoposti a tassazione, per via delle deduzioni sulle *royalty* concesse dagli Stati membri alle società intermedie (imprese B), fiscalmente residenti nell'Unione¹³⁶.

In tale contesto, la Commissione mostra di considerare la natura dei beni dell'ingegno nella sua valutazione. Ad esempio, le decisioni della Commissione chiariscono le difficoltà insite nel calcolo e nella comparazione del valore economico attribuibile ai DPI¹³⁷ e la necessità di ricorrere a strumenti di rettifica ed approssimazione¹³⁸. Tuttavia, il

¹³⁵ K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 9.

¹³⁶ Cfr. ad es., decisione definitiva *Amazon*, punti 548-549; decisione definitiva *Starbucks*, punti 104-133; decisione definitiva *Apple*, punti 15 e 52. Sul punto v. anche R. J. S. TAVARES-B. N. BOGENSCHNEIDER-M. PANKIV, *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral: a spectacle of fireworks, smoke and mirrors*, in *Florida Tax Review*, 2019, n. 3, pp. 131-132.

¹³⁷ Cfr. ad es., decisione definitiva *Apple*, punto 94: «*in cases where one of the parties to a controlled transaction holds intellectual property, which it licenses to its counterparty to perform functions such as manufacturing or distribution, tax advisors often invoke the complexity of establishing a return on that intellectual property for designating the counterparty as the party with the less complex function, establishing a return for the functions performed by that counterparty, and allocating all its profit remaining after deduction of that return, that is to say, all the "residual profit", to the party holding the IP as a royalty for the use of that IP*».

¹³⁸ Cfr. ad es. decisione di apertura delle indagini *IKEA*, punto 208: «*the Commission understands that, in general terms, a price adjustment mechanism could have been agreed in situations where, for instance, the intangible had recently been developed (a new trademark or patent), thus where high uncertainty about the response of the market at the moment of the sale exists*».

riconoscimento dei limiti dell'analisi fiscale su questi beni non assurge a presupposto per la giustificazione degli aiuti concessi.

2.2 Criticità sollevate nelle decisioni della Commissione europea: il dialogo transatlantico e le prime soluzioni avanzate dalla giurisprudenza

Le recenti decisioni in materia di *ruling* fiscale hanno sollevato nuove domande e offerto nuovi spunti critici per il dibattito scientifico. Se la problematicità del rapporto tra misure fiscali e aiuti di Stato è stata evidenziata dalla prassi e dalla giurisprudenza fin dagli anni '90 del secolo scorso¹³⁹, con l'apertura del secondo *Fiscal Aid Package* il dibattito accademico si è ampliato notevolmente e ha innescato un dialogo che ad oggi coinvolge anche numerosi studiosi di fiscalità e ha prodotto contributi scientifici anche nelle riviste specializzate dell'accademia statunitense¹⁴⁰. L'interesse suscitato si spiega alla luce

¹³⁹ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁴⁰ Sul punto si vedano i numerosi contributi pubblicati di recente nelle università americane tra cui K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., pp. 1-55; R. J. S. TAVARES-B. N. BOGENSCHNEIDER-M. PANKIV, *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral*, cit., pp. 121-188; A. M. MILHET, *Are European State Aid Payments Creditable Foreign Taxes?*, in *Georgetown Law Journal*, 2017, pp. 1433-1452; L. V. FAULHABER, *Beyond Apple: State aid as a model of a Robust Anti-Subsidy Rule*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2017, pp. 381-405; N. HRUSHKO, *Tax in the World of Antitrust Enforcement: European Commission's State Aid Investigations into EU Member States' Tax rulings*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2017, pp. 327-360; C. BOBBY, *A Method inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings*, in *Chicago Journal of International Law*, 2017, pp. 186-215; S. A. LEE, *Cutting Ties: Examining the Social, Economic, and Political Implications of Inconsistent European Union State Aid Interpretations on Multinational businesses*, in *Wake Forest Law Review*, 2017, pp. 713-733; R. LYAL, *Transfer Pricing Rules and State Aid*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, pp. 1017-1043. In parallelo, alcuni studiosi europei hanno scritto sul tema rivolgendosi espressamente al pubblico statunitense, ad es. si veda T. KRMEK, *EU Tax*

di due fattori principali. Da un lato, le indagini della Commissione hanno coinvolto alcune multinazionali che hanno la loro sede principale negli Stati Uniti. Dall'altro, la mancanza di un regime giuridico comparabile a quello del controllo sugli aiuti europei suscita l'interesse dottrinale e solleva questioni ancora aperte. Nelle pagine che seguono verranno considerati alcuni tra i punti più controversi delle decisioni sui *tax rulings* recentemente emanate dalla Commissione.

2.2.1 La commistione dell'analisi degli elementi di vantaggio e selettività come deminutio dei diritti di difesa

È noto che la nozione di aiuto fiscale implica il riscontro della sussistenza di un vantaggio selettivo. Di questa dicitura sintetica è ormai invalso l'uso, anche a causa di una certa giurisprudenza che a volte dimentica di evidenziare il dualismo rispettivamente tra presupposti di selettività e vantaggio, non solo in materia di aiuti fiscali¹⁴¹ ma anche in altri settori¹⁴². Tuttavia, come sottolineato in precedenza¹⁴³, l'elemento della selettività e quello del vantaggio devono essere autonomamente verificati.

Nella prassi e nella giurisprudenza in materia di aiuti fiscali alle imprese, il criterio della selettività è stato quello maggiormente analizzato per via della sua centralità e degli aspetti controversi legati

Probe, State Aid & the Case of Amazon, in *Business Entrepreneurship & Tax Law Review*, 2017, pp. 40-103.

¹⁴¹ Tra le pronunce più recenti in cui la Corte menziona esplicitamente la dicitura «vantaggio selettivo» con riferimento alle misure fiscali cfr. sentenza *World Duty Free Group*, cit., punti 53 e 56.

¹⁴² Ad esempio nella famosa sentenza *Altmark* tra i criteri di individuazione di un aiuto di Stato solo quattro (origine pubblica dell'intervento, effetto sugli scambi, concessione di un vantaggio e distorsione della concorrenza) sono menzionati (cfr. sentenza *Altmark*, punto 75).

¹⁴³ Cfr. *supra* §§ 1.2.2 e 1.2.3.

al suo accertamento, mentre il criterio del vantaggio è stato finora oggetto di una valutazione tendenzialmente superficiale. In particolare, dal test di selettività trifasico è agevole desumere la sussistenza di un vantaggio ogniqualvolta sia presente una deviazione dal regime di tassazione generale preso a riferimento che risulti in un beneficio per diminuzione degli oneri dell'impresa, salvo che la logica del regime ne giustifichi l'esistenza¹⁴⁴.

Senonché, come si anticipava¹⁴⁵, anche il ragionamento inverso è stato avallato dalla giurisprudenza. Nella sentenza *MOL*, dopo aver riconosciuto che occorre separare l'elemento del vantaggio e l'elemento della selettività, la Corte sostiene che in linea di principio è legittimo presumere che una misura individuale di vantaggio sia anche selettiva¹⁴⁶.

Secondo alcuni commentatori¹⁴⁷, nelle decisioni sui *ruling* fiscali la Commissione avrebbe offerto un'analisi insufficiente della sussistenza dei due criteri. Essa infatti ha sostenuto che a) il vantaggio ricevuto dalle imprese consiste in una riduzione dell'onere fiscale derivante da un'applicazione del calcolo dei prezzi di trasferimento non in linea con *l'arm's length principle* e che b) la selettività è dimostrata dalla natura individuale del *ruling* concesso all'impresa o, in termini di test trifasico, dal discostarsi del metodo di valutazione dei prezzi applicato nei *ruling* rispetto all'*arms length principle* applicato a tutte le altre imprese indipendenti, ugualmente sottoposte al regime di tassazione del profitto. In sostanza, entrambe le argomentazioni si fondano su una stessa discriminazione di trattamento.

¹⁴⁴ V. ad es. T. JAEGER, cit., pag. 1150.

¹⁴⁵ Cfr. *supra* § 1.2.3.

¹⁴⁶ Sentenza *MOL*, punto 60.

¹⁴⁷ K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 16.

Tale impostazione ha offerto il fianco ad alcuni rilievi critici. In primo luogo, la commistione dei due elementi è problematica in sé in quanto la Commissione è tenuta a riscontrare separatamente i due elementi. Ad esempio, sulla questione del vantaggio è stato sostenuto che, in mancanza dei *ruling* oggetto d'indagine, le imprese in questione non avrebbero situato la loro residenza fiscale in quello Stato ma in un altro, aumentando il loro profitto in un'altra giurisdizione e diminuendo il gettito fiscale dello Stato membro¹⁴⁸. Non sarebbe dunque possibile raffrontare la «normale» tassazione delle multinazionali con quella «derogatoria» del *ruling*, perché senza di esso la multinazionale avrebbe semplicemente evitato la creazione di presupposti impositivi in quell'ordinamento. Similmente, sulla questione della selettività, è stato sostenuto che l'applicazione dell'*arm's length principle* è inadeguata a rappresentare le differenze di fatto e di diritto che rendono le imprese di un gruppo multinazionale dissimili da quelle indipendenti¹⁴⁹. Di conseguenza, non sarebbe stato dimostrato il trattamento differenziale rispetto a soggetti nella stessa situazione di fatto e di diritto¹⁵⁰.

In secondo luogo, la commistione degli elementi di prova a sostegno della constatazione dell'esistenza, rispettivamente, del vantaggio e della selettività comporta una compressione dei diritti di difesa dei destinatari della decisione. In particolare, è stato fatto notare¹⁵¹ che la commistione genera una limitazione degli argomenti difensivi delle parti e una violazione dell'obbligo della Commissione di motivare adeguatamente le proprie decisioni, senza che tale

¹⁴⁸ V. P. NICOLAIDES, *State aid rules and Tax rulings*, in *EStAL*, 2016, p. 424.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 422.

¹⁵⁰ Sul punto, cfr. *infra*, § 2.2.2.

¹⁵¹ T. JAEGER, *cit.*, pp. 1116-1117.

impostazione sia giustificata da alcun vantaggio teoretico rispetto all'analisi separata.

Sulla questione si è recentemente espresso il Tribunale, seppur in modo succinto, nelle sentenze *Starbucks* e *FIAT*. È stato giudicato che la valutazione concomitante del vantaggio e della selettività non è da considerarsi errata fintantoché la Commissione ha modo di esaminare entrambi gli elementi¹⁵².

La posizione del Tribunale non sembra in grado di fornire una soluzione rispetto alle criticità sopra rilevate. Al contrario il Tribunale, scegliendo di esaminare separatamente i due elementi, dimostra di avallare l'utilità quantomeno sul piano logico-argomentativo di un'analisi distinta o, *rectius*, per gradi (infatti in mancanza di uno dei due elementi, come in *Starbucks* per il vantaggio¹⁵³, non ha rilievo la presenza dell'altro¹⁵⁴).

Anche in *FIAT*, ove l'elemento del vantaggio è riscontrato e dunque occorre andare oltre per vagliare quello di selettività, la posizione del Tribunale in relazione alla disamina del presupposto lascia perplessi. La sentenza riconosce infatti che è lecito presumere la

¹⁵² Cfr sentenza *Starbucks*, punto 129, e sentenza *FIAT*, punto 122, secondo cui il metodo della Commissione «*is not in itself incorrect, given that both the advantage and the selective nature of that advantage are examined. Nevertheless, the Court considers it appropriate to consider, first of all, whether the Commission was entitled to conclude that there was an advantage, before going on, if necessary, to examine whether that advantage had to be considered to be selective*».

¹⁵³ Cfr. *infra* §§ 2.2.2 e 2.3.2.

¹⁵⁴ V. A. LAMADRID DE PABLO, *The FIAT and Starbucks Judgements*, post del 25 settembre 2019, disponibile online <https://chillingcompetition.com/2019/09/25/the-fiat-and-starbucks-judgments/>.

selettività di una misura individuale di vantaggio¹⁵⁵, implicitamente confermando la tesi sostenuta nella menzionata pronuncia *MOL*.

Evidentemente anche il Tribunale non è soddisfatto della presunzione e avverte la necessità di procedere comunque all'applicazione del test trifasico. Senonché l'analisi effettuata risulta scarsa e sbrigativa poiché rimanda all'analisi del vantaggio¹⁵⁶ senza dare rilievo, nella definizione del regime generale applicabile, né alle peculiarità strutturali delle imprese multinazionali né al fatto che per prassi lo Stato conceda loro dei *ruling* in numero tanto significativo da costituire un ambito di riferimento a sé stante¹⁵⁷.

Di conseguenza, permangono le criticità identificate dal punto di vista dogmatico ma anche sotto il profilo dei diritti di difesa.

2.2.2 Sulle peculiarità dell'applicazione del principio arm's length nel contesto degli aiuti fiscali alle imprese

Uno degli aspetti più controversi delle decisioni della Commissione in materia di *ruling* fiscale è rappresentato dal ricorso al parametro dell'*arms length principle*¹⁵⁸.

Come si anticipava, nelle decisioni sui *ruling* la Commissione ha adottato il principio quale parametro per l'individuazione di un

¹⁵⁵ Sentenza *FIAT*, punto 359.

¹⁵⁶ *Ibidem*, punto 360.

¹⁵⁷ *Ibidem*, punto 351. Sul punto cfr. anche *infra* § 3.1.

¹⁵⁸ L. LOVDAHL GORMSEN, *Has the Commission Taken Too Big a Bite of the Apple?*, in *European Papers*, n. 3, 2016, pp. 1137-1144; ID., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, pp. 369-382; R. BONNICI, *The European Commission's Arm's Length Standard: Relationship and Compatibility with the Arm's Length Principle under Transfer Pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, n. 1, 2019, pp. 1-8, pubblicato online il 28.11.2018 su www.researchgate.net/.

vantaggio selettivo conferito alle imprese¹⁵⁹. La scelta di fondare le decisioni su tale parametro ha suscitato reazioni critiche per varie ragioni.

In primo luogo, il ricorso a tale parametro costituirebbe una trasposizione surrettizia di un principio derivato da fonti non vincolanti elaborate da un'altra organizzazione internazionale. Infatti sono le linee guida OCSE sui prezzi di trasferimento¹⁶⁰ che prevedono come parametro di valutazione per il calcolo dell'imposta applicabile l'*arm's length principle* formulato all'art. 9 della Convenzione modello sulla tassazione¹⁶¹. I due regimi giuridici, della lotta alla concorrenza fiscale dannosa e del controllo sugli aiuti di Stato presentano invero alcuni punti di contatto – in particolare, il contenimento delle misure preferenziali che distorcono la concorrenza¹⁶² – ma dal punto di vista giuridico rimangono distinti per fonte, sistema istituzionale, elementi costitutivi, procedura e applicazione.

La Commissione ha sostenuto che il principio sia in realtà non derivato da un altro ordinamento bensì insito nel sistema giuridico dell'Unione¹⁶³ e possa desumersi dall'art. 107 TFUE¹⁶⁴. Sul punto la dottrina¹⁶⁵ ha avanzato argomenti per dimostrare che tale posizione non

¹⁵⁹ Cfr. decisione definitiva *Starbucks*, punto 156; decisione definitiva *Apple*, punto 149; decisione definitiva *Amazon*, punto 276; decisione di apertura delle indagini *IKEA*, punto 5. Cfr. *supra* § 2.2.1.

¹⁶⁰ Linee guida OCSE 2017, cit.

¹⁶¹ Modello di convenzione OCSE 2017, cit.

¹⁶² Cfr. anche il rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa, cit.

¹⁶³ F. TODHE, *The Rise of an (Autonomous) Arm's Length Principle in EU State Aid Rules?*, in *EStAL*, 2019, pp. 249 – 263.

¹⁶⁴ Cfr. decisione definitiva *Starbucks*, punto 264; decisione definitiva *FIAT*, punto 228; decisione definitiva *Belgium Excess Profit Scheme*, punto 150.

¹⁶⁵ V. S. MORENO GONZALEZ, *State Aid and Tax Competition: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings*, in *EStAL*, 2016, pp.

abbia fondamento. Anzitutto, la Commissione stessa ha esplicitamente riconosciuto che il principio deriva dalle fonti OCSE¹⁶⁶. Inoltre, la sentenza *Forum 187*, che la Commissione richiama a sostegno di un supposto riconoscimento della vigenza del principio *arm's lenght* nell'ordinamento eurounitario¹⁶⁷ non fa riferimento al principio OCSE bensì unicamente al principio di «libera concorrenza»¹⁶⁸. Infine, la Commissione ammette esplicitamente la natura non vincolante delle fonti e che esse sono prese a riferimento solo in quanto frutto dell'elaborazione di esperti nel settore¹⁶⁹. Anzi, la Commissione cita continuamente il fatto che alcuni Stati hanno adottato l'*arm's lenght*

556-574; P. NICOLAIDES, *State aid rules and Tax rulings*, cit., p. 420; D. A. KYRIAZIS, *From Soft Law*, cit., p. 437-439.

¹⁶⁶ Ad es., si vedano le decisioni definitive *Belgian Excess Profit Scheme*, punto 53; *FIAT*, punto 86; *McDonald's*, punto 83; *Starbucks*, punto 64; *UK CFC*, punto 41. Le decisioni di apertura delle indagini *Huhtamäki*, punto 58; *IKEA*, punto 78; *Nike*, punto 54.

¹⁶⁷ Working paper sui *tax rulings*, punto 4. Comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 169 e 171.

¹⁶⁸ Sentenza *Forum 187*, cit., punto 96.

¹⁶⁹ Cfr. ad es. decisione definitiva *Belgian Excess Profit Scheme*, punto 48: «Given their non-binding nature, the tax administrations of the OECD member countries are simply encouraged to follow the Model Tax Convention and the TP Guidelines. However, in general, both instruments serve as a focal point and exert a clear influence on the tax practices of OECD member (and even non-member) countries. Moreover, in numerous OECD member countries those instruments have been given the force of law or serve as a reference for the purpose of interpreting Double Tax Treaties and domestic tax law.²⁸ To the extent the Commission cites the Model Tax Convention and the OECD TP Guidelines in this Decision, it does so because those instruments are the result of expert discussions in the context of the OECD and elaborate on techniques aimed to address common challenges».

principle nel loro ordinamento proprio in quanto non tutti gli Stati sono tenuti alla sua adozione, stante l'assenza di un obbligo eurounitario¹⁷⁰.

In secondo luogo, il principio *arm's length* non è un parametro adeguato a garantire il rispetto al test trifasico di selettività. Infatti il principio richiede unicamente che le operazioni di trasferimento avvengano a prezzi di mercato tra parti correlate come se fossero indipendenti, mentre il test trifasico richiede lo stesso trattamento quando le imprese si trovano in una situazione di diritto e di fatto analoga¹⁷¹. È dimostrato che le imprese multinazionali, i gruppi di imprese e in generale le imprese che si trovano tra loro in rapporto di dipendenza e controllo non si trovano nella stessa situazione di diritto e di fatto rispetto alle imprese indipendenti. Sotto il profilo giuridico, a causa della struttura particolare di queste imprese viene loro applicata ormai nella quasi totalità degli ordinamenti una disciplina particolare, ad esempio dal punto di vista della trasparenza finanziaria e contrattuale o nei profili di illecito penale¹⁷². Sotto il profilo economico, le imprese multinazionali hanno di fatto una posizione diversa in quanto possono disporre di garanzie migliori e hanno la possibilità di creare sinergie¹⁷³. Di conseguenza, le grandi imprese multinazionali beneficiarie di questi *ruling* non sarebbero comparabili e dunque l'*arm's length principle* sarebbe fuorviante ai fini dell'applicazione del diritto sugli aiuti di Stato.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, 170.

¹⁷² Per l'Italia, si vedano la disciplina dei gruppi *ex art.* 2359 e segg. c.c., il contratto di rete all'art. 3, co. 4 ter, D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito con L. 9 aprile 2009, n. 33). V. anche E. SCAROINA, *Verso una responsabilizzazione del gruppo di imprese multinazionale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 2, pp. 70-81.

¹⁷³ Sul punto v. P. NICOLAIDES, *State aid rules and Tax rulings*, cit., p. 422; K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 24.

Della peculiarità della struttura delle imprese multinazionali la Commissione è pienamente cosciente, come dimostrato dal caso *Groepsrentebox*¹⁷⁴. Tuttavia, la Commissione ritiene che ogni valutazione di merito circa la comparabilità delle situazioni delle imprese debba essere svolta sulla base dell'obiettivo della misura fiscale e, essendo in questo caso l'obiettivo dato dalla tassazione d'impresa, il sistema di riferimento non potrebbe essere quello ristretto alle sole imprese che possono effettivamente accedere alla prassi dei prezzi di trasferimento¹⁷⁵. Anche in questo caso, la commistione degli elementi di vantaggio e selettività che conferisce alla Commissione la possibilità di sostenere le proprie argomentazioni è stata fortemente criticata in dottrina¹⁷⁶.

In terzo luogo, il principio *arm's length* non sembra fornire uno standard adeguato poiché a sua volta si presta ad interpretazioni non uniformi¹⁷⁷. È la stessa Commissione a riconoscere che i principi richiamati nelle convenzioni modello e nelle linee guida sono interpretati diversamente in vari Paesi¹⁷⁸. Inoltre, le linee guida OCSE presentano diverse metodologie alternative di calcolo ed esse non esauriscono il novero delle possibili tecniche applicabili¹⁷⁹. Sembra proprio questa la ragione che ha portato la Commissione ad arricchire l'analisi dell'*arm's length principle* nelle decisioni di cui ci si occupa

¹⁷⁴ Decisione della Commissione, dell'8 luglio 2009, relativa al regime denominato *Groepsrentebox* [C 4/07 (ex N 465/06)] al quale i Paesi Bassi intendono dare esecuzione [notificata con il numero C(2009) 4511], GU L 288, 04.11.2009, pp. 26-39, punti 85-97.

¹⁷⁵ Decisione definitiva *Starbucks*, punti 238-244.

¹⁷⁶ K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 23-24.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 43.

¹⁷⁸ Cfr. decisione definitiva *McDonald's*, punto 54, nota a piè di pagina n. 46.

¹⁷⁹ Cfr. ad es. decisione definitiva *Starbucks*, punti 67-68.

con standard nuovi, quali quelli del «risultato rispondente alle condizioni di mercato»¹⁸⁰ e del «prudente operatore indipendente»¹⁸¹. La dottrina ha fortemente criticato questi standard, ritenendoli non solo fuorvianti¹⁸² ma anche un mezzo per introdurre surrettiziamente il principio *arm's length* nella dogmatica del MEOP¹⁸³.

Infine, come si ricordava¹⁸⁴, la stessa OCSE riconosce che l'individuazione del prezzo corretto per la proprietà intellettuale è un'operazione difficile a causa, tra l'altro, dei limiti di comparabilità tra le transazioni delle imprese multinazionali e quelle delle imprese indipendenti, oltre che dei limiti di comparabilità tra attivi immateriali stessi¹⁸⁵.

Il Tribunale ha avuto modo di pronunciarsi recentemente sui suddetti profili critici nelle sentenze *Starbucks* e *FIAT*.

In primo luogo, in entrambe le decisioni il Tribunale ha sancito che l'utilizzo dell'*arm's length principle* non è illegittimo¹⁸⁶. Benché le transazioni infragruppo non siano soggette alle forze del mercato¹⁸⁷, il Tribunale ritiene che la Commissione possa legittimamente utilizzare

¹⁸⁰ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, 174 let c).

¹⁸¹ Cfr. decisione definitiva *Apple*, punti 146 e 150; decisione definitiva *Starbucks*, punti 196-197; decisione definitiva *Amazon*, punto 328.

¹⁸² Ad es. è stato sostenuto che non è possibile sapere in anticipo se un risultato sia rispondente alle condizioni di mercato. V. P. NICOLAIDES, *State aid rules and Tax rulings*, cit., p. 419; K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., pp. 27-28.

¹⁸³ V. A. GUNN-J. LUTS, *Tax rulings, APAs and State Aid*, cit., pp. 123-124; J. KAVANAGH-N. ROBINS, *Corporate Tax Arrangements under EU State Aid Scrutiny: The Application of the Market Economy Operator Principle*, in *EStAL*, 2015, p. 358-370.

¹⁸⁴ Cfr *supra* § 2.1.

¹⁸⁵ Cfr. linee guida OCSE 2017, cit., p. 258-259, § 6.33.

¹⁸⁶ Sentenza *Starbucks*, punto 172. Sentenza *FIAT*, punto 187.

¹⁸⁷ Sentenza *Starbucks*, punto 148. Sentenza *FIAT*, punto 140.

uno strumento quale il principio in questione per valutare se, alla luce dell'obiettivo insito nel sistema d'imposizione del reddito d'impresa, il calcolo dei prezzi delle transazioni per le imprese infragruppo sia corrispondente a quello per le imprese indipendenti¹⁸⁸. Al riconoscimento di una valenza sostanziale del principio non osterebbe inoltre la non vincolatività delle linee guida OCSE nell'ordinamento dell'Unione, data l'eminenza del lavoro svolto dagli esperti del settore e dal consenso nella comunità internazionale su di esso¹⁸⁹. Il Tribunale supera anche i limiti testuali della sentenza *Forum 187*, riconoscendo in esso un precedente¹⁹⁰.

Ad ogni modo, nella sentenza *Starbucks* il Tribunale sottolinea l'importanza dei limiti insiti nella metodologia di calcolo del vantaggio. Anzitutto, il principio *arm's length* è uno strumento utile ma soggetto a limiti di approssimazione. Esso può riscontrare l'esistenza di un vantaggio solo qualora il differenziale tra i due prezzi superi le imprecisioni che inevitabilmente derivano dall'approssimazione¹⁹¹. Inoltre, occorre giustificare accuratamente il modo in cui si riscontra il vantaggio nelle decisioni. Non è sufficiente fare ricorso a mere incongruenze o asserite inadeguatezze metodologiche nel calcolo del prezzo di trasferimento per dimostrare che un vantaggio è stato effettivamente conferito¹⁹². In sintesi, il Tribunale sostiene che un errore metodologico non necessariamente comporta un vantaggio nel risultato, ma è onere della Commissione provare l'esistenza di un vantaggio perché sia integrata la definizione di aiuto¹⁹³.

¹⁸⁸ Sentenza *Starbucks*, punti 149, 153 e 159. Sentenza *FIAT*, punti 141, 146 e 148.

¹⁸⁹ Sentenza *Starbucks*, punto 155. Sentenza *FIAT*, punto 147.

¹⁹⁰ Sentenza *Starbucks*, punto 150. Sentenza *FIAT*, punto 142.

¹⁹¹ Sentenza *Starbucks*, punto 152.

¹⁹² *Ibidem*, punti 203, 215, 250, 264, 278, 438, 500-501, 548-549.

¹⁹³ Per un'analisi più approfondita, cfr *infra*, § 2.3.2.

È interessante osservare come il Tribunale accolga l'impostazione della decisione aderendo alle sopracitate motivazioni della Commissione circa la legittimità dell'utilizzo dell'*arm's length principle*, per poi rilevarne la difficoltà di applicazione in concreto. Se si guarda alla sentenza nel suo complesso, la posizione del Tribunale appare quasi contraddittoria. La pronuncia dapprima sconfessa i rilievi in materia di non vincolatività delle fonti e dei precedenti giurisprudenziali, a sostegno dell'applicabilità del principio, poi conforta i rilievi, già esaminati, in relazione alla difficoltà di riconoscere nell'*arm's length* uno standard adeguato di valutazione a causa della suscettibilità dello stesso ad interpretazioni opinabili sulla metodologia di calcolo. A parere di chi scrive, questa contraddizione trova una spiegazione nel fatto che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione e dal Tribunale, la disciplina dei prezzi di trasferimento e la sua interpretazione non hanno ancora raggiunto un livello di maturazione in grado di vincolare l'operato degli Stati membri nell'ordinamento europeo. Non a caso, sia in *Starbucks* che in *FIAT* è la legislazione degli Stati membri a riconoscere l'esistenza dell'*arms length*¹⁹⁴. Nell'ordinamento UE, né la sua disciplina né la sua applicazione concreta sono richiamate da fonti vincolanti, chiare e conoscibili *ex ante*. Manca dunque quel grado di certezza del diritto che è presupposto necessario alla conformazione uniforme dell'operato delle istituzioni e dei privati.

Vero è che la pronuncia *FIAT* dimostra come sia possibile provare la sussistenza di un vantaggio tramite l'*arm's length principle*¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Cfr. sentenza *Starbucks* punto 7. Sentenza *FIAT* punto 13. Similmente, v. A. LAMADRID DE PABLO, *The FIAT and Starbucks Judgements*, cit.

¹⁹⁵ In *FIAT* non sono stati riscontrati errori di applicazione del metodo di calcolo e il vantaggio è stato provato. Cfr. sentenza *FIAT*, punto 286.

Tuttavia, alla luce della quantità degli errori riscontrati nell'impostazione probatoria della Commissione in *Starbucks*, l'esito della pronuncia *FIAT* non conforta rispetto alle incertezze evidenziate sull'utilizzo del principio in generale. È possibile infatti che il metodo si presti ad evidenziare il conferimento di un vantaggio solo in determinate circostanze. Ad esempio, è possibile che gli errori di valutazione presenti in *Starbucks* ed assenti in *FIAT* derivino proprio dal differente oggetto della prestazione per cui sono corrisposti i prezzi di trasferimento nei due casi - nel merito, DPI sotto forma di *royalty* per l'utilizzo di beni di proprietà intellettuale in *Starbucks*, attività di finanziamento in *FIAT*¹⁹⁶.

In tal senso, appare paradossale e prematuro che decisioni come quelle della Commissione sui *ruling*, pur apprezzabili nell'intento di ristabilire la parità delle condizioni di concorrenza sul mercato, sanzionino l'azione statale per mancata adesione a un principio prima che il suo significato venga chiaramente stabilito in via autoritativa o, quantomeno, che sia univocamente idoneo all'individuazione di un vantaggio.

2.2.3 Il bilanciamento tra legittime aspettative, certezza del diritto e obbligo di recupero degli aiuti

È noto che, ai sensi dei trattati, la Commissione è tenuta a emettere una decisione di recupero degli aiuti incompatibili salvo che a ciò osti un principio generale di diritto dell'Unione¹⁹⁷. Tra i principi generali applicabili sono riconosciuti quelli di certezza del diritto e di tutela delle legittime aspettative¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Sul punto cfr. anche §§ 2.1 e 2.3.2.

¹⁹⁷ Art. 108 TFUE e art. 16, par. 1, del regolamento di procedura.

¹⁹⁸ Per un approfondimento si veda ad es. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, OUP, 2006, pp. 292-297.

Le decisioni in materia di *ruling* hanno riaperto l'annoso dibattito sul corretto bilanciamento tra detti principi ed effettività delle decisioni di recupero¹⁹⁹. Infatti molti dei ricorsi per annullamento²⁰⁰ introdotti contro le decisioni presentano motivi a sostegno della violazione dei due principi.

In particolare, le decisioni violerebbero il principio di certezza del diritto in quanto la riformulazione della nozione di «normali condizioni di mercato» proposta dalla Commissione comporta incertezza circa le condizioni affinché un *ruling* fiscale e qualunque analisi dei prezzi di trasferimento possano costituire una violazione della disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato. Inoltre, le decisioni impugnate violerebbero il principio di tutela delle legittime aspettative, in quanto la Commissione ha indotto a ritenere che essa valuta i *ruling* sulla base delle linee guida dell'OCSE e il riferimento inatteso al discostarsi dalle stesse come misura del conferimento di un vantaggio disattende il principio del legittimo affidamento²⁰¹.

¹⁹⁹ Per un'analisi dettagliata sul recupero degli aiuti fiscali in materia di *tax rulings*, v. A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'unione fiscale?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, pp. 955-959.

²⁰⁰ *Ex multis*, ricorso del 29 dicembre 2015, Fiat Chrysler Finance Europe / Commissione, T-759/15 (GU C59, 15.02.2016, p. 50, motivi nn. 3 e 4); ricorso del 19 dicembre 2016, Apple Sales International e Apple Operations Europe / Commissione, T-892/16, GU C53, 20.2.2017, p. 39, motivo n. 14); T-311/16 ricorso del 21 giugno 2016, Siemens Industry Software / Commissione (contro la decisione definitiva *Belgian Excess Profit Scheme*), (GU C305, 22.8.2016, p. 42, motivo n. 4); ricorso del 4 settembre 2018, ENGIE Global LNG Holding e a./ Commissione, T-525/18, GU C 399 del 05.11.2018 pag.44, motivo n. 9); ricorso del 22 maggio 2018, Amazon EU e Amazon.com / Commissione, T-318/18, (GU C 72, 26.02.2018, p. 38 motivo n. 8).

²⁰¹ V. A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE*, cit., p. 955; K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 48

Sul punto occorre rilevare vari ordini di questioni.

In primo luogo, la normativa dell'Unione in materia di recupero risulta ancora una volta inadeguata rispetto alla violazione. Non è lo Stato membro concedente a dover sopportare l'onere della violazione del trattato bensì l'impresa beneficiaria, da cui sarà recuperata non solo la somma corrispondente al valore economico dell'aiuto ma anche gli interessi decorrenti dall'erogazione del beneficio (che, nel caso di alcuni *ruling*, risale fino a circa 30 anni fa²⁰²) salvo intervenga la prescrizione decennale²⁰³. Questo assetto ha portato alcuni commentatori a sostenere che gli Stati membri concedenti siano i veri beneficiari del regime sul controllo degli aiuti²⁰⁴.

In secondo luogo, nel caso delle decisioni la cui disamina qui ci occupa, è possibile identificare altri Stati, sia tra i membri dell'Unione che tra gli extraeuropei, che sono stati colpiti dal fenomeno della concorrenza fiscale dannosa a favore degli Stati concedenti l'aiuto. Pertanto l'allocatione dell'aiuto recuperato nelle disponibilità del budget dello Stato concedente, pur se in grado di contribuire al ristabilimento di condizioni di parità nella concorrenza tra imprese ai sensi del trattato, non è in grado di garantire equità in termini di concorrenza fiscale tra Stati.

Per questo motivo, a più voci, è stato suggerito che le fonti del diritto in materia dovrebbero, *de iure condendo*, consentire una diversa

²⁰² Ad es., i *ruling* concessi ad Apple risalgono al 1991 e al 2007.

²⁰³ Art. 17 del regolamento di procedura. Anche sul calcolo della prescrizione possono tuttavia generarsi interpretazioni divergenti. Si veda, ad es., ricorso *Amazon* T-318/18, cit., motivo n. 9, vertente sul fatto che la decisione viola l'articolo 17 del regolamento in quanto ordina il recupero dell'aiuto, sebbene il termine di prescrizione applicabile sia già scaduto.

²⁰⁴ K. O'DONNELL, A. MULLER, *State aid and tax law: enter the taxpayer*, in A. RUST-C. MICHEAU, *State Aid and Tax Law*, cit., p. 194.

allocazione delle somme recuperate. In tal senso si pongono iniziative della Commissione tese a riconoscere la possibilità che la debenza totale possa ridursi a fronte delle pretese degli altri Stati²⁰⁵. Ciò è particolarmente rilevante ai fini del rapporto tra Stati membri e Stati dove l'impresa madre delle multinazionali ha la sede centrale²⁰⁶. Infatti questi ultimi non hanno modo di far valere la propria pretesa erariale nell'ambito dei ricorsi per annullamento introdotti contro le decisioni sui *ruling*. Ciò a causa dell'effetto meramente indiretto delle decisioni su tali Stati e, di conseguenza, della mancanza di interesse diretto al loro intervento in causa, come dimostrato nel caso *Apple*²⁰⁷.

In terzo luogo, da un punto di vista sostanziale le decisioni sui *ruling* offrono il fianco agli argomenti sostenuti dalle imprese in tema di novità inattesa dell'orientamento. Infatti, benché la Commissione

²⁰⁵ V. S. MORENO GONZALEZ, *State Aid and Tax Competition*, cit., pp. 571-572 citando il comunicato stampa IP/16/2923: «L'ammontare delle imposte non versate che le autorità irlandesi devono recuperare verrebbe ridotto se altri paesi dovessero imporre a Apple di versare maggiori imposte sugli utili registrati da Apple Sales International e Apple Operations Europe per il periodo in oggetto. Ciò potrebbe verificarsi se ritenessero, sulla scorta delle informazioni emerse dall'indagine della Commissione, che i rischi commerciali, le vendite e altre attività di Apple [avrebbero] dovuto essere registrati nelle rispettive giurisdizioni. Questo perché gli utili imponibili di Apple Sales International in Irlanda sarebbero ridotti se gli utili fossero registrati e tassati in altri paesi invece di essere registrati in Irlanda. L'ammontare delle imposte non versate che le autorità irlandesi devono recuperare verrebbe altresì ridotto se le autorità degli Stati Uniti dovessero imporre ad Apple di versare per il periodo in oggetto importi maggiori alla società madre statunitense per il finanziamento delle attività di ricerca e sviluppo. Tali attività vengono svolte negli USA da Apple per conto di Apple Sales International e Apple Operations Europe, che effettuano già a tal fine versamenti annuali» (comunicato stampa IP/16/2923 del 30 agosto 2016, disponibile online https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_it.htm).

²⁰⁶ Sul punto, cfr. *infra*, § 3.1.

²⁰⁷ Cfr. ordinanza della Corte, del 17 maggio 2018, C-12/28 P(I), cit.

sostenga che il principio *arm's length* sia insito nell'art. 107 TFUE e riconosciuto dalla giurisprudenza nel caso *Forum 187*, in realtà l'interpretazione del concetto di libera concorrenza in adesione ai parametri OCSE si dimostra problematica²⁰⁸.

Sul punto, il Tribunale ha avuto modo di esprimersi nella sentenza *FIAT*²⁰⁹ rigettando integralmente le doglianze dei ricorrenti in base a tre considerazioni. In primo luogo, l'art. 107 TFUE e la prassi della Commissione sarebbero sufficientemente chiare da non assumere violato il principio di certezza del diritto²¹⁰. In secondo luogo, la buona fede dei ricorrenti, che si affidavano alla consolidata prassi del *tax ruling* nei Paesi membri, non avrebbe rilievo in quanto essi erano messi in condizione di prevedere che non tutta la prassi dei *ruling* ma quel *ruling* in particolare avrebbe potuto violare la normativa europea²¹¹. Infine, le gravi ripercussioni economiche delle decisioni sugli Stati membri, comunque non dimostrate, non avrebbero rilievo ai sensi della normativa vigente, che esclude il recupero solo per i motivi di cui all'art. 16 del regolamento di procedura²¹².

Se tali argomentazioni risultano nel complesso condivisibili, rimane tuttavia l'impressione che il Tribunale non abbia colto l'opportunità di valorizzare il principio di tutela del legittimo affidamento. Se si considerano il numero delle decisioni emesse contro diversi Stati, l'indagine aperta dalla Commissione nei confronti dei *ruling* nei Paesi membri nel suo insieme, la sua rilevanza e la sua ampiezza, oltre al fatto che essa sia stata occasionata non da prove di

²⁰⁸ Cfr *supra* § 2.2.2.

²⁰⁹ Sentenza *FIAT*, punti 399-429.

²¹⁰ *Ibidem*, punti 406-409.

²¹¹ *Ibidem*, punti 412-413.

²¹² *Ibidem*, punti 414-425.

un effetto distorsivo della concorrenza ma dalle evidenze di uno scandalo giornalistico²¹³, non può escludersi a priori la buona fede degli Stati membri. Benché tali considerazioni non possano, allo stato, fondare la rinuncia della Commissione al recupero degli aiuti, a parere di chi scrive i principi generali del diritto meritano un maggiore apprezzamento in occasioni, come quella offerta da questo secondo *Fiscal Aid Package*²¹⁴, in cui una norma trova per la prima volta applicazione sistematica.

In alternativa, l'unico strumento per poter garantire la certezza del diritto per le imprese coinvolte è quello di un sistema preventivo di valutazione dei *ruling*. In tal senso la dottrina²¹⁵ ha avanzato l'ipotesi di un utilizzo della delega normativa prevista dal trattato *ex art.* 106, par. 3, TFUE²¹⁶. Le imprese cui lo Stato membro vuole garantire diritti speciali o esclusivi potrebbero infatti essere destinatarie di una disciplina *ad hoc*, anche sotto forma di direttive. Questo meccanismo potrebbe anche avere il merito di risolvere all'origine il problema della mancata notifica.

²¹³ V. *supra* § 2.

²¹⁴ V. *supra* § 1.1.

²¹⁵ P. ROSSI-MACCANICO, *A New Framework for State Aid Review of Tax rulings*, cit., pp. 378-380.

²¹⁶ Ai sensi dell'art. 106 TFUE, «1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi. [...] 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni.».

2.2.4 L'errore di applicazione della legislazione fiscale e il fattore tempo: aspetti procedurali e sostanziali

Si è già detto²¹⁷ che la Commissione dimostra di tenere in considerazione le difficoltà insite nel calcolo e nella comparazione del valore economico attribuibile ai DPI e, di conseguenza, la necessità di ricorrere a strumenti di rettifica ed approssimazione. Tuttavia, il riconoscimento dei limiti dell'analisi fiscale su questi beni non assurge a presupposto per la giustificazione degli aiuti concessi. Al contrario, la Commissione considera esplicitamente che, quando le autorità nazionali conferiscono un vantaggio selettivo attraverso *ruling* che riducono l'onere fiscale, commettono un errore nell'applicazione della legislazione nazionale²¹⁸.

Ciò dipende dal consolidato e ormai noto orientamento secondo cui le misure di aiuto si definiscono in base ai loro effetti. Di conseguenza, l'errore è valutato dalla Commissione come fatto oggettivo, ossia come errore nell'applicazione della norma generale al caso specifico. Non è dato rilievo alla circostanza che la misura sia il risultato di un mero disguido non voluto dallo Stato o che, invece, si tratti di una prassi abusiva finalizzata ad attrarre investimenti stranieri. Invero, questa rappresenta una delle principali differenze tra i regimi giuridici sul controllo degli aiuti di Stato e sulla concorrenza fiscale dannosa.

Sul punto, le decisioni in materia di *ruling* offrono l'opportunità di sviluppare considerazioni a carattere sia procedurale che sostanziale.

In primo luogo, non è chiaro come l'aiuto derivante da un errore di applicazione della normativa possa essere oggetto di notifica preventiva. Nelle decisioni sui *ruling*, la Commissione ha ritenuto che

²¹⁷ Cfr. *supra* § 2.1.

²¹⁸ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 174.

gli aiuti fossero illegali²¹⁹, ossia in violazione dell'obbligo di notifica preventiva ex art. 108, par. 3, TFUE²²⁰, pur essendo le valutazioni nei *ruling* basate su errori²²¹. Ciò dipende dall'interpretazione oggettiva del concetto di errore²²². Tuttavia, è evidente che solo un'applicazione erronea della norma di cui l'amministrazione è informata, in quanto frutto di una scelta *ex ante* o perché ne è portata a conoscenza *ex post*, può fondare un giudizio di illegalità dell'aiuto. Un errore non predeterminato e di cui l'amministrazione è inconsapevole non può essere oggetto di notifica. Sembra confortare questa interpretazione anche un *obiter dictum* del Tribunale che, nella sentenza *Starbucks*, afferma che agli Stati membri non può essere contestata la mancanza di notifica nel caso in cui la decisione si basi su informazioni al tempo non note o non ragionevolmente prevedibili²²³. Questa riflessione porterebbe condurre alla conclusione che la nozione di aiuto illegale vada limitata all'errore consapevole o alla mancata attivazione della procedura di notifica nel momento in cui l'amministrazione viene portata a conoscenza dell'errore²²⁴.

Queste riflessioni appaiono di particolare rilievo se si considera

²¹⁹ Es. decisione definitiva *Amazon*, punti 615-616.

²²⁰ Regolamento di procedura, art. 1, let. f).

²²¹ Es. decisione definitiva *Amazon*, punto 577.

²²² Sentenza *FIAT*, punto 206: «[i]n the field of State aid, it must be recalled that State aid, as defined in the FEU Treaty, is a legal concept which must be interpreted on the basis of objective factors».

²²³ Sentenza *Starbucks*, punto 246: «[h]ad the Commission stated a position on such a notification, however, it could not have taken into consideration information that was not known or reasonably foreseeable at the time of its decision. It therefore cannot criticise the Member State concerned for not having taken into account information that was not known or reasonably foreseeable at the time of the adoption of the agreement in question». Similmente cfr. anche punto 288.

²²⁴ Similmente sul punto v. C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 106-107.

che la Commissione e la giurisprudenza ritengono inapplicabile il principio del legittimo affidamento in mancanza di notifica²²⁵.

In secondo luogo è inappropriato, in considerazione delle competenze attribuite dal trattato, riconoscere in capo alla Commissione il potere di dichiarare l'esistenza di un errore commesso dallo Stato membro nell'applicazione della legislazione nazionale. Argomenti a sostegno di questa posizione sono offerti anche dalla recente sentenza del Tribunale nel caso *Starbucks*. La pronuncia chiarisce infatti che la definizione del regime impositivo «normale» non spetta alla Commissione²²⁶ e che l'art. 107 TFUE non impone automaticamente l'applicazione di un principio di parità di trattamento in ambito fiscale²²⁷. Queste opzioni rimangono nell'esercizio del potere sovrano statale. La Commissione può soltanto valutare l'esistenza di una differenza di trattamento rispetto all'obiettivo del sistema impositivo e tra i soggetti che solo lo Stato membro designa, implicitamente, come uguali di fronte a tale obiettivo²²⁸.

²²⁵ Cfr. la giurisprudenza citata al punto 626 della decisione definitiva *Amazon*: sentenza *Forum 187*, cit., punto 147; sentenza della Corte, *Van den Bergh en Jurgens e Van Dijk Food Products (Lopik) BV / Commissione*, C-265/85, EU:C:1987:121, punto 44; sentenza della Corte, *Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya e al. / Commissione*, cause riunite da C-471/09 P a C-473/09 P, EU:C:2011:521, punti 64-76. Sull'esclusione del legittimo affidamento cfr. anche *supra*, § 2.2.3.

²²⁶ Sentenza *Starbucks*, punto 159.

²²⁷ *Ibidem*, punto 168. Per un approfondimento sulla nozione di “parità di trattamento” nelle decisioni della Commissione sui *ruling* si veda S. VERSCHUUR-M. STROUNGI, *State Aid and Tax rulings - The Commission's Approach to Virtual Payments: Equal Treatment of Multinationals*, in *EStAL*, 2017, pp. 598-606.

²²⁸ Questa posizione appare condivisibile alla luce dell'*acquis* in materia di diritto degli aiuti di Stato e costituisce la principale argomentazione contro la tesi sulla necessità di un più ampio uso del test di non-discriminazione derivato dalle libertà

2.3 Ulteriori riflessioni a margine delle recenti sentenze sulle decisioni della Commissione nei casi *Belgian Profit Scheme*, *FIAT* e *Starbucks*

2.3.1 *La centralità dell'esercizio della discrezionalità amministrativa nella concessione dell'aiuto: le sentenze Belgian Excess Profit Scheme e FIAT*

Tra i numerosi ricorsi per l'annullamento delle decisioni sui *ruling* fiscali introdotti da imprese e Stati membri in questo secondo *Fiscal Aid Package*, al momento solo tre sono stati decisi. Due in particolare sono le sentenze che offrono spunti per una riflessione sul ruolo della discrezionalità nell'analisi del diritto sugli aiuti di Stato.

Nella causa *Belgian Excess Profit Scheme*²²⁹ il Tribunale ha ritenuto di dover annullare la decisione della Commissione sul regime di aiuti concesso dal Belgio per violazione dell'art. 1, lettera d), del regolamento di procedura. La Commissione, nella decisione annullata, aveva infatti statuito che fosse il regime sugli utili in eccesso - con cui è stata prevista l'esenzione dell'imposta sulle società per una parte dell'utile da queste registrato - ad essere incompatibile con il mercato ai sensi dell'art. 107 TFUE. Tuttavia, come noto, costituisce un regime di aiuti qualsiasi atto in base al quale, senza che siano necessarie ulteriori misure di attuazione, possono essere adottate singole misure di aiuto a favore di imprese definite nell'atto in linea generale e astratta. Secondo il Tribunale, la Commissione sarebbe caduta in contraddizione poiché essa stessa ha riconosciuto che «gli elementi essenziali degli asseriti aiuti erano stati constatati sulla base dell'esame di un campione

fondamentali nel settore. Per un esempio, v. ad es., K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 47. Sulle similitudini e le differenze tra i sistemi, v. H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, cit., pp. 148-149.

²²⁹ Cit.

di decisioni anticipate. Pertanto, la stessa Commissione ha riconosciuto che tali elementi essenziali non risultavano dagli atti su cui riteneva che il regime fosse basato, bensì dalle stesse decisioni anticipate o, piuttosto, da un campione di esse»²³⁰. Occorre precisare che, sebbene a una prima lettura la decisione *Belgian Excess Profit Scheme* sembri essere stata annullata per via di un difetto di motivazione o comunque di una motivazione contraddittoria²³¹, a ben vedere la norma di procedura su cui si fonda l'annullamento è ancora una volta riflesso e garanzia di una norma di sostanza. La Commissione ha mancato nel dimostrare che il vantaggio selettivo sia stato conferito con il regime poiché solo nelle decisioni anticipate, ossia nei *ruling*, si riscontra la selettività²³². Di conseguenza, il Tribunale ha implicitamente sostenuto che non sia stato provato che il regime identificato e annullato dalla decisione sia un regime selettivo.

La sentenza *FIAT* dimostra che la discrezionalità con cui lo Stato membro determina le imposte nei *ruling* è essenziale ai fini dell'accertamento della selettività della misura. Infatti il Tribunale ha statuito che l'ampio margine di apprezzamento nella valutazione del metodo di calcolo dei *ruling* preclude la possibilità di considerare il *ruling* come misura attuativa di un regime di aiuti generale²³³. Di conseguenza, il Tribunale conclude che è lecito presumere la selettività di una misura individuale di vantaggio sulla base della giurisprudenza *MOL*²³⁴.

²³⁰ Sentenza *Belgian Excess Profit Scheme*, punto 92.

²³¹ *Ibidem*, punto 82.

²³² *Ibidem*, punti 95-98.

²³³ Sentenza *FIAT*, punto 352.

²³⁴ *Ibidem*, punto 359.

Come si diceva, le sentenze offrono lo spunto per alcune considerazioni.

Entrambe le pronunce sottolineano la centralità dell'elemento di esercizio discrezionale del potere ai fini del concetto di selettività nella nozione di aiuto²³⁵. Infatti, nei *ruling* e non nel regime si trova l'applicazione di una metodologia che conferisce un vantaggio selettivo, quale elemento essenziale ai sensi dell'art. 107 TFUE. Da ciò è possibile desumere che, mentre le autorità nazionali possono beneficiare di una tecnica della normazione che lascia ampio margine all'esercizio della discrezionalità amministrativa e garantisce copertura legislativa alle singole misure di aiuto²³⁶, la Commissione è tenuta a provare caso per caso la sussistenza degli elementi della fattispecie. Ciò comporta potenzialmente un'enorme e indesiderabile mole di lavoro per la Commissione che, è lecito opinare, non era nell'intenzione del legislatore europeo.

Occorre dunque chiedersi se alla nozione di regime di aiuti possa darsi un'interpretazione che valorizzi l'esistenza dell'ampio margine discrezionale conferito dal legislatore all'amministrazione fiscale quale elemento di conferimento surrettizio di un aiuto. Un primo elemento in tal senso è offerto dalla lettera della norma. Nel regolamento di procedura si legge infatti che il regime di aiuti è quello che rende possibile adottare singole misure di aiuto senza che siano necessarie ulteriori misure attuative. A ben vedere, ciò è esattamente quello che accade quando si concede un elevato grado di discrezionalità. Un secondo elemento ci è dato dalla stessa giurisprudenza su cui la Commissione costruisce la propria lettura del concetto di

²³⁵ V. N. CHESAITES, *Tax Incentives as State Aid*, in AA.VV., *EU Competition and State Aid Rules*, Springer, pp. 266-270.

²³⁶ Sul punto cfr. *supra* § 1.2.2.

discrezionalità in materia di aiuti. Ad esempio, nella sentenza *Oy P*, la Corte sembra avallare il ragionamento secondo cui la concessione del potere discrezionale del regime in sé è idonea a favorire talune imprese o talune produzioni già *ab origine*, prima che vengano emanate le singole misure²³⁷. Senonché in realtà questa giurisprudenza si spiega alla luce del fatto che il regime in questione era già selettivo per via del riferimento a criteri estranei al sistema fiscale, quali il mantenimento dell'occupazione, come elemento di discriminazione tra imprese.

Più in generale, occorre riconoscere quanto già rilevato sopra con riferimento alla natura non procedurale ma sostanziale della norma violata su cui si basa la sentenza di annullamento *Belgian Excess Profit Scheme*. Invero, non basta asserire che il margine di discrezionalità concesso sia ampio per dimostrare, in concreto, che la misura abbia effettivamente conferito un vantaggio selettivo. Tale argomento è difficilmente superabile.

Ad ogni modo le sentenze offrono lo spunto per sottolineare la necessità di una più ampia riflessione sul concetto di discrezionalità nella teoria sul diritto degli aiuti di Stato. Occorre infatti considerare che il peso del concetto di esercizio di poteri amministrativi discrezionali nell'analisi delle fonti del diritto in materia di aiuti sta aumentando. La sentenza *Belgian Excess Profit Scheme* dimostra che l'esercizio della discrezionalità è decisivo sia sul piano della nozione di aiuto, nell'individuazione di un vantaggio selettivo concesso dallo Stato, sia sul piano procedurale, nella valutazione dell'illegittimità di una decisione che la Commissione ha emanato prima di provare la selettività delle singole misure. Più in generale, è decisivo l'esercizio del potere discrezionale anche sul piano della prova, ad esempio nelle

²³⁷ Così sembra che la Commissione interpreti i punti 27-28 della sentenza *P Oy*, cit. (cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 124).

argomentazioni che la Commissione adduce a sostegno della tesi secondo cui i *ruling* sarebbero concessi senza l'approfondimento necessario da parte dell'amministrazione nazionale²³⁸. Occorre dunque auspicare che la teoria sul ruolo della discrezionalità in materia di aiuti si arricchisca di contributi giurisprudenziali e scientifici, in un'indagine il cui ambito spazi anche oltre i confini della nozione di selettività nella prassi amministrativa.

2.3.2 *Il valore della proprietà intellettuale: onere della prova e peso della ricostruzione fattuale nella sentenza Starbucks*

La recente sentenza del Tribunale nel caso *Starbucks*²³⁹, che ha annullato la decisione oggetto del ricorso, offre interessanti spunti di riflessione in merito all'onere della prova rispetto all'elemento del vantaggio.

Il Tribunale ha anzitutto riconosciuto che la Commissione può legittimamente valutare l'esistenza di un vantaggio facendo ricorso al principio *arm's length*²⁴⁰. Successivamente, il Tribunale ha vagliato le altre doglianze dei ricorrenti sulla validità dell'impianto argomentativo della decisione nel riscontro di un vantaggio. In particolare, il Tribunale ha ritenuto che a) la Commissione avrebbe dovuto dimostrare che gli errori metodologici identificati non consentono di ottenere, con un grado di approssimazione affidabile, il risultato dell'applicazione del principio *arm's length* o, altrimenti detto, una riduzione dell'onere fiscale²⁴¹; b) la Commissione non è riuscita a dimostrare che la *royalty*

²³⁸ Ad es., nella decisione *Amazon* la Commissione ritiene di dover sottolineare e criticare che il *ruling* sia stato concesso dopo appena 11 giorni dalla richiesta (cfr. decisione definitiva *Amazon*, punto 277).

²³⁹ Cit.

²⁴⁰ Sul punto, cfr. *supra*, § 2.2.2.

²⁴¹ *Ibidem*. Cfr. sentenza *Starbucks*, punti 203, 215-216, 250, 264, 278, 438, 500-501, 548-549.

infragrupo per la tostatura del caffè avrebbe dovuto avere un valore pari a zero²⁴²; c) la Commissione ha errato nel considerare il prezzo dei chicchi verdi di caffè come elemento di costo compreso nell'ambito di applicazione dell'APA²⁴³. In conclusione, e come già evidenziato da alcuni esperti del settore²⁴⁴, la Commissione nel caso di specie ha mancato di sostenere l'onere della prova relativamente alla sussistenza dell'elemento del vantaggio.

Ai presenti fini è interessante osservare che, nella descrizione del modo in cui la Commissione ha mancato nel dimostrare la sussistenza del vantaggio, un'ampia disamina è dedicata al valore dei DPI sotto forma di *royalty* per la tostatura del caffè. Da un'attenta lettura delle argomentazioni del Tribunale è possibile desumere due ordini di considerazioni.

In primo luogo, il Tribunale riconosce²⁴⁵ che, se le società di un gruppo multinazionale devono utilizzare procedimenti e *know-how* tutelato da diritti di sfruttamento, è normale che a fronte di quel valore economico venga corrisposta una somma. Lo sfruttamento economico della proprietà intellettuale non è relegato unicamente alla vendita ai consumatori finali sul mercato al dettaglio ma può avvenire anche sul mercato all'ingrosso. Di conseguenza, è dovuta una controprestazione pecuniaria per il valore del bene concesso che, contrariamente a quanto prospettato dalla Commissione, s'intende superiore a zero²⁴⁶. In base a questa ricostruzione, il Tribunale riconosce la legittimità di transazioni economiche infragrupo per il trasferimento dei DPI. Di conseguenza,

²⁴² *Ibidem*, punti 319 e 373.

²⁴³ *Ibidem*, punti 403-404.

²⁴⁴ V. B. VOS, *State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks*, in *EC Tax Review*, 2018, pp. 113-120.

²⁴⁵ Sentenza *Starbucks*, punti 259, 262-264 e 346.

²⁴⁶ *Ibidem*, punto 359.

è probabile che le multinazionali continueranno a reiterare lo schema e, insieme ad esso, le problematiche relative alla metodologia di calcolo dei prezzi di trasferimento²⁴⁷.

In secondo luogo, occorre osservare che le argomentazioni del Tribunale circa l'inadeguatezza dell'impianto probatorio della Commissione discendono da una dettagliata disamina dei fatti, in particolare sulla remunerazione del valore economico della proprietà intellettuale. Sul punto, i primi commentatori²⁴⁸ non si limitano a riscontrare come la sentenza sia di monito alla Commissione, che è chiamata ad adempiere con maggiore attenzione all'onere probatorio e al suo obbligo di motivazione delle decisioni, ma dimostra anche che il vaglio in appello non potrà che essere molto limitato, poiché solo in primo grado il diritto processuale della CGUE ammette la qualificazione del fatto²⁴⁹.

Incidentalmente si nota che una pronuncia preta di analisi fattuale in materia di accordi sui DPI, come quella in esame, necessariamente comporta l'omissione di alcune informazioni confidenziali e, talvolta, di interi paragrafi²⁵⁰. La presenza cospicua degli *omissis*, pur non dirimente ai fini della comprensione del tenore generale della sentenza, non agevola l'analisi scientifica delle argomentazioni e la verifica della loro fondatezza.

²⁴⁷ Cfr *supra* § 2.1.

²⁴⁸ A. LAMADRID DE PABLO, *The FIAT and Starbucks Judgements*, cit.

²⁴⁹ Art. 256, par. 1, TFUE.

²⁵⁰ Cfr. sentenza *Starbucks*, punti 324-325. Una parziale limitazione al principio di confidenzialità delle informazioni è ammessa per gli interventi in causa, ad esempio in relazione ad informazioni che presentano ormai un contenuto storicizzato e non più attuale, ma sempre nel rispetto del segreto commerciale. Cr. Ad es. l'ordine del Tribunale del 14 dicembre 2018, Irlanda / Commissione (caso *Apple*), T-778/16, EU:T:2018:1019.

Infine, l'accoglimento dei ricorsi in *Starbucks* e non in FIAT merita un approfondimento. Come si sottolineava²⁵¹, è possibile che gli errori di valutazione presenti in *Starbucks* e assenti in FIAT derivino proprio dal differente oggetto della prestazione per cui sono corrisposti i prezzi di trasferimento nei due casi - nel merito, DPI sotto forma di *royalty* per l'utilizzo di beni di proprietà intellettuale in *Starbucks*, attività di finanziamento in *FIAT*. A parere di chi scrive, non è un caso che la stima del valore di un bene dell'ingegno rappresenti una sfida più complessa, soprattutto nella scelta della metodologia di calcolo da applicare e nella valutazione della sua congruità, come del resto sostenuto anche dalle linee-guida OCSE²⁵².

3. Questioni aperte e prospettive dell'evoluzione in materia di aiuti fiscali e DPI

Alla luce dei rilievi sopra esposti è possibile compiere una valutazione delle questioni irrisolte in punto di diritto e stilare un elenco delle possibili soluzioni alle criticità evidenziate sotto il profilo della regolazione del mercato. In particolare, come si osserverà, le criticità dell'applicazione del diritto sugli aiuti di Stato ai *ruling* fiscali dipendono quasi esclusivamente dal fatto che le norme che sanzionano gli effetti distorsivi dell'intervento statale sul mercato non possono sostituirsi funzionalmente all'armonizzazione degli ordinamenti sul piano europeo o internazionale. La concorrenza dell'impresa globale o multinazionale comporta strategie e tecniche di *arbitrage* che superano i confini nazionali. Di conseguenza, è necessario che anche la risposta dell'ordinamento sia offerta sul piano sovranazionale.

²⁵¹ Cfr. *supra*, § 2.2.2.

²⁵² Cfr *supra* § 2.1.

3.1 Selettività come chiave della definizione d'incompatibilità dell'aiuto fiscale e rischi connessi alla sua compressione

Alla luce delle considerazioni svolte sinora è possibile trarre alcune conclusioni in merito al ruolo della nozione di selettività nelle misure di aiuto fiscale.

È stato dimostrato²⁵³ che, nel contesto delle decisioni sui *tax rulings*, sia la Commissione che il Tribunale hanno avallato una lettura della nozione di vantaggio selettivo sintetica, dando rilievo al concetto di vantaggio come riduzione dell'onere fiscale ed evitando per quanto possibile di approfondire la differenziazione nel trattamento tra imprese.

In generale, la dottrina sottolinea che l'interprete è ormai spesso portato a ritenere che si stia formando, con l'avallo delle istituzioni europee, un orientamento sul modo di interpretare la nozione di aiuto che si basa su astrazioni giuridiche e che per questo manca di aderenza alla realtà sia giuridica che economica²⁵⁴. In particolare, è possibile sostenere che un'analisi più dettagliata della nozione di selettività nei casi che ci occupano avrebbe condotto il Tribunale a giudicare diversamente la legittimità delle decisioni²⁵⁵.

Anzitutto, nei casi che ci occupano, un vaglio più accurato avrebbe potuto portare il Tribunale a disconoscere l'equiparazione tra

²⁵³ Cfr. *supra* §§ 2.2.1 e 2.2.2.

²⁵⁴ A. GIRAUD-S. PETIT, *Tax rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?*, in *EStAL*, 2017, pp. 233-242.

²⁵⁵ Per un'opinione contraria alla tesi dell'eccessivo ampliamento della nozione di selettività nelle decisioni sui *ruling*, v. T. ILIOPOULOS, *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?*, in *EStAL*, 2017, pp. 263-271.

imprese integrate in un gruppo e imprese indipendenti, per i motivi illustrati sopra²⁵⁶ con riferimento alla loro natura giuridica e di fatto.

Inoltre tale orientamento appare criticabile sotto diversi profili teorici. Come si anticipava, non solo della esistenza di un consolidato orientamento nel senso della possibilità di presumere soddisfatti gli elementi costitutivi della nozione di aiuto occorre dubitare²⁵⁷ ma la commistione tra i due elementi comporta necessariamente una compressione dello spazio di difesa dei ricorrenti e un limite alla solidità dell'impianto logico-argomentativo delle decisioni e delle sentenze in materia. Come si sosteneva *supra*²⁵⁸, la selettività ha natura funzionalmente atta a limitare il concetto di aiuto. Dimostrare che la misura non è solo di vantaggio, ma è anche selettiva, significa fornire la prova che nel sistema tributario di quello Stato membro la misura si discosta dagli obiettivi intrinseci posti. Sottrarsi a tale dimostrazione, attraverso il richiamo alla presunzione di selettività della misura individuale di vantaggio, significa impedire di verificare se, in realtà, quella misura si concilia con il sistema. Ad esempio, è stato sostenuto che i *ruling* andrebbero letti insieme al sistema di riferimento come regime applicabile ai gruppi d'impresa²⁵⁹. L'importanza di un'analisi indipendente è rimarcata dal fatto che i ricorrenti impostano soprattutto su questo elemento i loro ricorsi²⁶⁰.

²⁵⁶ Cfr. *supra* § 2.2.2.

²⁵⁷ Cfr. *supra*, § 1.2.3. Nello stesso senso, v. A. LAMADRID DE PABLO, *The FIAT and Starbucks Judgements*, cit.

²⁵⁸ Cfr. *supra*, § 1.2.2.

²⁵⁹ P. NICOLAIDES, *State aid rules and Tax rulings*, cit., p. 425.

²⁶⁰ Sentenza *Starbucks*, punto 128. Per un approfondimento sul ruolo della selettività nell'allocazione del reddito imponibile delle società, v. J. MONSENEGO, *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Wolters Kluwer, 2018.

Occorre peraltro notare che l'analisi della selettività materiale e, in particolare, l'applicazione del test triadico, costituiscono uno strumento fondamentale al fine di oggettivizzare la valutazione delle misure e dimostrare la loro estraneità ad ogni indebita ingerenza sulla sovranità nazionale. Si è detto infatti che il raffronto delle situazioni di diritto e di fatto delle imprese imposto dal test trifasico deve intendersi alla luce dell'obiettivo intrinseco del sistema di riferimento. La Commissione non può sindacare l'obiettivo scelto dallo Stato, ma solo la coerenza della misura rispetto ad esso.

Si potrebbe sostenere che, dal punto di vista dell'ordinamento fiscale, il regime di tassazione del profitto delle imprese logicamente punta alla massimizzazione delle entrate secondo principi di eguaglianza e progressività indistintamente applicabili. Senonché, nella comunicazione sulla nozione di aiuto, la Commissione ha riconosciuto che gli Stati membri possono decidere legittimamente di non massimizzare le entrate a condizione che non si applichino trattamenti discriminatori e che «vi sia un collegamento sostanziale tra il conseguimento della finalità normativa e la rinuncia ad entrate»²⁶¹. Al di là della difficoltà di individuare con esattezza cosa la Commissione intenda in tale passaggio, occorre sottolineare che i *ruling* del tipo esaminato dalla Commissione sembrano rispettare tali requisiti. Infatti, per quanto concerne il criterio del collegamento, il fine ultimo dei *ruling* sembra quello di attrarre investimenti stranieri interpretando *ex ante* la normativa fiscale. Del resto, per quanto concerne il criterio della

²⁶¹ Comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 54. In merito, è interessante notare che, nella descrizione della misura di aiuto fiscale sotto forma di *ruling*, al punto 170, dalla bozza alla versione definitiva della comunicazione sulla nozione di aiuto, la formulazione è cambiata. Da una considerazione lata della ponderazione degli interessi («al di fuori della semplice gestione del gettito fiscale») si è passati a una definizione più stringente (la «riduzione del debito tributario»).

discriminazione, si è già dimostrato che un trattamento discriminatorio non può essere provato a fronte della sostanziale diversità dei profili delle imprese multinazionali rispetto a quelle indipendenti per via della struttura e della posizione giuridica di fatto diverse di queste società.

In questo contesto, una «rinuncia alle entrate» non comporterebbe una violazione delle norme in materia di aiuti ma, tutt'al più, una violazione dei principi derivanti dalle azioni in materia di concorrenza fiscale dannosa.

A ben vedere, il problema di cui si discute si presta a considerazioni dal tenore simile a quelle già esposte in merito al limite entro il quale occorre indagare la coerenza intrinseca/estrinseca di un sistema tributario nazionale²⁶². In particolare, è opportuno chiedersi fino a che punto la Commissione, pur ai fini dell'esercizio delle competenze in materia di concorrenza, possa considerarsi legittimata a fornire giudizi di merito sul fondamento immanente di un trattamento fiscale differenziato²⁶³.

Sotto questo profilo, nelle sentenze finora pronunciate dal Tribunale non solo non è stata colta l'opportunità di un chiarimento ma, con la rinuncia ad una compiuta analisi della selettività, si offre il fianco alle tesi sull'ingerenza dell'Unione europea nelle funzioni sovrane²⁶⁴.

Occorre infine considerare un altro profilo funzionale del test di selettività. Per suo tramite la Commissione riferisce agli Stati membri come la misura sia manifestazione di uno scollamento dall'obiettivo del sistema. Tale divergenza è dunque il risultato di una scelta o (come

²⁶² Cfr. *supra* § 1.2.2.

²⁶³ Sul punto cfr. anche *infra*, § 3.1. Su posizioni simili, v. E. NUKU-H. VERMEULEN, *The Engie Case: Fiscal State Aid and Mismatches in One Member State*, in *Derivatives & Financial Instruments*, n. 3, 2017, pp. 1-9, pubblicato online il 29.6.2017 su www.researchgate.net.

²⁶⁴ T. JAEGER, *Tax Measures*, cit., p. 1134-1139.

sembra accadere nel caso dei *ruling*) di un errore di valutazione. In ogni caso, l'analisi della selettività contribuisce a oggettivizzare il confronto perché racchiude già in sé la prova dell'illegittimità dell'esercizio del potere statale.

Di converso, quando l'analisi della selettività viene assorbita dal rinvio al criterio del vantaggio, occorre dare maggiore rilievo agli istituti relativi alla posizione soggettiva dello Stato nell'esercizio dei suoi poteri. Non a caso nei ricorsi contro le decisioni sui *ruling* gli istituti giuridici dell'errore²⁶⁵, delle legittime aspettative, certezza del diritto e buona fede²⁶⁶, nonché del margine di apprezzamento discrezionale²⁶⁷ sono richiamati come strumenti di difesa. Questo tipo di doglianze a carattere soggettivo tradizionalmente non riveste una posizione di rilievo nei ricorsi in materia di aiuti poiché le norme applicate non sono funzionalmente poste a sanzionare un atto illecito bensì a tutelare un principio (la libera concorrenza sul mercato) da una situazione di fatto (effetti distorsivi anche solo potenziali dell'ingerenza statale sul mercato). Nel momento in cui la selettività della misura viene ad essere dimostrata per il tramite di presunzioni e valutazioni sintetiche, il principio di parità delle armi in giudizio impone una maggiore considerazione della posizione dei ricorrenti nel procedimento di erogazione della misura.

Ciò risulta ancor più necessario alla luce del fatto che anche l'effetto distorsivo della misura si prova per il tramite di presunzioni²⁶⁸.

²⁶⁵ Cfr. *supra* § 2.2.4.

²⁶⁶ Cfr. *supra* § 2.2.3.

²⁶⁷ Cfr. *supra* § 2.3.1.

²⁶⁸ Cfr. *supra*, § 1.2.4.

3.2 Le difficoltà di applicazione del concetto di “giustificazione alle deroghe” in materia di fiscalità internazionale

È noto che il regime sul controllo degli aiuti di Stato in materia fiscale riguarda le disparità interne al sistema fiscale e non le disparità tra sistemi fiscali di ordinamenti diversi, ad esempio in tema di doppia tassazione e doppia non-tassazione²⁶⁹. Questa considerazione contribuisce a differenziare il sistema del diritto degli aiuti di Stato da quello sulla concorrenza fiscale dannosa tra Stati. Le decisioni in materia di *tax rulings* possono tuttavia avere degli effetti sulla competizione fiscale internazionale quantomeno in termini regolatori *de jure condito*.

Ad esempio, un interessante studio condotto da esperti di tassazione internazionale²⁷⁰ dimostra che gli APA oggetto delle decisioni della Commissione che hanno riguardato importanti multinazionali statunitensi²⁷¹ non miravano all’elusione della normativa fiscale dei Paesi europei ma piuttosto al differimento dell’imposizione negli Stati Uniti²⁷². A causa di divergenze tra i sistemi fiscali americano ed europei la pretesa impositiva finale sui DPI sviluppati spetterebbe principalmente agli Stati Uniti mentre «*only a smaller portion could hypothetically be found to be diverted out of high-tax EU countries*» in favore dei degli Stati europei «*low-tax*»²⁷³. Il

²⁶⁹ S. MORENO GONZALEZ, *State Aid and Tax Competition*, cit., p. 573.

²⁷⁰ R. J. S. TAVARES-B. N. BOGENSCHNEIDER-M. PANKIV, *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral*, cit., pp. 121-188.

²⁷¹ Lo studio si concentra in particolare sui casi *Starbucks*, *Amazon* e *Apple*.

²⁷² Similmente, sul concetto di differimento dell’imposizione negli USA, v. L. LOVDAHL GORMSEN, *State Aid and Direct Taxation and the Big Eruption Between the U.S. and the EU*, in *The Antitrust Bulletin*, 2017, p. 359.

²⁷³ R. J. S. TAVARES-B. N. BOGENSCHNEIDER-M. PANKIV, *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral*, cit., pp. 143-144. Si vedano anche, *ivi*, pp. 131-134.

recupero *ex post* degli aiuti comporterebbe invece l'impossibilità per il fisco statunitense di sollevare la pretesa impositiva sui profitti delle multinazionali che non rientrano nel paese dove la proprietà intellettuale è stata sviluppata. In tal senso è possibile affermare che l'applicazione dell'art. 107 TFUE ai *tax rulings* dei gruppi multinazionali ha l'effetto di disincentivare sia l'utilizzo da parte di queste ultime delle strutture fiscali di differimento sia l'approvazione di questo modello impositivo da parte degli ordinamenti extraeuropei. Per tali ragioni il Dipartimento del tesoro statunitense, unendosi alla dottrina maggioritaria, ha esposto rilievi fortemente critici in relazione all'impatto dell'iniziativa della Commissione sulla fiscalità internazionale²⁷⁴.

È possibile che questo effetto sia voluto da parte della Commissione, in un'ottica di utilizzo del regime giuridico degli aiuti come strumento di armonizzazione degli ordinamenti²⁷⁵ o, quantomeno, di difesa contro la pianificazione fiscale aggressiva. Ad ogni modo le decisioni sui *ruling* non prendono esplicitamente posizione su tali aspetti. Ad esempio, nelle decisioni *Starbucks* e *FIAT* non c'è spazio per la considerazione di come il valore oggetto del profitto su cui viene calcolata la base imponibile sia pervenuto alle imprese fintantoché esse risultano residenti negli Stati membri e dunque soggette a tassazione, indipendentemente dall'esistenza di una struttura fiscale del gruppo²⁷⁶.

²⁷⁴ V. K. RICHARD, *Are All Tax rulings State Aid*, cit., p. 52; N. J. DENOVIO-E. RIGHINI-N. NONKEN GIBBS, *State Aid: What It Is, and How It May Affect Multinationals and Tax Departments*, in *Tax Executive*, 2016, 15-26.

²⁷⁵ V. *infra*, § 3.3.

²⁷⁶ Cfr. sentenza *Starbucks*, punto 236 e sentenza *FIAT*, punto 196.

Una valutazione degli effetti dei *ruling* sulla tassazione internazionale è invece ammissibile in termini di giustificazione della deroga al sistema di riferimento. Ad esempio, nel caso *Belgian Excess Profit Scheme* lo Stato membro ha asserito che il regime sotto analisi costituiva in ogni caso una misura atta ad evitare la doppia imposizione a livello internazionale. La Commissione, richiamando la giurisprudenza *Paint Graphos*²⁷⁷, ha riconosciuto che questo obiettivo può legittimamente assurgere a giustificazione di una misura *prima facie* selettiva²⁷⁸ ma che esso deve necessariamente rispettare il test di proporzionalità. In particolare, la misura andrebbe oltre quanto necessario e proporzionale laddove miri, come nel caso di specie, ad evitare la doppia tassazione anche solo a livello potenziale, dunque ad alleviare l'onere fiscale prima ancora che il presupposto impositivo si sia realizzato²⁷⁹. La Commissione aggiunge che, in ogni caso, solo eccezionalmente può giustificarsi una riduzione unilaterale dell'onere fiscale quando ad esso corrisponda un aggiustamento in altra giurisdizione²⁸⁰.

Il Tribunale non ha avuto modo di esprimersi sulla questione della giustificazione del regime, avendo annullato la decisione sulla base di questioni preminenti relative alla nozione di regime di aiuto²⁸¹. È stato però confermato, facendo richiamo alle medesime argomentazioni, che l'obiettivo di evitare la doppia imposizione non può giustificare una restrizione della competenza della Commissione al vaglio del conferimento di aiuti incompatibili²⁸².

²⁷⁷ Cit., punto 71.

²⁷⁸ Decisione definitiva *Belgium Excess Profit Scheme*, punto 172.

²⁷⁹ *Ibidem*, punti 173-175.

²⁸⁰ *Ibidem*, punti 176-178.

²⁸¹ Cfr. *supra* § 2.3.1.

²⁸² Sentenza *Belgium Excess Profit Scheme*, punti 68-74.

La Commissione si è comunque impegnata a presentare soluzioni concrete al fine di ricondurre la base imponibile indebitamente sottratta attraverso i *ruling* nel Paese dove essa avrebbe dovuto originariamente essere soggetta a tassazione, attraverso un meccanismo di riduzione del recupero condizionato²⁸³.

Osservando l'efficacia del modello di controllo sugli aiuti di Stato proposto dall'Unione europea nelle decisioni sui *ruling*, ci si domanda se, non sia auspicabile l'adozione di una normativa simile in seno all'OMC²⁸⁴.

I primi commentatori²⁸⁵ rimarcano inoltre che, dal punto di vista delle relazioni internazionali, il fatto che il Tribunale abbia annullato una decisione relativa a una multinazionale statunitense (Starbucks) e confermato quella su un'impresa europea (FIAT) contribuisce a smentire le polemiche sulla strumentalizzazione geopolitica della normativa europea sul controllo degli aiuti fiscali.

3.3 Iniziative *de jure condendo*: verso una nuova governance della tassazione d'impresa

L'apertura delle indagini sui *tax ruling* ha nuovamente sollevato il dibattito sull'armonizzazione delle norme fiscali, in particolare nel senso dell'unificazione della base imponibile per il reddito d'impresa (c.d. *Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB*)²⁸⁶.

²⁸³ V. *supra*, § 2.2.3.

²⁸⁴ L. V. FAULHABER, *Beyond Apple*: cit. Per un approfondimento sul raffronto tra i due sistemi, v. L. RUBINI, *WTO Subsidy Laws: the International Regulation of State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, cit., pp. 469-481.

²⁸⁵ V. A. LAMADRID DE PABLO, *The FIAT and Starbucks Judgements*, cit.

²⁸⁶ Per una panoramica sull'iniziativa in corso, cfr. il sito web informativo della Commissione [disponibile all'indirizzo](#)

Sono state espresse opinioni e avanzate critiche sia da parte dei ricorrenti contro le decisioni della Commissione²⁸⁷ sia degli esperti della materia²⁸⁸ sul fatto che attraverso i *Fiscal Aid Packages* l'Unione starebbe attuando un progetto di armonizzazione surrettizia o negativa degli ordinamenti fiscali nazionali²⁸⁹. È stato fatto notare in dottrina²⁹⁰ che l'iniziativa della Commissione ha già comportato un sostegno concreto all'applicazione del progetto *BEPS* nell'Unione, l'emanazione delle direttive sulla trasparenza e lo scambio di informazioni tra Stati membri, anche in materia di *tax rulings* e *APA*²⁹¹. Importanti passi avanti sono stati compiuti anche in materia di armonizzazione delle

https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en.

²⁸⁷ Ad es., cfr. sentenza *Belgian Excess Profit Scheme*, punto 59; sentenza *FIAT*, punto 90.

²⁸⁸ P. ROSSI-MACCANICO, *Fiscal Aid Review and Tax Competition*, cit., p. 45; D. A. KYRIAZIS, *From Soft Law*, cit., p. 436-437; R. LYAL, *Transfer Pricing Rules*, cit. p. 1043; T. JAEGER, *Tax Incentives Under State Aid Law: A Competition Law Perspective*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, cit., p. 41.

²⁸⁹ A. FLAMINI-E. TRAVERSA, *Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?*, in *EStAL*, 2015, pp. 323-331.

²⁹⁰ S. MORENO GONZALEZ, *State Aid and Tax Competition*, cit., p. 574.

²⁹¹ Direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, GU L 332 del 18.12.2015, pp. 1-10; direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, GU L 146 del 3.6.2016, pp. 8-21); Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, GU L 139, 5.6.2018, pp. 1-13.

norme antielusive²⁹². Queste iniziative, che costituiscono parte integrante del piano di azione della Commissione sui 5 settori d'intervento per un regime equo ed efficace per l'imposta societaria²⁹³ e contribuiscono alla lotta contro la pianificazione fiscale aggressiva²⁹⁴, sarebbero necessarie a fronte del fallimento della prima proposta di direttiva sulla *CCCTB*²⁹⁵.

Il Tribunale ha finora smentito che la Commissione abbia abusato dei suoi poteri andando oltre le proprie competenze in materia di controllo degli aiuti di Stato. È comunque indubbio che le indagini sui *tax ruling* abbiano quantomeno consentito di far apprezzare all'opinione pubblica la complessità e l'entità della questione contribuendo a raccogliere consenso politico sull'urgenza di un'azione a livello sovranazionale²⁹⁶. Nel 2016 la Commissione ha avanzato una

²⁹² Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno. GU L 193, 19.7.2016, pp. 1–14; Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi, GU L 144, 7.6.2017, pp. 1–11. Il *corpus* normativo in materia di società controllate estere e per il contrasto ai disallineamenti da ibridi (c.d. ATAD 1 e ATAD 2) fa sì che non emergano più problemi del tipo evidenziato, ad esempio, nel caso *CFC UK*. Cfr. il comunicato stampa IP/19/1948, del 2.4.2019, cit.

²⁹³ Comunicazione della Commissione, Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento (di seguito, “piano di azione in materia fiscale 2015”), COM/2015/0302 def., 17.6.2015.

²⁹⁴ F. CACHIA, *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *EC Tax Review*, 2017, pp. 257-273.

²⁹⁵ Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM/2011/0121 def., 16.3.2011.

²⁹⁶ Cfr. il comunicato stampa 20150504IPR49647 del 5.5.2015, *Tax rulings: 'We need a common corporate a common corporate tax base', says Commissioner Vestager*,

nuova normativa sulla *CCCTB*, suddivisa in due proposte di direttiva non ancora approvate²⁹⁷.

Osservando l'incidenza delle decisioni sui *ruling* fiscali nel percorso evolutivo dell'armonizzazione in materia di fiscalità diretta delle imprese, l'interprete non può che chiedersi se ci si trovi di fronte a un nuovo progetto di *governance*²⁹⁸. In particolare, sembra doversi avallare la tesi avanzata nella letteratura *supra* richiamata²⁹⁹ secondo cui, attraverso i *Fiscal Aid Packages*, l'Unione starebbe attuando un progetto di armonizzazione surrettizia o negativa degli ordinamenti fiscali nazionali al fine di integrare nel diritto degli Stati membri

disponibile online all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20150504IPR49647/html/Tax-rulings-%E2%80%9CWe-need-a-common-corporate-tax-base%E2%80%9D-says-Commissioner-Vestager>.

²⁹⁷ Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società (di seguito, anche "proposta *CCTB*") (COM/2016/0685 def.), e Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (di seguito, anche "proposta *CCCTB*") (COM/2016/0683 def.), 25.10.2016. Giova constatare che le proposte prevedono anche una super-deduzione armonizzata per le imprese che investono nel settore R&S. Sull'apparente contraddizione tra la proposta di introduzione della *CCCTB* e l'affermazione dell'esistenza dell'*arm's length principle*, P. J. WATTEL, *Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle*, in *Intertax*, 2016, p. 794.

²⁹⁸ Ad esempio, v. A. ARENA, *Le decisioni sui tax rulings*, cit., p. 925-965; Sull'evoluzione della fiscalità diretta delle società, si veda la sintesi della Commissione disponibile online all'indirizzo web https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/overview_en. In particolare, sulla *governance* della tassazione d'impresa e sulla concorrenza fiscale dannosa, si vedano le risultanze del progetto "*The Changing Governance Architecture of International and EU Direct Taxation (TAXGOV)*", disponibili online all'indirizzo web www.eu-newgov.org/datalists/project_detail.asp?Project_ID=22.

²⁹⁹ Cfr. *supra*, note a piè di pagina nn. 287, 288 e 298.

dell'Unione i principi derivanti dalla cooperazione internazionale in materia fiscale³⁰⁰.

³⁰⁰ Sul punto, cfr. *infra*, cap. IV, § 3.3.

CAPITOLO IV
Aiuti di Stato e diritti di proprietà
intellettuale nel settore fiscale: i regimi
Intellectual Property Box

1 Il dibattito scientifico sui regimi di tassazione del reddito da beni immateriali: premessa

Nel corso dell'ultimo decennio, molti Stati¹ nell'Unione europea hanno introdotto dei regimi di tassazione *ad hoc* per i proventi derivanti dallo sfruttamento economico dei diritti sui beni di proprietà intellettuale. La crescente diffusione dei regimi di tassazione preferenziale del reddito da beni immateriali (anche detti *Intellectual Property box* o *Patent box*) in Europa e nel mondo ha sollevato un ampio dibattito scientifico e, in particolare, alcuni rilievi critici sulla loro conformità rispetto al divieto di aiuti di Stato².

¹ Per un elenco aggiornato degli ordinamenti che hanno previsto il regime, cfr. *infra*, § 1.1.

² C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, cit., pp. 221-245; R. ISMER-S. PIOTROWSKI, *Selektivität von Beihilfen: Dogmatische Grundfragen am Beispiel von IP Boxen*, in *Internationales Steuerrecht*, 2015, pp. 257-267; M. VALTA, *Patentboxen und IP-Boxen: eine verbotene Beihilfe?*, in *Steuer und Wirtschaft*, 2015, pp. 257-268; C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity: Analysis of the Patent Box scheme and the reduced taxation of foreign-source interest income*, in A. RUST-C. MICHEAU, *State aid and Tax Law*, cit., pp. 153-163; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes: Tax Planning, Effective Tax Burdens and Tax Policy Options*, Tesi di Dottorato in Giurisprudenza, Mannheim University, 2014, pp. 165-184; M. MEROLA, *The Rebus of Selectivity in Fiscal Aid: A Nonconformist View on and Beyond Case Law*, in *World Competition*, 2016, pp. 533-556; P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, Nomos, 2017, pp. 63-158; D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box? 'Patent Box'*

Ancora una volta i regimi, da un lato, di tutela e incentivo allo sviluppo della proprietà intellettuale e, dall'altro, di contenimento degli aiuti di Stato incompatibili con il mercato trovano applicazione contestuale con risultati controversi. Come già notato *supra*³, in astratto le due politiche non sono in contrasto ma, al contrario, l'innovazione è ampiamente riconosciuta come motore della concorrenza. Tuttavia, il diffuso regime dell'*IP Box* è potenzialmente in grado di costituire un aiuto illegittimo.

Se nel 2008 la Commissione aveva implicitamente sancito la compatibilità del modello *IP Box* con la normativa dell'Unione ai sensi dell'art. 107 e segg. TFUE⁴, nel 2014 essa ha riscontrato che l'introduzione crescente di questi regimi costituisce in realtà un mezzo per erogare benefici a uno specifico tipo di imprese, quelle cc.dd. "ad alta mobilità internazionale", senza innescare un incremento di

Regimes in the EU Between R&D Incentives and Harmful Tax Practice, in *Amsterdam Law Forum*, 2019, n. 1, pp. 33-65; R. SANZ-GÓMEZ, *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015, n. 12, pp. 1-29; I. ZAMMIT, *Centralized Intellectual Property Business Models – Tax Implications of EU Patent Box Regimes*, in *IBFD Bulletin For International Taxation*, 2015, pp. 540-549; N. CHESAITES, *Tax Incentives as State Aid*, cit.; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes with EU State Aid Rules and Code of Conduct*, in *EC Tax Review*, 2014, pp. 258-283; P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box con le regole in materia di aiuti di Stato*, relazione al convegno *La Fiscalità di vantaggio: un'opportunità di sviluppo*, tenutasi a Roma il 27.3.2015, disponibile online all'indirizzo www.aiutidistato.org/compatibilita-dei-regimi-di-patent-box-con-le-regole-in-materia-di-aiuti-di-stato/.

³ Cfr. *supra*, cap. I.

⁴ Cfr. la decisione C(2008)467 def. della Commissione, del 13 febbraio 2008, nel caso N 480/07, *Riduzione delle entrate derivanti da determinati attivi immateriali* (di seguito, anche "decisione *IP Box 2008*"), (GU C 80, 1.4.2008, pp. 3-4). Sul punto, cfr. *amplius infra*, § 3.1.

quell'attività di R&S che dovrebbe costituire uno dei principali obiettivi dei regimi⁵. La Commissione ha dunque richiesto informazioni agli Stati sui regimi in vigore nei rispettivi ordinamenti per verificare se le misure comportano il conferimento di un vantaggio selettivo ad alcune imprese in violazione delle norme sugli aiuti incompatibili e sull'obbligo di notifica preventiva⁶.

La materia è oggetto di un prolifico confronto dottrinale poiché su tali regimi trovano applicazione le norme a tutela del libero mercato e della concorrenza (in particolare sugli aiuti di Stato), il principio di sovranità Statale (in particolare la libertà degli Stati membri di perseguire i loro obiettivi di politica fiscale)⁷ e le esigenze di

⁵ V. B. STRAATHOF ET AL., *A Study on R&D Tax Incentives: final report*, in *Taxation Papers*, 2014, n. 52, pp. 45-46, disponibile online all'indirizzo web https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/28-taxud-study_on_rnd_tax_incentives_-_2014.pdf; cfr. anche il comunicato stampa IP/14/309 del 24.3.2014, *State aid: Commission orders Luxembourg to deliver information on tax practices*, disponibile online https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_309.

⁶ CFR. anche il comunicato stampa IP/14/2742 del 17.12.2014, *State aid: Commission extends information enquiry on tax rulings practice to all Member States*, disponibile online https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_2742; J. ALMUNIA, *Public policies in digital markets: reflections from competition enforcement*, Chatham House Competition Policy Conference, 30.6.2014, disponibile online https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_14_515; Comunicato stampa STATEMENT/14/2800 del 18.12.2014, *Statement by Commissioner Vestager welcoming Luxembourg's decision to provide all information requested on tax rulings and patent boxes*, disponibile online https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_14_2800; I. ZAMMIT, *Centralized Intellectual Property Business Models*, cit., p. 540.

⁷ *Ex multis*, J. AZIZI, *The Tension between Member States' autonomy and Commission control in State aid matters: selected aspects*, in H. KANNINEN, N. KORJUS, A. ROSAS, *EU Competition Law in Context*, OUP, 2009, pp. 307-320; L.V. FAULHABER, *Sovereignty, integration and tax avoidance in the European Union: striking the*

coordinamento della politica internazionale (soprattutto ai fini della lotta alla concorrenza fiscale dannosa tra Stati)⁸.

Nelle pagine che seguono verranno preliminarmente esposti brevi cenni sulla definizione dell'istituto⁹ e sul suo rilievo ai fini del regime sul controllo degli aiuti di Stato¹⁰. In seguito verrà svolta una riflessione sulle criticità riscontrate nell'applicazione del criterio di selettività quale parametro di definizione dell'incompatibilità dell'aiuto¹¹. Infine, verranno esposti i principali fondamenti giuridici della teoria della compatibilità dei regimi con il mercato, soffermandosi in particolare sulle fonti della compatibilità, la prassi amministrativa, e gli sviluppi nel settore del coordinamento fiscale internazionale¹².

1.1 *Intellectual Property Box*: definizione e diffusione dell'istituto negli Stati membri dell'Unione europea

Un regime di tassazione privilegiata del reddito da beni

proper balance, in *Columbia Journal of Transnational law*, 2009, pp. 177-241; B. PEETERS, *Tax Sovereignty of EU Member States in View of the Global Financial and Economic Crisis*, in *EC Tax Review*, 2010, pp. 236-237; G. RAWLINGS, *Taxes and Transnational Treaties: Responsive Regulation and the Reassertion of Offshore Sovereignty*, in *Law&Policy*, 2007, pp. 51-66; cfr. anche *supra*, cap. III., §§ 1.1. e 3.1.

⁸ In tal senso, v. F. WISHLADE, *When Policy Worlds Collide: Tax Competition, State Aid, and Regional Economic Development in the EU*, in *Journal of European Integration*, 2012, pp. 585–602; P. G. LINDENBERG SCHOUEI, *Fundamental conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition*, Tesi di Dottorato in International Business Taxation, Vienna University, 2018. Sul punto cfr. anche *infra*, § 3.3.

⁹ Cfr. *infra*, § 1.1.

¹⁰ Cfr. *infra*, § 1.2.

¹¹ Cfr. *infra*, § 2.

¹² Cfr. *infra*, § 3.

immateriale (anche detto *Intellectual Property Box* o *IP Box*)¹³ è una misura di fiscalità statale la quale prevede che i redditi provenienti dallo sfruttamento o impiego di diritti su brevetti e altri beni immateriali siano separati dagli altri redditi dell'impresa e tassati in maniera privilegiata, generalmente attraverso l'applicazione di un'aliquota fiscale ridotta ma talvolta anche con un'esenzione parziale o una detrazione fiscale¹⁴.

Nel corso dell'ultimo decennio, molti Stati nell'Unione europea hanno introdotto dei regimi di tassazione privilegiata di questo tipo. In particolare, nel 2019, 15 dei 28 Stati membri dell'Unione annoverano un regime *IP Box* nella legislazione vigente¹⁵ e si ritiene che questo

¹³ In realtà, in ogni ordinamento si trovano denominazioni diverse, come ad esempio *patent box*, *innovation box*, *license box* o *patent income deduction*. Sul punto, v. L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 16, nota a piè di pagina n. 54.

¹⁴ A. ALSTADSÆTER-S. BARRIOS-G. NICODEME-A. M. SKONIECZNA-A. VEZZANI, *Patent boxes design, patents location, and local R&D*, in *Economic Policy*, 2018, pp. 131-177; P. MERRILL, *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, in *National Tax Journal*, 2016, pp. 847-862; R. D. ATKINSON-S. ANDES, *Patent Boxes: Innovation in Tax Policy and Tax Policy for Innovation*, in *The Information Technology and Innovation Foundation*, ottobre 2011, pp. 1-22, disponibile online all'indirizzo www.itif.org/files/2011-patent-box-final.pdf; L. K. EVERS-H. MILLER-C. SPENGLER, *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, in *International Tax and Public Finance*, 2015, pp. 502-530; B. STRAATHOF ET AL., *A Study on R&D Tax Incentives: final report*, cit., pp. 45-46; L. K. EVERS, *Intellectual Property Box Regimes Tax Planning, Effective Tax Burdens and Tax Policy Options*, in-depth analysis for the TAXE Special Committee of the European Parliament, 2015, IP/A/TAXE/2015-03, disponibile online all'indirizzo web [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563454/IPOL_IDA\(2015\)563_454_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563454/IPOL_IDA(2015)563_454_EN.pdf).

¹⁵ In particolare, Belgio, Cipro, Francia, Irlanda, Italia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Polonia, Portogallo, Regno Unito, Slovacchia, Spagna, Ungheria. V. F. GAESSLER-B. H. HALL-D. HARHOFF, *Should There Be Lower Taxes on Patent Income?*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 2018

numero andrà crescendo¹⁶.

Interventi di questo tenore si spiegano alla luce delle sempre più attuali politiche di stimolo all'innovazione e di incentivo agli investimenti nelle nuove tecnologie. Infatti questi regimi si pongono due obiettivi principali, in particolare (1) incentivare gli investimenti nelle attività di R&S e nella creazione di innovazione e (2) attrarre i prodotti dell'ingegno e soprattutto il reddito da essi prodotto¹⁷. Come si

(revisionato nel 2019), n. 18, disponibile online <https://ssrn.com/abstract=3216471>; E. ASEN, *Patent Box Regimes in Europe*, 20.6.2019, disponibile online all'indirizzo <https://taxfoundation.org/patent-box-regimes-europe-2019>; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 227. Per l'Italia, si veda il decreto "Patent Box" del Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, del 28 novembre 2017, che modifica le disposizioni di revisione del precedente decreto del 30 luglio 2015, in attuazione del regime di sgravio di cui all'articolo 1, commi da 37 a 45, della legge di stabilità del 23 dicembre 2014, n. 190 come modificato dal d. l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito dalla l. 24 marzo 2015, n. 33, e dal d. l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96 concernente il regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'utilizzo di software protetto da copyright, da brevetti industriali, da disegni e modelli, nonché da processi, formule e informazioni relativi a esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili. Per alcuni commenti si vedano, *inter alia*, P. ARGINELLI, *Il Patent box nel contesto internazionale e il "caso italiano"*, in *Novità fiscali*, 2017, pp. 27-39; P. VALENTE-F. VINCENTI, *Thoughts on Italy's new patent box regime*, in *Tax notes international*, 2015, pp. 395-397; G. NECCHI, *Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale (c.d. "patent box")*, in *Rivista di diritto industriale*, 2016, pp. 92-125; G. CIPOLLINI-C. GRONCHI, *How the Italian patent box regime works*, in *Tax notes international*, 2016, pp. 321-323; L. M. PAPPALARDO, *The new Italian patent box : first evaluation and compatibility issues with the OECD indications*, in *Intertax*, 2015, pp. 724-729.

¹⁶ Cfr. *infra* § 3.3.

¹⁷ P. MERRILL, *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, cit., p. 860; R. D. ATKINSON-S. ANDES, *Patent Boxes*, cit.; GRIFFITH-H. MILLER-M. O'CONNELL, *Corporate Taxes*

dirà¹⁸, gli Stati membri attuano molteplici strategie al fine di incentivare la produzione e l'impiego della proprietà intellettuale nell'attività d'impresa, ma i regimi *IP Box* risultano essere maggiormente efficaci perché aventi valore finanziario assoluto maggiore e ridotto costo per l'erario¹⁹.

1.2 La rilevanza del regime ai sensi della disciplina sugli aiuti di Stato: gli elementi costitutivi della nozione di aiuto

Le varie metodologie con cui gli ordinamenti attuano i regimi *IP Box* presentano il comune effetto di ridurre l'onere fiscale sul reddito da proprietà intellettuale prodotto dalle imprese. Pertanto tali misure sollevano le imprese da oneri normalmente gravanti sul loro bilancio, con corrispondente rinuncia dello Stato alla riscossione su redditi altrimenti imponibili.

Questo dato consente di riscontrare che gli *IP Box* sono regimi potenzialmente passibili di divieto ai sensi della disciplina in materia di aiuti di Stato. Occorre dunque verificare la presenza in concreto degli elementi costitutivi della nozione di aiuto.

and the Location of Intellectual Property, in *CEPR Working Paper*, 2011, n. 8424, pp. 1-40; C. ERNST-K. RICHTER-N. RIEDEL, *Corporate taxation and the quality of research and development*, in *International Tax and Public Finance*, 2014, pp. 1-26; G.; T. KARKINSKY-N. RIEDEL, *Corporate taxation and the choice of patent location within multinational firms*, in *Journal of International Economics*, 2012, pp. 176-185.

¹⁸ Cfr. *infra*, § 2.2.

¹⁹ Non sarebbero infatti computabili come *tax expenditure*. V. P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box*, cit.

In primo luogo, possiamo rilevare che gli *IP Box* sono misure che erogano risorse statali²⁰. Come si ricordava²¹, perché una misura fiscale sia rispondente al primo criterio della definizione di aiuto incompatibile con il mercato è sufficiente che lo Stato rinunci a un'entrata per l'erario, in quanto tale rinuncia corrisponde a una forma di trasferimento delle risorse statali. È noto infatti che «la nozione di aiuto è più generale di quella di sovvenzione, dato che essa non designa soltanto prestazioni positive [...] ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti»²². Di conseguenza, i regimi *IP Box* rispondono al primo criterio della nozione di aiuto di Stato, ossia l'origine statale della misura²³. Peraltro, la Commissione ha spesso riconosciuto che ai fini della presente disciplina non rileva la compensazione delle entrate perse con le maggiori entrate²⁴ derivanti, ad esempio, dallo stimolo agli investimenti o dal maggior reddito attratto.

I regimi *IP Box* sono anche regimi di tassazione preferenziale, strutturalmente volti ad agevolare le imprese con benefici legati alla

²⁰ V. P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., pp. 68-69; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 260; C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 155; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 167-168.

²¹ Cfr. *supra*, cap. III, § 1.2.1.

²² Sentenza del 15 dicembre 2005, Italia/Commissione, C-66/02, EU:C:2005:768, punto 77.

²³ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punti 38 e 51.

²⁴ Commissione europea, Report sull'attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, C(2004) 434, 09.02.2004.

produzione di reddito da proprietà intellettuale²⁵. Di conseguenza è pacifico che tali regimi erogino, sotto forma di riduzione dell'onere fiscale normalmente gravante sull'attività, un vantaggio economico alle imprese che esse non potrebbero ricevere in condizioni normali di mercato in assenza di intervento dello Stato²⁶.

Infine, occorre constatare che gli *IP Box* sono regimi naturalmente atti ad incidere sulla concorrenza e sugli scambi. È noto infatti che tali regimi sono introdotti anche al fine di attrarre i redditi delle imprese, in particolare di quelle “*highly-mobile*” o attive a livello transnazionale, e che questo abbia contribuito all'incremento del fenomeno della concorrenza fiscale dannosa²⁷. Le imprese che beneficiano di tali misure sono dunque esposte al commercio intraeuropeo. Poiché si ritiene che (a) una misura concessa dallo Stato falsa o minaccia di falsare la concorrenza quando è in grado di migliorare la posizione concorrenziale del beneficiario nei confronti di altre imprese concorrenti in un settore liberalizzato²⁸ e che (b) gli effetti prevedibili della misura possono dirsi idonei ad incidere sugli scambi anche in assenza di una dettagliata disamina del mercato²⁹, è opportuno

²⁵ V. M. FELDER, *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess, 2013, p. 129; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 260; C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., pp. 155-156; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., pp. 167-168.

²⁶ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punti 66-68.

²⁷ Cfr. sul punto *infra*, § 3.3.

²⁸ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 187.

²⁹ *Ibidem*, punti 190, 194 e 195.

ritenere che gli *IP Box* rispondono anche a questi elementi costitutivi della nozione di aiuto incompatibile³⁰.

Il criterio di selettività, necessario per la identificazione degli *IP Box* quali misure in grado di conferire un vantaggio a «talune imprese o talune produzioni» oggetto di divieto ai sensi dell'art. 107 TFUE, è quello sul quale l'analisi scientifica offre il fianco per le opinioni più controverse. Ad esso è dunque dedicata una più ampia e attenta disamina nelle pagine che seguono³¹.

2 Indici di incompatibilità e aspetti problematici nella definizione dei regimi *IP Box* quali misure generali

Come si è ampiamente sostenuto³², il più dibattuto dei criteri identificativi dell'aiuto di Stato in ambito fiscale è quello di selettività. La nozione di aiuto prevede che non tutte le misure che favoriscono operatori economici rientrino nella nozione di aiuto, ma soltanto quelle che concedono un vantaggio in maniera selettiva a determinate imprese o categorie di imprese o a determinati settori economici³³. Per quanto concerne i regimi *IP Box* in particolare, occorre in primo luogo domandarsi se essi presentino una differenziazione di trattamento rispetto alla generalità delle imprese che risponda al criterio di selettività. A tal fine verrà preliminarmente avanzato un approfondimento sulla differenza tra misure *de facto* selettive e incidenza relativa dei vantaggi delle misure fiscali generali sulle imprese³⁴. Occorre altresì verificare se la misura *prima facie* selettiva

³⁰ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 156; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 260; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., pp. 168-169.

³¹ Cfr. *infra*, § 2.

³² Cfr. *supra*, cap. III, §§ 1.2.2. e 3.1.

³³ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 117.

³⁴ Cfr. *infra*, § 2.1.

possa trovare una giustificazione in base alla natura e alla struttura generale del sistema di riferimento a cui appartiene. Infatti il test trifasico fa emergere la rilevanza degli obiettivi dei sistemi di fiscalità nell'analisi della selettività delle misure di aiuto³⁵. Infine, l'aspetto più complesso dell'analisi che ci occupa è quello che attiene alla necessità e adeguatezza della misura rispetto agli obiettivi che gli Stati membri perseguono per suo tramite, non solo sulla base della lettera della norma ma anche sulla base dell'applicazione concreta della misura, qualora essa necessiti dell'esercizio di poteri discrezionali da parte delle autorità fiscali³⁶.

2.1 Selettività materiale *de facto* di una misura generale: la linea sottile tra misura selettiva e incidenza relativa del vantaggio di una misura generale alla luce della più recente giurisprudenza

Si anticipava³⁷ che la giurisprudenza e la prassi europee definiscono la selettività delle misure di aiuto in termini di differenziazione geografica³⁸ o materiale³⁹ e, nell'ambito di quest'ultima categoria, in termini di differenziazioni di diritto o di fatto⁴⁰. Ai presenti fini è importante sottolineare che i regimi *IP Box* non rientrano tra le misure selettive dal punto di vista geografico o materiale *de jure*. Infatti tali regimi sono solitamente applicabili all'intero territorio nazionale e le fonti non evidenziano differenziazioni

³⁵ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 128. Sul punto, cfr. *infra*, § 2.2.

³⁶ Cfr. *infra*, § 2.3.

³⁷ Cfr. *supra*, cap. III, § 1.2.2.

³⁸ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, sez. 5.3.

³⁹ *Ibidem*, sez. 5.2.

⁴⁰ *Ibidem*, sez. 5.2.1.

tra imprese in modo esplicito, dunque non presentano natura selettiva *ex lege*⁴¹.

Di converso è lecito sostenere che i regimi *IP Box* possono essere delineati in modo tale da favorire *de facto* alcune imprese o produzioni. La stessa Commissione riconosce⁴² che non è semplice distinguere tra misure sostanzialmente generali e misure che, pur presentandosi come generali, sono vincolate nell'applicazione a criteri che definiscono in concreto un ambito ristretto di beneficiari⁴³. È in questi casi che il test trifasico di selettività e gli altri indici di individuazione della selettività materiale trovano applicazione⁴⁴. Secondo il consolidato orientamento, perché una misura non possa definirsi di fatto selettiva occorre che essa sia effettivamente disponibile per tutte le imprese a parità di condizioni e che l'ambito applicativo del beneficio non sia ridotto dallo Stato «attraverso altri elementi che ne limitino gli effetti pratici»⁴⁵.

Il modello tipico del regime *IP Box* non si applica esclusivamente ad un settore ed è disponibile per varie categorie di beni immateriali protetti dal diritto della proprietà intellettuale, tra cui si annoverano non

⁴¹ L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., pp. 169.

⁴² Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 127.

⁴³ V. R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, cit., pp. 141-144; W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, cit., pp. 417-420; C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 100-104; T. JAEGER, *Tax Measures*, cit., pp. 1133-1134; M. HONORÉ, *Selectivity*, cit., pp. 144-168; C. MICHEAU, *Tax Selectivity in European Law of State Aid - Legal Assessment and Alternative Approaches*, in *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2014, n. 6, pp. 1-33; M. SÁNCHEZ RYDELSKI, *Distinction between State Aid and General Tax Measures*, in *EC Tax Review*, 2010, pp. 149-155; B. KURCZ-D. VALLINDAS, *Can general measures be...selective? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition*, in *CMLR*, 2008, pp. 159-182.

⁴⁴ V. K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., p. 70. Cfr. anche comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 128-141 e *supra*, cap. III, § 1.2.2.

⁴⁵ Cfr. comunicazione del 1998, cit., punto 13.

solo i brevetti ma anche altri attivi quali disegni, modelli e formule⁴⁶. Ciononostante occorre sottolineare che nei regimi *IP Box* sono riscontrabili alcuni indicatori di selettività.

In primo luogo, solo alcune imprese si trovano nelle condizioni di usufruire del regime preferenziale. Esso è di fatto accessibile a talune imprese di cui è possibile tracciare un profilo o categorizzazione peculiari. In particolare, tali imprese sono (a) generalmente attive nel settore manifatturiero⁴⁷, (b) impegnate in attività legate a R&S⁴⁸, (c) grandi⁴⁹ multinazionali⁵⁰ o comunque dotate della capacità di finanziare direttamente o, entro certi limiti, indirettamente l'uso o lo sfruttamento della proprietà intellettuale⁵¹ e (d) caratterizzate da un'alta mobilità internazionale, come riconosciuto dalla Commissione⁵². Di conseguenza, una riduzione dell'onere fiscale relativa a investimenti può avvantaggiare una sola categoria d'impresе, vale a dire quelle che compiono determinati investimenti previsti dalla misura⁵³. Orbene, tale rilievo è sufficiente per poter ritenere che la detta misura fiscale

⁴⁶ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 156.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 157.

⁴⁸ C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 228.

⁴⁹ N. NOKED, *Integrated tax policy approach to designing research & development tax benefits*, in *Virginia Tax Review*, 2014, p. 147.

⁵⁰ M. KOETHENBUERGER-F. LIBERINI-M. STIMMELMAYR, *Is it Just Luring Reported Profit? The Case of European Patent Boxes*, in *CESifo Working Paper Series*, 2018, n. 7061, pp. 31-32; T. BORNEMANN-S. K. LAPLANTE, B. OSSWALD, *The Effect of Intellectual Property Boxes on Innovative Activity & Effective Tax Rates*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, 2018, n. 3, p. 32.

⁵¹ Sulla capacità delle imprese di finanziare in proprio le attività di ricerca, cfr. *infra*, § 3.3.

⁵² Cfr. *supra*, § 1.

⁵³ P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box*, cit.

soddisfa il requisito di specificità, il quale costituisce una delle caratteristiche della nozione di aiuto di Stato, vale a dire il carattere selettivo del beneficio in questione⁵⁴.

In secondo luogo, non tutti i regimi *IP Box* si estendono necessariamente ai vari tipi di beni immateriali. Ad esempio, non sempre gli ordinamenti prevedono l'estensione del regime anche ai software e spesso i regimi escludono i segni distintivi e i copyright. È stato fatto peraltro notare⁵⁵ che questi regimi sono stati storicamente accessibili ad un numero ristretto di imprese da un punto di vista statistico e che alcuni regimi possono essere configurati in modo tale da limitare l'accesso delle PMI al beneficio⁵⁶.

Si rileva che, secondo l'interpretazione vigente del diritto sugli aiuti di Stato, il mero fatto che talune imprese o taluni settori beneficino più di altri di alcune di queste misure fiscali non implica necessariamente che dette misure rientrino nella nozione di aiuto incompatibile con il mercato⁵⁷. Occorre dunque che la misura sia selettiva, anche solo *de facto*, e non basta che il vantaggio abbia un'incidenza maggiore su alcune imprese. Ad esempio, gli incentivi fiscali per investimenti in R&S favoriscono solo le imprese che compiono tali investimenti, senza costituire per questo necessariamente aiuti di Stato⁵⁸.

⁵⁴ Sentenza del 15 luglio 2004, Spagna/Commissione, C-501/00, EU:C:2004:438, punto 120; sentenza 7 giugno 1988, Grecia/Commissione, 57/86, EU:C:1988:284, punto 8.

⁵⁵ V. J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 265.

⁵⁶ Per una più ampia disamina degli indicatori di selettività negli *IP Box*, cfr. *infra*, § 2.2.

⁵⁷ Cfr. comunicazione del 1998, cit., punto 14.

⁵⁸ *Ibidem*.

Sul punto, la dottrina più sensibile⁵⁹ ha avanzato argomentazioni critiche soprattutto al fine di evidenziare che il criterio di selettività in questo contesto non offre un parametro di valutazione soddisfacente per la determinazione degli effetti distorsivi di queste misure. La linea sottile tra misura *de facto* selettiva e misura che comporta un'incidenza dei vantaggi offerti sulle imprese non uniforme non può e non deve essere ancorata a parametri formali bensì sostanziali, andando a valorizzare il fine ultimo della disciplina di tutela della concorrenza. In particolare, tali osservazioni riprendono quanto già evidenziato *supra*⁶⁰ sul fatto che i *reasoning* del tipo utilizzato nel test trifasico non presentano soltanto dei vizi logico-strutturali ma stanno anche lentamente allontanando l'analisi delle misure statali dal vaglio dei loro effetti sul mercato, tradendo l'originario principio secondo cui nel diritto degli aiuti di Stato occorre dare rilievo a questi e non agli obiettivi perseguiti⁶¹. Infatti, il diritto dell'Unione non distingue gli interventi statali secondo le cause o gli obiettivi, bensì li definisce in funzione dei loro effetti e, quindi, indipendentemente dalle tecniche normative impiegate. Benché una pressione fiscale differente risultante dall'applicazione di un regime fiscale «generale» non sia sufficiente, in sé, a dimostrare la selettività dell'imposizione, se i criteri d'imposizione prescelti da un regime fiscale sono idonei a caratterizzare le imprese beneficiarie in virtù delle proprietà loro peculiari quale categoria privilegiata, allora tale regime favorisce «talune» imprese.

⁵⁹ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 156-160; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 269; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., pp. 169-181.

⁶⁰ Cfr. *supra*, cap. III, §§ 1.2.2. e 3.1.

⁶¹ Cfr. sentenza Italia/Commissione, cit., e commenti svolti *supra*, capp. II, § 1.1.3. e III, § 1.2.2. Nel contesto degli *IP Box*, v. in particolare L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 173.

Dell'insufficienza del test trifasico rispetto alle misure formalmente generali si è accorta la giurisprudenza. Nella sentenza *Gibilterra*⁶² essa ha mostrato di voler rimarcare un principio tipico del diritto dell'Unione europea che è quello di sostanzialità (*substance over form*) e di voler avallare un orientamento teso al un superamento della compatibilità in astratto delle misure generali⁶³. La Commissione ha fatto proprio questo orientamento nelle sue linee guida⁶⁴. In quel caso è stato chiarito che anche un regime caratterizzato dall'apparente generalità, inadeguato all'applicazione del test trifasico formale, può in concreto produrre effetti a carattere selettivo sul mercato e che occorre

⁶² Sentenza *Gibilterra* (C-106/09 P e C-107/09 P), cit., punti 101-106: «sembra che il regime controverso, combinando tali criteri, ancorché fondati su criteri in sé generali, operi di fatto una discriminazione tra società che si trovano in una situazione analoga sotto il profilo dell'obiettivo perseguito dalla proposta di riforma tributaria, che è quello di introdurre un sistema generale di tassazione per tutte le società [...] [103] Vero è che [...] una pressione fiscale differente risultante dall'applicazione di un regime fiscale «generale» non può essere sufficiente, in sé, a dimostrare la selettività di un'imposizione ai fini dell'art. [107, par. 1, TFUE]. [104] Infatti, per poter essere ritenuti costituire vantaggi selettivi, i criteri d'imposizione prescelti da un regime fiscale devono essere anche idonei a caratterizzare le imprese beneficiarie in virtù delle proprietà loro peculiari quale categoria privilegiata, così da potersi concludere che tale regime favorisce “talune” imprese o “talune” produzioni». Anche la dottrina non ha mancato di sottolineare come questa giurisprudenza avrebbe potuto costituire un precedente importante per l'identificazione del criterio di selettività nel caso degli *IP Box* (v. J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 268; I. ZAMMIT, *Centralized Intellectual Property Business Models*, cit., p. 546; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 229).

⁶³ V. sul punto R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, cit., pp. 146-147; M. HONORÉ, *Selectivity*, cit., pp. 144-149; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., pp. 192-197.

⁶⁴ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 129; W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, cit., p. 427; D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box?*, cit., p. 62.

andare oltre la forma delle misure per verificare la loro compatibilità con il mercato. Il termine di comparabilità tra imprese viene individuato non più limitandosi al raffronto tra regime generale e misura specifica, ma cercando di valutare anche se il regime generale stesso sia indirettamente selettivo, in quanto di fatto capace di escludere una categoria di imprese a cui logicamente il sistema impositivo dovrebbe estendersi. Spesso il raffronto “interno” viene elaborato sulla base degli obiettivi del regime generale, sconfessati dalla misura⁶⁵.

Tali argomentazioni trovano maggiore conforto se si considera che, come riconosciuto nel più recente arresto giurisprudenziale della Corte sul caso *World Duty Free Group*, non è necessario che sia identificata una categoria precipua di imprese escluse dal beneficio ai fini della applicazione del criterio di selettività⁶⁶. La pronuncia appare determinante al fine di superare il principale ostacolo all'accertamento della selettività implicita del beneficio conferito ad alcune imprese per

⁶⁵ V. anche J. TEMPLE LANG, *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A Methodological Revolution?*, in *EStAL*, 2012, pp. 805-812; C. ROMARIZ, *Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law*, in *EStAL*, 2014, pp. 39-50; C. QUIGLEY, *Direct Taxation and State Aid: Recent Developments concerning the Notion of Selectivity*, in *Intertax*, 2012, pp. 112-119.

⁶⁶ Cfr. sentenza *World Duty Free Group*, cit., punti 71-74: «una siffatta richiesta supplementare di individuazione di una categoria particolare di imprese, in aggiunta al metodo di analisi applicabile alla selettività in materia tributaria derivante dalla costante giurisprudenza della Corte, consistente sostanzialmente nell'analizzare se l'esclusione di taluni operatori dal beneficio di un vantaggio fiscale derivante da una misura derogatoria ad un regime tributario comune costituisca un trattamento discriminatorio nei loro confronti, non può essere dedotta dalla giurisprudenza della Corte e, segnatamente, dalla sentenza del 15 novembre 2011, Commissione e Spagna/Government of Gibraltar e Regno Unito (C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732»); K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., p. 77.

il tramite degli *IP Box*, ossia la definizione di un novero peculiare di soggetti inclusi o esclusi in un regime *de jure* generale.

Appare dunque che, non avendo dato seguito con un'indagine sugli *IP Box* alla richiesta del 2014 di informazioni preliminari agli Stati membri⁶⁷, la Commissione abbia mancato di cogliere un'occasione per verificare la tenuta dell'asserita generalità della misura rispetto al principio di effettività.

2.2 Gli obiettivi perseguiti dagli *IP Box*: legittimità ed incidenza sulla nozione di selettività nel test trifasico

Ai fini della definizione della selettività del vantaggio conferito nei regimi *IP Box* secondo il test trifasico occorre analizzare la rilevanza e la legittimità degli obiettivi della misura nel contesto della politica fiscale degli Stati membri. È necessario infatti sottolineare che gli obiettivi della misura assumono rilievo preminente nell'analisi della selettività delle misure fiscali⁶⁸. Perché una misura si dica selettiva occorre (1) individuare un sistema di norme di riferimento che si applichi «a tutte le imprese che rientrano nel campo di applicazione definito dal suo obiettivo»⁶⁹; (2) che essa distingua imprese che si trovano in una situazione di fatto e di diritto comparabile «rispetto all'obiettivo intrinseco del sistema di riferimento»⁷⁰; (3) che la

⁶⁷ Cfr. *supra*, § 1.

⁶⁸ K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., pp. 69-82; C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., pp. 197-210; L. HANCHER, *The General Framework*, in L. HANCHER ET AL., *EU State Aids*, cit., pp. 77-83; M. HONORÉ, *Selectivity*, cit., pp. 119-168; C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 97-127; R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, cit., pp. 133-144; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., pp. 227-231.

⁶⁹ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 133.

⁷⁰ *Ibidem*, punto 135.

giustificazione alla deroga non invochi «obiettivi politici estranei e non inerenti al sistema stesso»⁷¹.

Di conseguenza, fondamentale per la definizione della selettività di una misura fiscale è l'identificazione dell'obiettivo perseguito quale giusto metro di raffronto tra imprese.

Si è detto in precedenza che con gli *IP Box* i governi intendono inserire nell'ordinamento misure atte a conseguire due obiettivi principali: (1) incentivare gli investimenti nelle attività di R&S e nel sostegno all'innovazione e (2) attrarre i prodotti dell'ingegno e soprattutto il reddito da essi prodotto⁷².

Se si analizzano questi obiettivi e si raffrontano con i parametri del test trifasico è possibile apprezzare una serie di incongruenze che indicano la possibile sussistenza di un trattamento selettivo delle imprese negli *IP Box* non in linea con le norme del trattato.

Un primo argomento deriva dal fatto che non sempre gli *IP Box* risultano coerenti rispetto all'obiettivo perseguito di incentivare gli investimenti in R&S per tre ragioni riconducibili alla libertà con cui gli Stati membri decidono di modellare i loro regimi.

In primo luogo, si è già detto⁷³ che non sempre tutte le imprese che investono in innovazione e tutti i beni immateriali frutto dell'innovazione vengono ricompresi nell'ambito applicativo del regime. Volendo considerare la categoria delle imprese attive nell'RSI come parametro di riferimento per la selettività e considerando come scopo l'incentivo alla ricerca, può ritenersi derogatorio e dunque *prima facie* selettivo quel regime *IP Box* che agevola (1) *de facto* solo una peculiare categoria di imprese, le quali sono generalmente attive nel

⁷¹ *Ibidem*, punto 138.

⁷² Cfr. *supra*, § 1.1.

⁷³ Cfr. *supra*, § 2.1.

settore manifatturiero, di dimensione grande o multinazionale o comunque dotate della capacità di finanziare lo sviluppo, l'uso o lo sfruttamento della proprietà intellettuale e caratterizzate da un'alta mobilità internazionale e (2) solo imprese che investono in R&S per brevetti e altri simili beni immateriali protetti (come disegni e modelli) e non anche per altri beni immateriali, come i software, perché le imprese sono nella stessa situazione giuridica e di fatto rispetto allo scopo perseguito dalla misura. Ad esempio, questo significa discriminare i pur ingenti investimenti che le imprese compiono nella ricerca e nello sviluppo in materia di software. Regimi di questo tipo sono stati applicati in Belgio, Francia e Regno Unito⁷⁴.

In secondo luogo, alcuni regimi estendono il beneficio anche a soggetti che acquisiscono il bene invece di svilupparlo. Ciò significa che il regime *IP Box* andrà a beneficio del capitale ottenuto e non degli investimenti effettuati per ottenerlo, con conseguente scostamento rispetto all'obiettivo di incentivo di R&S⁷⁵.

In terzo luogo, abbattere l'onere fiscale sui beni di proprietà intellettuale significa premiare il prodotto (*output*)⁷⁶ e quindi il successo dell'attività di ricerca e non la ricerca in sé⁷⁷. La natura del regime *IP Box* quale misura sull'output costituisce un problema rilevante. In

⁷⁴ L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 178.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 177.

⁷⁶ P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box*, cit.

⁷⁷ P. MERRILL, *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, cit., p. 848 e 852; C. ERNST-K. RICHTER-N. RIEDEL, *Corporate taxation and the quality of research and development*, cit., p. 20; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 179; F. GAESSLER-B. H. HALL-D. HARHOFF, *Should There Be Lower Taxes on Patent Income?*, cit., p. 32; B. KLEMENS, *A Boxing Match: Can Intellectual Property Boxes Achieve Their Stated Goals?*, 2016, disponibile online <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2822575>.

particolare, non è possibile definire aprioristicamente quali imprese risulteranno avvantaggiate sotto il profilo fiscale in quanto solo coloro le quali hanno la possibilità di tradurre il frutto delle loro ricerche in un bene tutelato dalla disciplina sulla proprietà intellettuale potranno beneficiare della misura benché, come dicevamo, le imprese si trovino tutte nella stessa situazione giuridica e di fatto in qualità di investitrici in RSI.

Un secondo argomento può desumersi dal fatto che gli *IP Box prima facie* selettivi sembrano sfuggire alla logica della giustificazione (terza fase del test). Infatti perché la giustificazione della deroga sia ammissibile essa deve discendere direttamente dai principi informatori o basilari inerenti al sistema di riferimento⁷⁸. Ad esempio, il Tribunale ha recentemente confermato nel caso *Polonia c. Commissione* che principi inerenti al sistema come la progressività dell'imposta escludono la selettività della misura⁷⁹. Al contrario, non si possono invocare obiettivi politici estranei e non inerenti al sistema stesso al fine di giustificare una misura *prima facie* selettiva⁸⁰. In tal senso occorre sottolineare che né l'incentivo agli investimenti R&S né l'attrazione dei redditi sono principi inerenti al sistema tributario generale, di impresa o, in particolare, per quanto riguarda gli *IP Box*, di tassazione dei redditi delle società⁸¹. Ad ogni modo, è lo Stato che ha l'onere di provare tale

⁷⁸ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 138.

⁷⁹ Sentenza del 16 maggio 2019, *Polonia/Commissione*, cause riunite T-836/16 e T-624/17, EU:T:2019:338, punto 99.

⁸⁰ Cfr. Sentenza *P Oy*, cit., punto 27; comunicazione sulla nozione di aiuto, punti 135 e 138-139.

⁸¹ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 159-160.

giustificazione, che dovrà comunque superare il test di necessità e proporzionalità⁸².

La validità delle considerazioni svolte finora è rimarcata dal fatto che esse sono applicabili in ogni caso, sia qualora si voglia prendere a riferimento il sistema di tassazione generale del reddito d'impresa⁸³ sia qualora si voglia prendere a riferimento il sistema di tassazione specifico delle imprese che investono in R&S. Infatti, come si ricordava⁸⁴, nel tempo la giurisprudenza della Corte ha ricostruito la nozione di selettività fiscale in modo non sempre coerente⁸⁵. Talvolta è stato dato maggiore rilievo alla comparabilità tra imprese rispetto agli obiettivi della misura “derogatoria”⁸⁶. Talaltra, è stato invece dato rilievo all'obiettivo perseguito dall'intero sistema⁸⁷. Questa discrasia è stata notata in dottrina e viene definita variamente come test degli obiettivi in senso lato o stretto⁸⁸, test dell'obiettivo del sistema o della

⁸² Cfr. *infra*, § 2.3.

⁸³ V. P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., p. 83.

⁸⁴ Cfr. *supra*, cap. III, § 1.2.2.

⁸⁵ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 157-160; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., pp. 267-268; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 173; P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., pp.73-101.

⁸⁶ Sentenza C-88/03, punto 54; C-172/03, punto 40; C-169/08, punto 61. V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 157, nota a piè di pagina n. 10.

⁸⁷ Sentenza *Paint graphos*, cit., punto 49; sentenza del 22 dicembre 2008, *British Aggregates Association/Commissione e Regno Unito*, C-487/06 P, EU:C:2008:757, punto 82.

⁸⁸ L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., pp. 173-181.

misura⁸⁹, test della coerenza esterna o interna⁹⁰. L'opzione non è priva di conseguenze: scopo in senso lato del regime generale è primariamente la raccolta di gettito fiscale attraverso la tassazione dei redditi d'impresa (anche nel caso dei regimi *IP Box*). Questo obiettivo ampio fa sì che ogni misura d'intervento statale risulti inizialmente selettiva⁹¹. Qualora al contrario volessimo ritenere che il metro di paragone ai fini della selettività debba essere ristretto solo a una certa categoria di soggetti di volta in volta rilevante ai fini di un obiettivo di politica fiscale in senso stretto, ad esempio la categoria di imprese attive in R&S, questo approccio comporterebbe una restrizione del concetto di selettività a potenziale detrimento dell'efficacia della disciplina *ex art. 107 TFUE*. Infatti, ogni Stato membro cercherebbe di definire categorie di imprese sempre più puntuali da agevolare ai fini più disparati, rendendo necessario non più un test sulla selettività della misura ma uno sul giudizio di eguaglianza tra contribuenti. Infine, entrambi gli approcci risultano minati da un rischio, ovverosia che l'indagine sugli obiettivi di un regime o sulla definizione di categorie privilegiate di contribuenti finisca per costituire un giudizio sulle scelte politiche dello Stato impositore fiscale⁹².

2.3 Critica agli *IP Box* quali misure non rispondenti ai criteri di proporzionalità e adeguatezza nella concessione di aiuti anche in riferimento all'esercizio della discrezionalità amministrativa

È noto che gli Stati membri sono tenuti a rispettare il diritto

⁸⁹ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., pp. 157-159.

⁹⁰ J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 267.

⁹¹ Cfr. *supra*, cap. III, § 1.2.2.

⁹² Cfr. *supra*, cap. III, §§ 2.2.4 e 3.1.

dell'Unione europea anche nell'esercizio delle proprie competenze. In particolare, nell'ambito dell'esercizio delle prerogative di imposizione fiscale la Commissione riconosce che gli Stati membri sono liberi di compiere le scelte che ritengono più appropriate nel rispetto del diritto e dei principi dell'*acquis* europeo⁹³. Come riconosciuto dalla Corte nel caso *Paint Graphos*, gli Stati membri possono perseguire liberamente i loro obiettivi di politica fiscale fintantoché sono in grado di garantire che le misure attuate «siano conformi al principio di proporzionalità e non eccedano i limiti di ciò che è necessario, nel senso che il legittimo obiettivo perseguito non potrebbe essere raggiunto attraverso misure di portata minore»⁹⁴.

Alla luce di quanto precede, occorre domandarsi se i regimi *IP Box* possano ritenersi misure “di minor costo” conformi al principio di proporzionalità e adeguatezza⁹⁵. Sul punto, posizioni contrarie sono state sostenute in dottrina e dagli esperti del settore⁹⁶ ed esse affermano che, analizzando i dati scientifici a disposizione e la letteratura del settore⁹⁷, si riscontra come altri strumenti di fiscalità agevolata, quali ad esempio i più tradizionali crediti d'imposta e le super-deduzioni, siano

⁹³ Cfr. comunicazione sulla nozione di aiuto, cit., punto 156; sentenza del 14 settembre 1999, *Gschwind*, C-391/97, EU:C:1999:409, punto 20.

⁹⁴ Cfr. sentenza *Paint graphos*, cit., punto 75; comunicazione sulla nozione di aiuto, punto 140; M. HONORÉ, *Selectivity*, cit., pp. 139-140.

⁹⁵ C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 231; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 268.

⁹⁶ P. MERRILL, *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, cit., p. 855-856; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 182; su posizioni simili anche C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 228.

⁹⁷ In particolare, v. R. D. ATKINSON-S. ANDES, *Patent Boxes*, cit.; C. ERNST-K. RICHTER-N. RIEDEL, *Corporate taxation and the quality of research and development*, cit.; C. BROKELIND-Å. HANSSON, *Tax Incentives, Tax Expenditures Theories in R&D: The Case of Sweden*, in *World Tax Journal*, 2014, n. 2, pp. 168-200.

più appropriati per perseguire l'obiettivo dichiarato di aumentare gli investimenti nel settore R&S, poiché sono strutturalmente legati all'attività di sviluppo del valore immateriale (*input*) e non alla creazione di un prodotto immateriale (*output*)⁹⁸. In particolare, gli esperti affermano che gli *IP Box* sono più adatti alla stimolazione della commercializzazione dei prodotti della ricerca⁹⁹ e della creazione di indotto (es. in termini di posti di lavoro)¹⁰⁰ oltre che all'attrazione del reddito imponibile¹⁰¹. Gli analisti denotano peraltro che gli *IP Box* risultano inefficienti dal punto di vista dell'analisi costi/benefici¹⁰². È probabile che gli Stati non si limitino all'utilizzo delle tipologie di incentivi tradizionali ma li cumulino con gli *IP Box* poiché questi ultimi presentano alcuni benefici specifici dal punto di vista della politica fiscale¹⁰³. Questo genere di considerazioni non può comunque legittimamente assurgere a limite del principio di proporzionalità e adeguatezza.

⁹⁸ F. GAESSLER-B. H. HALL-D. HARHOFF, *Should There Be Lower Taxes on Patent Income?*, cit., p. 32; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 230.

⁹⁹ B. P. BERNABEU, *R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules*, in *European Taxation*, 2014, p. 181.

¹⁰⁰ R. D. ATKINSON-S. ANDES, *Patent Boxes*, cit. p. 3.

¹⁰¹ A. ALSTADSÆTER-S. BARRIOS-G. NICODEME-A. M. SKONIECZNA-A. VEZZANI, *Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D*, in *Taxation Papers*, 2015, n. 57, p. 25; B. STRAATHOF ET AL., *A Study on R&D Tax Incentives: final report*, in *Taxation Papers*, cit., p. 46.

¹⁰² V. P. MOHNEN-A. VANKAN-B. VERSPAGEN, *Evaluating the innovation box tax policy instrument in the Netherlands*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2017, p. 155.

¹⁰³ Sul punto cfr. *supra*, § 1.1.

Inoltre, come si ricordava in precedenza¹⁰⁴, benché non sia necessario che una misura fiscale conferisca un potere discrezionale alle autorità amministrative per essere considerata selettiva¹⁰⁵, l'ampiezza delle maglie di esercizio della discrezionalità amministrativa può costituire essa stessa l'occasione per il conferimento di un aiuto di Stato qualora il regime sia applicato per il tramite di una decisione amministrativa che supera il piano della mera attuazione¹⁰⁶, come accade nei regimi autorizzatori¹⁰⁷. È interessante osservare che alcuni ordinamenti prevedono la possibilità o anche l'obbligo di emettere tax rulings sull'applicazione pratica dei loro regimi *IP Box* (ad es. il Belgio¹⁰⁸, Paesi Bassi¹⁰⁹ e l'Italia¹¹⁰). Alla luce della sentenza *Starbucks* occorre tenere presente che l'erogazione di fatto individuale del vantaggio potrebbe indurre la presunzione di selettività anche qualora il regime *IP Box* fosse da ritenersi una misura *de jure* generale¹¹¹.

¹⁰⁴ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.3.1.

¹⁰⁵ Cfr. sentenza 17 giugno 1999, Belgio/Commissione, C-75/97, EU:C:1999:311, punto 27; sul punto v. C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., p. 191.

¹⁰⁶ Cfr. comunicazione del 1998, cit., punti 21-22. V. K. BACON, *The Definition of State Aid*, cit., p. 75-76; C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 104-105.

¹⁰⁷ V. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 160.

¹⁰⁸ V. M. FELDER, *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, cit., pp. 24, 33 e 101; L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 179-180.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cfr. decreto "Patent Box" del Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, del 28 novembre 2017, cit., artt. 4 e 12; cfr. anche il comunicato stampa dell'Agenzia dell'entrate del 22 dicembre 2015, *Patent box, chiarimenti sulle istanze*, disponibile online all'indirizzo www.agenziaentrate.gov.it/; per un commento, v. G. FERRANTI, *Il ruling per il patent box: le questioni da chiarire*, in *Il Fisco*, 2016, pp. 1307-1312.

¹¹¹ Cfr. *supra*, § 2.1.

3 Stato dell'arte e prospettive future ai fini dell'accertamento della compatibilità dei regimi *IP Box* con il mercato

Come noto, la teoria generale del diritto degli aiuti di Stato prevede che una misura possa essere ritenuta compatibile con il mercato in base al fatto che (a) non può definirsi aiuto ai sensi della nozione offerta dall'art. 107, par. 1, TFUE o (b) costituisce un aiuto comunque compatibile ai sensi dei paragrafi 2 e 3 dello stesso articolo o ai sensi della disciplina di cui ai successivi articoli 108 e 109 TFUE.

Allo stato l'orientamento prevalente sembra essere incline a ritenere che gli *IP Box* costituiscano misure compatibili con il mercato. Diversi sono invece i presupposti e le argomentazioni che conducono a tale soluzione interpretativa. La Commissione è stata in passato del parere che gli *IP Box* non costituiscono misure d'aiuto incompatibili con il mercato. La richiesta d'informazioni del 2014 agli Stati membri¹¹² sembrava essere preordinata all'apertura di indagini in senso contrario al precedente. In mancanza, occorre ritenere che la Commissione ritenga ancora oggi che gli *IP Box* siano misure compatibili con il mercato¹¹³.

Un'altra ricostruzione, non esente da critiche, vede gli *IP Box* come misure di aiuto compatibili ai sensi dell'art. 107, par. 3, let. c)¹¹⁴.

È tuttavia possibile che stia delineandosi una nuova "fonte di compatibilità" in senso atecnico o meglio indiretto. Questo *tertium genus* troverebbe fondamento nella internalizzazione di un accordo politico concluso all'infuori dell'ordinamento dell'Unione¹¹⁵.

¹¹² Cfr. *supra*, § 1.

¹¹³ Cfr. *infra*, § 3.1.

¹¹⁴ Cfr. *infra*, § 3.2.

¹¹⁵ Cfr. *infra*, § 3.3.

3.1 Compatibilità alla luce della prassi della Commissione europea: la decisione *IP Box 2008* e il concetto di “realtà economica”

Come si anticipava, nel 2008 la Commissione ha avuto modo di esaminare un regime *IP Box* a favore degli investimenti in immobilizzazioni immateriali attuato dalla Spagna¹¹⁶. Il regime, notificato dallo Stato membro nel 2007, prevedeva una riduzione fiscale del 50% sugli introiti derivanti da certi beni immateriali (brevetti, disegni e modelli, piani, formule segrete, processi e *know-how*)¹¹⁷. Il regime includeva la possibilità che l'impresa esternalizzasse lo sviluppo del bene sopportando il rischio connesso, ma escludeva l'acquisto del prodotto già disponibile in quanto quest'ultimo avrebbe consentito una mera internalizzazione dei benefici¹¹⁸. Rileva inoltre che la misura non prevedeva alcuna forma di autorizzazione preventiva che lasciasse spazio a valutazioni di carattere discrezionale da parte delle autorità amministrative¹¹⁹.

Su tali basi, la Commissione europea definì l'effetto vantaggioso della misura *IP Box* spagnola per alcune imprese non come un prodotto della selettività del regime ma come mero riflesso di una «realtà economica», ribadendo che misure in linea di principio aperte ad ogni operatore economico per un numero potenzialmente indefinito di beni sono considerate misure generali¹²⁰. La decisione riconferma il

¹¹⁶ Cfr. decisione *IP Box 2008*, cit.

¹¹⁷ Cfr. decisione *IP Box 2008*, cit., punti 3-4.

¹¹⁸ *Ibidem*, punto 6.

¹¹⁹ *Ibidem*, punto 9.

¹²⁰ *Ibidem*, punto 15. Per un commento, v. R. DANON, *Introducing an EU Compliant Patent Box Regime in Swiss Tax Law – A Note on the Swiss Finance Department Interim Report of 17 May 2013*, in D. SARMIENTO, DANIEL-D. J. JIMENEZ-

principio secondo cui il fatto che talune imprese beneficino più di altre della misura non costituisce una forma di selettività *de facto*¹²¹. Tuttavia, la Commissione non definì esplicitamente il regime spagnolo come misura generale.

Nel contesto del diritto applicabile ai Paesi membri dell'Unione europea, la decisione costituisce l'unico precedente. È però possibile rinvenire altri due casi nell'ordinamento dello Spazio economico europeo, che prevede una normativa del tutto corrispondente a quella prevista nel trattato FUE¹²². I casi riguardano entrambi il regime *IP Box* del Lichtenstein, e hanno ad oggetto rispettivamente il regime implementato nel 2011¹²³ e quello successivamente oggetto di revisione¹²⁴. Il regime prevedeva un'esenzione dell'80% sul reddito derivante da alcuni beni immateriali quali i brevetti, i marchi, i disegni¹²⁵ e i software¹²⁶. Anche in questo caso, le decisioni hanno

VALLADOLID DE L'HOTELLERIE FALLOIS, *Litigating EU Tax Law in International, National and Non-EU National Courts*, IBFD, 2014, p. 272.

¹²¹ Cfr. decisione *IP Box 2008*, cit., punti 17-18.

¹²² Art. 61, par. 1, dell'accordo relativo allo Spazio economico europeo (GU L1, 3.1.1994, p. 17). V. J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 264.

¹²³ Decisione n. 177/11/COL dell'Autorità di sorveglianza del 1° giugno 2011, deduzioni fiscali nei confronti dei diritti di proprietà intellettuale (di seguito, "decisione *Lichtenstein 2011*"), caso n. 69131, disponibile online all'indirizzo www.eftasurv.int/media/state-aid/Decision_177_11_COL.pdf.

¹²⁴ Decisione n. 480/12/COL dell'Autorità di sorveglianza del 12 dicembre 2012, articolo 55 della legge tributaria del Liechtenstein (di seguito, "decisione *Lichtenstein 2012*"), caso n. 71725, disponibile online all'indirizzo www.eftasurv.int/media/decisions/480-12-COL.pdf.

¹²⁵ Cfr. decisione *Lichtenstein 2011*, § 2.1.

¹²⁶ Cfr. decisione *Lichtenstein 2012*, § 2.

escluso l'incompatibilità del regime con il mercato basandosi ampiamente sul precedente spagnolo¹²⁷.

Alla luce di tali precedenti è possibile sviluppare alcune considerazioni critiche sulla prassi della Commissione (e dell'Autorità di sorveglianza).

In primo luogo, la decisione è considerata dagli esperti del settore sostanzialmente sbagliata poiché in contrasto con l'*acquis* coevo e presente¹²⁸. In nessuna delle due decisioni si è analizzato l'effetto potenzialmente distorsivo delle misure. L'analisi si appiattisce sulla circostanza che i regimi fossero *de jure* accessibili a tutte le imprese, senza verificare se in concreto fosse il regime stesso a delineare una situazione per cui di fatto solo alcune imprese potessero beneficiare del vantaggio e senza applicare il test trifasico. Il riferimento alla "realtà economica" non consente dunque di valutare l'effettiva incidenza del vantaggio¹²⁹. Questo genere di decisioni contribuisce a rinforzare le posizioni di quanti sostengono¹³⁰ che l'analisi della selettività delle misure di aiuto tende all'astrazione a scapito del vaglio degli effetti sul mercato¹³¹.

In secondo luogo, il regime si basa su incentivi fiscali "*ex post*" o, altrimenti detto, sull'"*output*", quali esenzioni o riduzioni d'imposizione dei redditi derivanti dallo sfruttamento dei beni intangibili. Ciò comporta non solo uno scollamento rispetto

¹²⁷ Art. 1, decisione *Lichtenstein 2011*, e articolo 1, decisione *Lichtenstein 2012*. Per un commento alle decisioni, v. P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., pp. 104-109; J. LUTS, *Compatibility of IP Box Regimes*, cit., p. 264; D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box?*, cit., p. 61-62.

¹²⁸ P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box*, cit.

¹²⁹ Sul punto cfr. *supra*, §§ 2.1. e 2.2.

¹³⁰ A. GIRAUD-S. PETIT, *Tax Rulings and State Aid Qualification*, cit.

¹³¹ Cfr. *supra*, cap. III, § 3.1.

all'obiettivo dichiarato di incentivo alla ricerca per i motivi sopra esposti¹³², ma anche che questi vantaggi non sono misurabili a monte e dunque l'autorizzazione preventiva di cui all'art. 108, par. 3, TFUE non può escludere l'applicazione degli stessi in modo selettivo qualora intervenga un ruling o accordo anticipato¹³³.

In terzo luogo, nel caso dell'*IP Box 2008*, la Commissione ha sostenuto che il novero di beni immateriali coperti dalla misura, intesi come frutto di R&S e quindi dell'obiettivo dichiarato della misura, era sufficientemente ampio da escludere la selettività. Era dunque giustificata l'esclusione dall'agevolazione di alcuni beni assimilabili, come il marchio, in quanto non derivante da RSI. Tuttavia in questo caso la Commissione sorvola sul problema dello sviluppo del software¹³⁴, escluso dalla misura¹³⁵ ma rientrante nella nozione data al suo scopo secondo l'orientamento del c.d. Manuale di Frascati OCSE¹³⁶.

3.2 Compatibilità degli *IP Box* secondo l'interpretazione nella disciplina RSI: inapplicabilità e altri rilievi critici

Qualora i regimi *IP Box* fossero considerati rispondenti alla nozione di aiuto di Stato ai sensi della normativa applicabile secondo l'interpretazione offerta *supra*¹³⁷, essi potrebbero comunque essere considerati compatibili in base all'art. 107, par. 3, lett. b) e c), TFUE.

Come si è già ampiamente detto¹³⁸, la Commissione ha elaborato negli anni una serie di linee guida sull'applicazione della normativa

¹³² Cfr. *supra*, § 2.2.

¹³³ Cfr. *supra*, § 2.3.

¹³⁴ L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 179.

¹³⁵ Cfr. decisione *IP Box 2008*, punti 4, 5 e 16.

¹³⁶ Cit. pp. 65-67. Cfr. anche *supra*, cap. I, § 1.3.1.

¹³⁷ Cfr. *supra*, §§ 1.2 e 2.

¹³⁸ Cfr. *supra*, cap. I, § 1.

degli aiuti nel settore R&S che hanno portato ad un'interpretazione delle misure favorevole al raggiungimento dell'obiettivo di interesse comune europeo¹³⁹. Tra le fonti rilevanti per l'analisi della compatibilità dei regimi *IP Box* ricordiamo non solo la già citata comunicazione RSI 2014 ma anche la comunicazione del 2006 sull'uso degli incentivi fiscali diretti a favore della ricerca e sviluppo¹⁴⁰. Se la prima offre chiarimenti in relazione alla disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione, la seconda riguarda più in generale il trattamento degli incentivi fiscali sotto vari aspetti del diritto dell'Unione europea (tra cui anche le libertà fondamentali e disciplina dell'IVA).

Analizzando tali comunicazioni è possibile formulare alcune considerazioni critiche sulla compatibilità dei regimi *IP Box*.

In primo luogo, la comunicazione RSI 2014 non presenta una disciplina adeguata all'analisi dei regimi *IP Box*. Essa infatti è stata pensata per sovvenzioni e incentivi di tipo tradizionale all'“input”, cioè a progetti di sviluppo dell'R&S basati sui costi dell'attività¹⁴¹ e non per riduzioni dell'imposta sui redditi derivanti dai beni immateriali. Infatti come ampiamente sostenuto¹⁴², la disciplina prende in considerazione i diritti di proprietà intellettuale come prodotto della R&S e a tal fine prevede meccanismi affinché essi non divengano strumento di

¹³⁹ Per un commento alla disciplina derivante dalle linee guida dal punto di vista degli *IP Box*, v. P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., pp. 65-68.

¹⁴⁰ Comunicazione SEC(2006)1515 della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, Per un utilizzo più efficace degli incentivi fiscali a favore della R&S (di seguito. “comunicazione 2006 sull'uso degli incentivi fiscali diretti a favore di R&S”), COM/2006/0728 def., 22.11.2006.

¹⁴¹ Cfr., comunicazione RSI 2014, punti 1, 12, 18, 61.

¹⁴² Cfr. *supra*, cap. I, § 3.

consolidamento del vantaggio in capo alle imprese beneficiarie. La principale preoccupazione è dettata dal fatto che le misure di RSI consentono al beneficiario degli aiuti di «rafforzare il potere di mercato che già detiene sui mercati esistenti e di trasferirlo su futuri mercati dei prodotti»¹⁴³. Tra le barriere più significative all'ingresso sul mercato per i nuovi concorrenti figurano infatti quelle di natura giuridica come i diritti di proprietà intellettuale¹⁴⁴.

D'altro canto, anche la comunicazione sull'uso degli incentivi fiscali diretti a R&S del 2006 offre nuovi spunti per l'analisi dei regimi *IP Box*, in quanto si limita a richiamare i consolidati principi secondo cui le misure aperte a tutte le imprese soggette ad imposta in uno Stato membro sono tendenzialmente considerate misure generali¹⁴⁵.

In secondo luogo, qualora si vogliano comunque prendere in considerazione le linee guida della comunicazione RSI 2014 per l'applicazione degli indicatori comuni di valutazione di compatibilità dell'aiuto (di cui alla comunicazione sulla modernizzazione degli aiuti di Stato)¹⁴⁶, emergono ulteriori rilievi critici che mostrano come sia difficile che i regimi *IP Box* possano rispondere alla definizione di compatibilità¹⁴⁷.

¹⁴³ Cfr. comunicazione RSI 2014, punto 113.

¹⁴⁴ *Ibidem*, in particolare punto 114, secondo trattino: «nel campo della RSI possono esistere significative barriere all'ingresso sul mercato per i nuovi concorrenti. Tra queste barriere figurano le barriere all'ingresso di natura giuridica (in particolare i diritti di proprietà intellettuale) [...]».

¹⁴⁵ Cfr. la comunicazione 2006 sull'uso degli incentivi fiscali diretti a favore di R&S, sez. 1.2.

¹⁴⁶ Cfr. *supra*, cap. I, §§ 1.2, 1.3.1 e 3.2.

¹⁴⁷ Cfr. C. MICHEAU-G. C. DE LA BROUSSE, *Case studies of tax issues on selectivity*, cit., p. 161-162.

In particolare, mentre gli incentivi fiscali per R&S ricompensano le imprese per i benefici che esse elargiscono al progresso e all'innovazione della società dei quali però esse non riescono ad appropriarsi, gli *IP Box* incentivano la produzione di beni già tutelati dai diritti di privativa e dunque beni i cui benefici le imprese sono già in grado di appropriarsi¹⁴⁸. Viene dunque meno uno dei principali termini dell'argomentazione a sostegno di una correzione dei fallimenti del mercato¹⁴⁹.

Ancora, occorre constatare che l'intensità di aiuto di una misura di natura fiscale deve essere calcolabile *a priori* altrimenti non è trasparente e l'aiuto non può essere approvato¹⁵⁰.

Inoltre gli aiuti a favore di RSI possono essere autorizzati in deroga al divieto generale degli aiuti di Stato, quando sono necessari e adeguati a conseguire un obiettivo di interesse comune¹⁵¹. Tuttavia risulta difficile reputare i regimi *IP Box* in linea con il test sull'effetto di incentivazione¹⁵² e sulla proporzionalità e adeguatezza¹⁵³ delle misure rispetto all'obiettivo di aumentare gli investimenti in R&S.

¹⁴⁸ B. STRAATHOF ET AL., *A Study on R&D Tax Incentives: final report*, cit., p. 6 e 45: «*The rationale for patent boxes as a means to stimulate innovation seems to be absent as it is not clear which market failures patent boxes address. Once patented, an invention is protected from imitation, such that firms no longer have a disincentive to innovate. It is not clear why especially innovations for which clear property rights are defined should receive a tax incentive. By subsidizing inventions that do not need a subsidy, patent boxes would induce inventions that are difficult to patent (and therefore might have high spillovers) relatively less attractive*».

¹⁴⁹ Cfr. comunicazione RSI 2014, punti 48-49.

¹⁵⁰ *Ibidem*, punto 82. Sul tema, v. anche P. ROSSI-MACCANICO, *Compatibilità dei regimi di Patent Box*, cit.

¹⁵¹ Cfr. comunicazione RSI 2014, punto 57.

¹⁵² Cfr. *supra*, cap. I, § 3.2.3.

¹⁵³ Cfr. comunicazione RSI 2014, sez. 4.5.

Infatti, come si rilevava in precedenza¹⁵⁴, altre tradizionali misure, come le sovvenzioni alla ricerca, i crediti d'imposta e le superdeduzioni, risultano più adeguate a stimolare gli investimenti nell'innovazione¹⁵⁵. Peraltro, al fine di garantire che il livello di aiuto sia proporzionato ai fallimenti del mercato che intende affrontare, l'aiuto deve essere stabilito in relazione ad una serie predefinita di costi ammissibili ed essere limitato a una determinata percentuale di detti costi ammissibili, per ciascun beneficiario¹⁵⁶. Risulta difficile applicare tale test ai regimi *IP Box* che spesso non hanno previsto un nesso diretto con i costi sostenuti¹⁵⁷.

Ancora, è la Commissione europea a dover valutare in base a studi di valutazione forniti dagli Stati membri se le misure fiscali hanno un effetto di incentivazione e quindi se la distorsione del mercato può giustificarsi nel caso concreto¹⁵⁸. Tuttavia solo l'*IP Box* spagnolo della decisione 2008 è stato formalmente notificato, mentre in genere gli Stati

¹⁵⁴ Cfr. *supra*, § 2.3.

¹⁵⁵ Cfr. comunicazione RSI 2014, punto 61: «La scelta dello strumento di aiuto dipende dal fallimento del mercato cui si intende porre rimedio. Ad esempio, se il sottostante fallimento del mercato è un problema di accesso al finanziamento esterno del debito dovuto all'asimmetria delle informazioni, gli Stati membri dovrebbero ricorrere ad aiuti sotto forma di sostegno alla liquidità, ad esempio un prestito o una garanzia, piuttosto che una sovvenzione. Se è inoltre necessario dotare l'impresa di un certo grado di condivisione dei rischi, lo strumento di aiuto da privilegiare dovrebbe generalmente essere un anticipo rimborsabile. In particolare, quando un aiuto è concesso in forma diversa da un sostegno alla liquidità o un anticipo rimborsabile per attività vicine al mercato, gli Stati membri devono giustificare l'adeguatezza dello strumento scelto per affrontare lo specifico fallimento del mercato in questione».

¹⁵⁶ *Ibidem*, punto 73.

¹⁵⁷ L. K. EVERS, *Intellectual Property (IP) Box Regimes*, cit., p. 182.

¹⁵⁸ Cfr. comunicazione RSI 2014, punti 52 e 65.

membri tendono ad evitare di informare la Commissione ritenendo tali regimi non rilevanti (come accaduto in passato per i tax rulings)¹⁵⁹. Solo negli ultimi anni la Commissione ha potuto valutare l'esistenza degli *IP Box* degli Stati membri, a seguito dell'indagine aperta nel 2014¹⁶⁰.

In breve, non solo la comunicazione RSI non esclude a priori che i regimi *IP Box* siano aiuti, *de facto* o nell'applicazione che possono farne le autorità amministrative, ma anzi conferma le problematiche esposte in materia di compatibilità.

In terzo luogo, è interessante osservare che nelle decisioni della Commissione relative all'ammortamento fiscale erogato dalla Spagna a favore dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere¹⁶¹, estranee alla materia degli *IP Box*, lo Stato membro aveva avanzato considerazioni sul fatto che la misura in quel caso fosse generale proprio come nella decisione *IP Box 2008* poiché *de jure* disponibile per ogni impresa soggetta a tassazione in Spagna a prescindere dall'attività, settore, dimensione, forma o qualsiasi altra sua

¹⁵⁹ Anche i Paesi bassi avevano intenzione di denunciare l'introduzione del regime, iniziativa a cui poi non è stato dato seguito. V. sul punto F. MUNTENDAM-J. CHIARELLA PRIVETTE, *New Luxembourg tax regime for intellectual property income*, in *European taxation*, 2008, pp. 231; secondo R. ISMER e S. PIOTROWSKI gli *IP Box* andrebbero comunque notificati (v. *Selektivität von Beihilfen*, cit., p. 267).

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, § 1.

¹⁶¹ Decisione (CE) n. 2011/5/ della Commissione, del 28 ottobre 2009, relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) cui la Spagna ha dato esecuzione (di seguito, "decisione *partecipazioni estere I*") (GU L 7, 11.1.2011, pp. 48-74); Decisione (UE) n. 2011/282 della Commissione del 12 gennaio 2011 relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere n. C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) cui la Spagna ha dato esecuzione (di seguito, "decisione *partecipazioni estere II*") (GU L 135, 21.5.2011, pp. 1-46).

caratteristica e che il fatto che non tutti i contribuenti beneficino della misura controversa non la rende selettiva¹⁶². La Commissione ha rigettato tale prospettazione affermando che, oltre al fatto che la misura sulle partecipazioni estere prevede distinzioni tra operazioni nazionali e internazionali, la decisione *IP Box 2008* «aveva tenuto conto della natura specifica dell'obiettivo perseguito facendo riferimento alla comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo dal titolo Per un utilizzo più efficace degli incentivi fiscali a favore della R&S¹⁶³. Nel caso in oggetto, la misura controversa non persegue un obiettivo analogo»¹⁶⁴. In questo passaggio appare che la Commissione stia dando rilievo ad una circostanza che, nell'ambito della decisione 2008, aveva importanza marginale, ossia che la misura fosse nel settore R&S. Infatti una volta affermato che le misure fiscali (*rectius*, tutte le misure) che non rispondono al criterio di selettività non possono costituire aiuti, non avrebbe dovuto avere rilievo che l'obiettivo perseguito potesse essere giustificato ai sensi dell'art. 107, par. 3, let. c), TFUE. L'interprete è così lasciato nell'impressione che il giudizio della Commissione sugli *IP Box*, almeno nella decisione *IP Box 2008* e nelle decisioni *partecipazioni estere I e II* (ma forse anche in generale), sia influenzato non tanto dall'analisi puntuale dei parametri di selettività ma dal fine ultimo del sostegno a R&S.

Occorre da ultimo tenere presente che il regime normativo della compatibilità prevede ampie possibilità di cumulo di varie tipologie di

¹⁶² Cfr. decisione *partecipazioni estere I*, cit., punto 44; decisione *partecipazioni estere II*, cit., punto 56.

¹⁶³ Comunicazione 2006 sull'uso degli incentivi fiscali diretti a favore di R&S, cit.

¹⁶⁴ Cfr. decisione *partecipazioni estere I*, cit., punto 131; decisione *partecipazioni estere II*, cit., punto 156.

misure a sostegno di R&S, di cui si è già trattato¹⁶⁵. Nel settore fiscale i regimi *IP Box* si aggiungono e non si sostituiscono alle tradizionali misure di sostegno a R&S. Sul punto è bene osservare che, anche volendo considerare l'ambito di R&S come privilegiato da speciali deroghe derivanti dalla meritevolezza dell'obiettivo di interesse comune, non possiamo dimenticare che un ulteriore e forse preminente obiettivo delle misure *IP Box* permane di fatto nella realtà economica: l'attrarre e mantenere redditi tassabili (oltre all'indotto economico che ne deriva¹⁶⁶) nel proprio ordinamento¹⁶⁷. Questo obiettivo risulta anzi essere quello per il quale i regimi *IP Box* appaiono più adeguati¹⁶⁸, e pertanto oggetto di scrupolosa analisi ai fini della concorrenza fiscale dannosa¹⁶⁹. Ciò comporta un effetto indesiderabile sulla scelta dell'ubicazione delle imprese e di conseguenza sulla concorrenza nel mercato, di cui la Commissione è cosciente¹⁷⁰. Alla luce di quanto precede l'interprete è portato a domandarsi se l'atteggiamento di favore riservato agli incentivi R&S contro i fallimenti del mercato non stia superando il ragionevole bilanciamento con le esigenze di tutela della concorrenza.

¹⁶⁵ Cfr. *supra*, cap. I, § 1.3.2.

¹⁶⁶ R. D. ATKINSON-S. ANDES, *Patent Boxes*, cit., p. 3.

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, § 1.1.

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, § 2.3.

¹⁶⁹ Cfr. *infra*, § 3.3.

¹⁷⁰ Cfr. comunicazione RSI 2014, sez., 4.6.1.2.

3.3 Compatibilità derivante da accordi di convergenza sul piano internazionale: il nuovo consenso intorno al *modified nexus approach*

È noto che la Commissione europea è da anni impegnata in una articolata indagine sulla concorrenza fiscale dannosa¹⁷¹ e nella relativa azione di contrasto¹⁷². A tal fine, importanti sforzi di convergenza degli interventi di politica della regolazione sono stati prodotti dalla Commissione insieme al Gruppo del Codice di condotta¹⁷³ e all'OCSE¹⁷⁴. Si diceva infatti che le società, in particolar modo quelle

¹⁷¹ Cfr. studi della DG TAXUD della Commissione disponibili online all'indirizzo https://ec.europa.eu/taxation_customs/publications/taxation-services-papers/taxation-papers_en.

¹⁷² W. SCHÖN, *State aid in the area of taxation*, cit., pp. 438-440; C. QUIGLEY, *Taxation and State Aid*, cit., pp. 149-152; C. DOS SANTOS, *Aides d'État, Code de Conduite et Concurrence Fiscale*, cit.

¹⁷³ Cfr. il memorandum MEMO/14/428 del 18.6.2014, *Preparation of Economic and Finance Ministers Council, Luxembourg 20 June*, p. 2, disponibile online all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_428, secondo cui Gruppo ha chiesto alla Commissione di preparare valutazioni preliminari degli *IP Box* presenti negli Stati membri al fine di elaborare un report per il Consiglio in materia di misure di concorrenza fiscale dannosa. Il Gruppo Codice di condotta è stato istituito nel 1998 ai sensi del Codice di condotta, cit., let. H, con le conclusioni del Consiglio del 9 marzo 1998, *Istituzione del gruppo «Codice di condotta»* (GU C 99, 1.4.1998, pp. 1-2). Il Gruppo Codice di condotta è composto da rappresentanti ad alto livello degli Stati membri e dalla Commissione europea. Esso è incaricato di valutare le misure fiscali che potrebbero rientrare nel campo di applicazione del codice. Per maggiori informazioni, cfr. l'informativa del Consiglio disponibile online all'indirizzo www.consilium.europa.eu/it/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/; per un commento al lavoro del Gruppo in materia di *IP Box*, v. I. ZAMMIT, *Centralized Intellectual Property Business Models*, cit., pp. 544-545.

¹⁷⁴ Cfr. *supra*, cap. III, §§ 1.1., 2.1 e 3.3. Sul punto, cfr. in particolare L. V. FAULHABER, *The Luxembourg Effect: Patent Boxes and the Limits of International Cooperation*, in *Minnesota Law Review*, 2016, p. 1685.

multinazionali, investono in attività di c.d. *profit shifting* al fine di ridurre la loro base imponibile principalmente attraverso i beni immateriali, che costituiscono uno strumento privilegiato poiché la loro origine può essere rilocalizzata facilmente ed in modo arbitrario.

Nel 2015 la Commissione ha inaugurato il citato piano di azione in materia fiscale 2015 (*Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation in the EU*)¹⁷⁵. Tale piano d'azione pone tra i suoi obiettivi quello di ristabilire il nesso tra luogo dove avviene l'imposizione fiscale e luogo dove si realizza il presupposto impositivo¹⁷⁶ per ottenere regimi di tassazione equa, introiti stabili e un miglior ambiente competitivo per le imprese. A tal fine, il piano prevede l'adozione di alcune misure per limitare il ricorso alla pianificazione fiscale abusiva anche nel settore dei regimi *IP Box*¹⁷⁷.

Tra le novità introdotte la più importante è sicuramente quella che ha visto l'adozione nel 2014 da parte del Gruppo del Codice di condotta del *modified nexus approach* (nuovo approccio al nesso) sviluppato dall'OCSE¹⁷⁸. Il principio prevede che ci sia un collegamento stretto tra

¹⁷⁵ Cfr. *supra*, cap. III, § 3.3. Cfr. anche comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, Un piano d'azione per rafforzare la lotta alla frode e all'evasione fiscali, COM(2012) 722 def., 6.12.2012.

¹⁷⁶ Cfr. piano di azione in materia fiscale 2015, sez. 2.3.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 10; OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, *Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes*, 2015, disponibile online all'indirizzo www.oecd.org/cdp/beps-action-5-agreement-on-modified-nexus-approach-for-ip-regimes.pdf; OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report* (di seguito, "report finale della 5^ azione BEPS 2015"), 2015, OECD Publishing, Parigi, disponibile online <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

i benefici fiscali e le attività di R&S che tali benefici mirano ad incentivare¹⁷⁹. In particolare, il nuovo approccio prevede che entro il 30 giugno 2021 gli Stati modifichino i loro regimi in modo da introdurre le seguenti condizioni: (1) per lo sviluppo del bene immateriale devono essere stati effettivamente sostenuti dei costi di R&S (c.d. “spese qualificate”)¹⁸⁰; (2) i beni immateriali oggetto del beneficio possono essere solo brevetti ed altri beni immateriali funzionalmente equivalenti a brevetti (cc.dd. “beni qualificati”)¹⁸¹; (3) le spese «qualificate» possono essere maggiorate fino a un massimo del 30% al fine di

¹⁷⁹ V. R. SANZ-GÓMEZ, *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes*, cit.; F. MANG, *The (in)compatibility of IP box regimes with EU law, the Code of Conduct and the BEPS initiatives*, in *European taxation*, 2015, pp. 78-87; V. KALLOE, *IP-Conditioned Tax Incentives: The Right Approach to Stimulate Innovation and R&D in the European Union?*, in D. PRUD'HOMME AND H. SONG, *Economic Impacts of Intellectual Property-Conditioned Government Incentives*, Springer, 2016, pp. 147-149; C. SHI, *IP boxes in light of the BEPS project and EU law. Part I*, in *European taxation*, 2016, n. 8, pp. 334-341; ID., *IP boxes in light of the BEPS project and EU law. Part II*, in *European taxation*, 2016, n. 9, pp. 371-380; F. RIEGLER, *Immaterielle Werte als Gegenstand der internationalen Steuerplanung Gestaltungen mit IP-Boxen unter besonderer Berücksichtigung der OECD/EU-Agenda „Base Erosion and Profit Shifting“*, Tesi di Dottorato in Giurisprudenza, Universität Münster, 2017; V. MOUTARLIER, *Reforming the Code of Conduct for Business Taxation in the New Tax Competition Environment*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, cit., pp. 79-80; V. JEDLICKA, *Tax Competition and IP Boxes after the Application of the Modified Nexus Approach*, in *Journal of Competitiveness*, 2018, n. 4, pp. 70-84; A. ALSTADSÆTER-S. BARRIOS-G. NICODEME-A. M. SKONIECZNA-A. VEZZANI, *Patent boxes design, patents location, and local R&D*, 2018, cit.; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., p. 232-233.

¹⁸⁰ Cfr. report finale della 5^a azione BEPS 2015, sez. C. V. anche L. MIELE-R. VIO, *"Patent Box": spunti di riflessione alla luce delle linee guida OCSE*, in *Corriere tributario*, 2015, pp. 1667 – 1672.

¹⁸¹ Cfr. report finale della 5^a azione BEPS 2015, punto 34.

considerare, nel calcolo dell'agevolazione, i costi di acquisizione del bene immateriale e di *outsourcing* infragruppo delle attività di sviluppo del bene stesso¹⁸²; (4) i soggetti beneficiari possono essere solo società residenti, stabilimenti permanenti nazionali di società straniere e stabilimenti permanenti stranieri di società residenti soggetti all'imposta nell'ordinamento (c.d. "soggetti passivi qualificati")¹⁸³.

Occorre domandarsi se il nuovo approccio introdotto sia da considerare adeguato al rispetto del divieto di aiuti incompatibili con il mercato. Alcune criticità possono in effetti essere riscontrate se si considera che le restrizioni introdotte dal nuovo approccio potrebbero risultare incompatibili per selettività, andando a privilegiare solo alcuni beni immateriali¹⁸⁴, o solo le imprese dotate delle capacità imprenditoriali e finanziarie necessarie per condurre attività di R&S in proprio (c.d. "*patent intensive companies*", come quelle del settore farmaceutico)¹⁸⁵. Se il collegamento si giustifica, nella logica del test trifasico, per le evidenti finalità antielusive, appare comunque che questo tipo di regime non rispetti il requisito di necessità e proporzionalità (ad esempio perché le attività di ricerca potrebbero essere comunque svolte in altri Stati)¹⁸⁶, ma anzi possa persino ridurre gli investimenti in R&S in alcuni Stati membri¹⁸⁷. Peraltro l'esclusione

¹⁸² *Ibidem*, punto 40 e sezz. F e G.

¹⁸³ *Ibidem* punto 33. Per un commento alla nuova disciplina, v. R. SANZ-GÓMEZ, *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes*, cit.; P. MERRILL, *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, pp. 852-855.

¹⁸⁴ R. SANZ-GÓMEZ, *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes*, cit., p. 14; D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box?*, cit., p. 63.

¹⁸⁵ N. CHESAITES, *Tax Incentives as State Aid*, cit., p. 266; C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., pp. 232-233.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 234.

¹⁸⁷ D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box?*, cit., p. 65.

dal novero dei beneficiari delle imprese che hanno istituito centri di ricerca sotto forma di filiale in altri Stati membri potrebbe costituire una violazione dei principi in materia di libertà di stabilimento¹⁸⁸ che non consentirebbe alla Commissione di considerare compatibile con il mercato un aiuto di Stato¹⁸⁹.

Di conseguenza, è possibile affermare che il nuovo approccio al nesso è potenzialmente idoneo ad entrare in conflitto con le norme in materia di aiuti di Stato¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Art. 49 TFUE. Sul rapporto tra aiuti di Stato fiscali e libertà fondamentali, v. P. ROSSI-MACCANICO, *EU Review of Direct Tax Measures: Interplay between Fundamental Freedoms and State Aid Control*, in *EC Tax Review*, 2013, pp. 19–28. Per un approfondimento sul rapporto tra libertà fondamentali e aiuti di Stato con riferimento agli *IP Box* v. M. C. BARREIRO CARRIL, *The difficult relationship between the fundamental freedoms and the nexus approach as a criterion for applying preferential regimes within the European Union: special reference to IP boxes*, in J. M. ALMUDÍ CID-J. FERRERAS GUTIERREZ, P. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 497-518; P. SCHWARZ MARTÍNEZ, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, cit., pp. 154-157; R. SANZ-GÓMEZ, *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes*, p. 28.

¹⁸⁹ Cfr. comunicazione RSI 2014, punti 38 e 104; sentenza del 21 maggio 1980, Commissione/Italia, 73/79, EU:C:1980:129, punto 11; sentenza Matra/Commissione, cit., punto 41; sentenza del 19 settembre 2000, Germania/Commissione, C-156/98, EU:C:2000:467, punto 78; sul punto, v. C. BROKELIND, *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, cit., pp. 235-237; Y. SUNG, *You Cannot Escape EU Law, No Matter How Hard You Try: Is Modified Nexus Approach in BEPS Action 5 Compatible with the State Aid Rule?*, Tesi di Master in Giurisprudenza, Uppsala University, 2017.

¹⁹⁰ Per una panoramica del potenziale conflitto tra norme dei diversi ordinamenti sulla concorrenza fiscale dannosa, v. P. G. LINDENBERG SCHOUERI, *Fundamental conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition*, cit.

Tuttavia, occorre anche considerare che difficilmente la Commissione potrà contraddire un impegno preso ai sensi dell'azione BEPS, quantomeno a causa degli obblighi derivanti dal principio di leale collaborazione¹⁹¹. La Commissione ha infatti comunicato che intende fornire agli Stati membri orientamenti su come attuare gli *IP Box* conformemente alla nuova impostazione, monitorare attentamente tale attuazione ed eventualmente introdurre misure legislative vincolanti per garantirne l'attuazione corretta¹⁹². Del resto, è stato fatto notare che l'accoglimento di un ricorso per aiuti di Stato contro la nuova versione dell'approccio sul nesso comporterebbe uno svilimento degli sforzi compiuti anche dalla Commissione sul piano della cooperazione internazionale¹⁹³. Gli sviluppi di tale impegno potrebbero portare all'applicazione del nuovo approccio in modo vincolante anche sugli Stati membri che non fanno parte dell'OCSE¹⁹⁴.

È peraltro possibile che gli atti adottati in base al piano di azione in materia fiscale 2015 conducano all'introduzione di regimi di sostegno al settore R&S che sostituiranno del tutto i regimi preferenziali

¹⁹¹ Art. 4, par. 3, TUE.

¹⁹² Cfr. piano di azione in materia fiscale 2015, sez. 2.3. Alcuni Stati membri hanno già adeguato i loro ordinamenti al nuovo approccio. Cfr. OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, *Harmful Tax Practices - 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*, OECD Publishing, Parigi, 2019, pp. 18-19; L. GAIANI, *Il Decreto Patent Box si allinea alle prescrizioni dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 7-12; D. FABRIS, *To Open the Box or to Close the Box?*, cit., p. 64; E. GIL GARCÍA, *Implementation of the modified nexus approach under the Spanish patent box regime*, in R. DANON, *Base erosion and profit shifting (BEPS)*, cit., pp. 23-47;

¹⁹³ L. V. FAULHABER, *The Luxembourg Effect: Patent Boxes and the Limits of International Cooperation*, cit., p. 1641, nota a piè di pagina n. 185.

¹⁹⁴ Tra gli Stati membri che non fanno parte dell'OCSE vi sono Bulgaria, Croazia, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta e Romania.

di tassazione del reddito d'impresa come li conosciamo oggi. Ad esempio, per il tramite della nuova disciplina *CCBT*¹⁹⁵, è possibile che si arrivi all'armonizzazione degli incentivi R&S per tutte le imprese negli Stati membri¹⁹⁶.

Alla luce di quanto precede è possibile affermare che la strategia fiscale ispirata al modello internazionale OCSE basato sul compromesso politico sta subendo un processo di armonizzazione¹⁹⁷ o, *rectius*, “comunitarizzazione”. Tale processo potrebbe sostanzialmente escludere l'apertura di indagini sugli *IP Box* riformati secondo il nuovo approccio sul nesso¹⁹⁸. Ad ogni modo, anche qualora tale orientamento sulla regolazione dovesse consolidarsi in fonti vincolanti nell'ordinamento europeo, è evidente che questa fonte sulla compatibilità non può estendere i suoi effetti ai regimi che sono stati precedentemente in vigore negli Stati membri.

¹⁹⁵ Cfr. proposta CCTB (cit. *supra*, cap. III, § 3.3), art. 9, par. 3.

¹⁹⁶ V. M. C. BARREIRO CARRIL, *The difficult relationship between the fundamental freedoms and the nexus approach as a criterion for applying preferential regimes within the European Union: special reference to IP boxes*, cit.; V. anche D. D'ANDRIA-D. PONTIKAKIS-A. SKONIECZNA, *Towards a European R&D Incentive? An assessment of R&D Provisions under a Common Corporate Tax Base*, in *Taxation and Customs Union Working Paper*, 2017, n. 69.

¹⁹⁷ Alcuni commentatori affermano che ci si trova di fronte a un secondo ciclo di armonizzazione negativa nel settore fiscale. V. P. J. WATTEL, *Comparing Criteria: State Aid, Free Movement, Harmful Tax Competition and Market Distorting Disparities*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, cit., pp. 59-71; R. ISMER-S. PIOTROWSKI, *Selektivität von Beihilfen*, cit., pp. 266-267. Per una panoramica degli sviluppi normativi del piano di azione in materia fiscale 2015, cfr. l'allegato della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale, COM(2018) 146 def., 21.3.2018.

¹⁹⁸ In tal senso, N. CHESAITES, *Tax Incentives as State Aid*, cit., p. 266.

4 Conclusioni: la selettività nel rapporto tra aiuti di Stato e DPI in funzione anticoncorrenziale

Alla luce di quanto illustrato sinora è possibile formulare alcune considerazioni conclusive.

In primo luogo, è possibile concludere che la disciplina e l'interpretazione offerta dalle istituzioni europee del regime sugli aiuti di Stato mira a sostenere la politica del sostegno all'innovazione anche attraverso il riconoscimento della tutela dei DPI in ambito fiscale, nei settori dei prezzi di trasferimento e dell'imposizione sul reddito da beni immateriali.

L'analisi del regime degli aiuti di Stato in materia di prezzi di trasferimento dimostra infatti che la Commissione tiene sempre presente la natura dei beni dell'ingegno nella sua valutazione delle misure. Ad esempio, le decisioni della Commissione chiariscono le difficoltà insite nel calcolo e nella comparazione del valore economico attribuibile ai DPI e la necessità di ricorrere a strumenti di rettifica ed approssimazione¹⁹⁹ per evitare che un'applicazione troppo rigorosa della normativa sugli aiuti di Stato impedisca la circolazione dei DPI. Inoltre, se il principio dell'*arm's lenght* elaborato dall'OCSE ha trovato legittimazione nei *Fiscal Aid Packages*, si ritiene che l'interpretazione fornita dalla stessa organizzazione sul calcolo dei prezzi di trasferimento dei DPI otterrà ampia diffusione nell'Unione europea per via del processo di armonizzazione derivante dal piano di azione in materia fiscale 2015²⁰⁰.

L'analisi della disciplina dei regimi preferenziali in materia di reddito da beni immateriali (*IP Box*) dimostra che la Commissione ritiene tali misure non soltanto compatibili con il mercato, in quanto generali²⁰¹ e comunque giustificabili per via dell'obiettivo di interesse

¹⁹⁹ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.1.

²⁰⁰ Cfr. *supra*, cap. III, § 3.3.

²⁰¹ Cfr. *supra*, § 3.1.

comune perseguito²⁰², ma anche auspicabili tanto che la loro diffusione è incentivata dall'adozione del *modified nexus approach* anche per gli Stati membri non rientranti nell'OCSE.

In secondo luogo, l'analisi del criterio di selettività consente di indicare in questo elemento costitutivo della nozione di aiuto una chiave di lettura e uno strumento di tendenziale composizione e superamento dell'apparente contrasto tra, da un lato, il perseguimento dell'obiettivo di promozione dell'innovazione e, dall'altro, la tutela del mercato contro l'ingerenza statale. Si è dimostrato infatti che i regimi di agevolazione fiscale introdotti con i *tax rulings* e con gli *IP box* presentano affinità sotto tutti i profili della nozione di aiuto tranne che per il criterio di selettività. Secondo l'interpretazione fornita dalle istituzioni europee, mentre gli *IP box* sono misure generali, la discrezionalità esercitata dalle autorità amministrative nei *rulings* alle imprese multinazionali rende tali misure idonee a conferire vantaggi selettivi incompatibili con il mercato²⁰³. Di conseguenza, il modo in cui il criterio di selettività trova applicazione nelle varie fattispecie di intervento fiscale consente di apprezzare la differenza tra misure pro-concorrenziali (a favore dell'innovazione e compatibili con il mercato) e anticoncorrenziali (a favore dell'innovazione ma incompatibili con il mercato ai sensi della nozione di aiuto).

Tuttavia, permangono dubbi circa la legittimità delle soluzioni interpretative adottate con particolare riferimento al modo in cui il criterio di selettività trova applicazione nelle fattispecie in esame.

Un primo problema è dato dalla constatazione che, come già si affermava nelle conclusioni intermedie alla prima parte

²⁰² Cfr. *supra*, § 3.2.

²⁰³ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.3.1.

dell'elaborato²⁰⁴, la nozione analitica di aiuto sembra rivestire un ruolo sempre meno prominente rispetto all'obiettivo del mantenimento della competitività sul piano internazionale. Ciò si riscontra in particolare nella superficialità dell'indagine relativa alla selettività materiale *de facto* dei regimi *IP Box*²⁰⁵.

Un secondo problema è dato dalle incongruenze che si rilevano con riferimento alla nozione di deroga all'incompatibilità *ex art. 107(3) TFUE*. Se per gli *IP Box* la Commissione sembra avallare senza riserve la possibilità che tali misure, anche qualora fossero ritenute selettive, siano compatibili in base alla disciplina R&S²⁰⁶, la stessa considerazione non viene effettuata per i *tax rulings*. Come si è già detto con riferimento alla sentenza *Starbucks*, lo sfruttamento economico della proprietà intellettuale non è relegato unicamente alla vendita ai consumatori finali sul mercato al dettaglio ma può avvenire anche sul mercato all'ingrosso²⁰⁷. Di conseguenza, la cessione di DPI costituisce una forma di sfruttamento del reddito derivante da DPI non dissimile da quanto avviene negli *IP Box*. Pertanto, se una misura *IP Box* considerata per ipotesi selettiva (ad esempio perché conferita per il tramite di un *ruling*)²⁰⁸ è passibile di essere valutata come compatibile per gli obiettivi di interesse comune perseguiti, lo stesso dovrebbe valere per i *ruling* in materia di prezzi di trasferimento. Questo profilo di compatibilità delle misure non è però stato finora esplorato dalle istituzioni europee e dai ricorrenti.

²⁰⁴ Cfr. *supra*, cap. II, § 5.

²⁰⁵ Cfr. *supra*, § 2 e segg.

²⁰⁶ Cfr. *supra*, § 3.2.

²⁰⁷ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.3.2.

²⁰⁸ Cfr. *supra*, § 2.3.

Infine, i problemi maggiori derivano dal ruolo assunto dall'analisi del criterio di selettività nel contesto del diritto istituzionale e sostanziale dell'Unione europea. Come si è dimostrato²⁰⁹, il criterio di selettività rimane il più problematico tra quelli che costituiscono la nozione di aiuto di Stato. Il test trifasico e la nozione di selettività materiale non hanno ancora trovato una compiuta sistematizzazione, ma anzi sono suscettibili di interpretazioni divergenti tanto che la dottrina²¹⁰ rileva, in questo ambito più che in altri, l'esistenza di un approccio «*case-by-case*» e del susseguirsi di numerose pronunce di annullamento delle decisioni della Commissione. Questa impostazione influisce negativamente sul rispetto del principio di certezza del diritto non solo ai fini della conduzione dell'attività d'impresa ma anche nei rapporti tra Stati membri e Unione europea. Tale riflessione appare ancor più rilevante se si considera che la nozione di selettività dell'aiuto è ritenuta dalla dottrina²¹¹ strumento di distribuzione delle competenze tra Stati membri e Corte di giustizia. Da un lato, la nozione di selettività deve rimanere ampia al fine di consentire un effettivo vaglio delle misure per garantire il controllo sugli aiuti previsto nel trattato. Dall'altro, il concetto di selettività deve rimanere confinato entro i limiti posti dall'art. 107, par. 1., TFUE, al fine di evitare il problema della c.d. «*competence creep*»²¹² o, altrimenti detto, dell'indebita ingerenza che l'estensione della nozione di aiuto può garantire alle istituzioni europee sulle politiche economiche degli Stati membri, a detrimento del principio di sovranità statale²¹³.

²⁰⁹ Cfr. *supra* cap. III, §§ 1.2.2., 2.2.1, 2.2.2., 3.1; *supra*, §§ 2 e segg.

²¹⁰ V. M. HONORÉ, *Selectivity*, cit., pp. 167-168.

²¹¹ V. R. CISOTTA, *Criterion of Selectivity*, cit., p. 150.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ Nello stesso senso, v. C. ARHOLD, *The definition of State aid*, cit., pp. 83-84.

Conclusioni

Il presente lavoro di ricerca ha consentito di sviluppare alcune riflessioni sul rapporto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina del controllo sugli aiuti di Stato nell'ordinamento dell'Unione europea. In particolare, l'indagine ha approfondito il trattamento che la disciplina riserva ai diritti di proprietà intellettuale nelle varie fasi del ciclo dell'innovazione, attraverso una valutazione mirata del modo in cui i concetti di nozione di aiuto e compatibilità dell'aiuto trovano applicazione nel contesto del sostegno alla ricerca e allo sviluppo, dello stimolo alla diffusione di soluzioni innovative sul mercato e del trattamento fiscale dei prodotti dell'ingegno da parte degli Stati membri.

L'elaborato ha inteso dare rilievo al modo in cui gli aiuti pubblici alle imprese possono avere effetti di incentivo all'investimento nella proprietà intellettuale e, nel contempo, costituire un vantaggio selettivo a favore di talune imprese la cui compatibilità con il mercato deve essere attentamente valutata.

Alla luce di quanto illustrato, è possibile formulare alcune considerazioni conclusive.

La disciplina e l'interpretazione offerta dalle istituzioni europee del regime sugli aiuti di Stato mira a sostenere la politica del sostegno all'innovazione¹.

L'analisi del regime degli aiuti di Stato nel settore R&S² dimostra, infatti, che l'erogazione di aiuti di Stato costituisce, a certe condizioni, uno strumento compatibile con il mercato in funzione dello sviluppo pro-concorrenziale teso alla crescita

¹ Cfr. *supra*, cap. II, § 5.

² Cfr. *supra*, cap. I.

economica, allo sviluppo sostenibile e alla competitività internazionale.

L'analisi della disciplina dei contratti pubblici in materia di innovazione³ dimostra che le istituzioni europee tendano a ritenere esclusa la concessione di aiuti di Stato laddove le procedure utilizzate per gli affidamenti garantiscano il confronto concorrenziale.

L'analisi del trattamento fiscale preferenziale riservato dagli Stati alla proprietà intellettuale delle imprese⁴ risulta in linea con la politica di favore sostenuta dall'Unione nei confronti dell'innovazione. Ne è una dimostrazione la circostanza che i modelli di intervento pubblico della sovvenzione, del *demand-pull* e dello sgravio fiscale incentivano la produzione di beni dell'intelletto e mirano alla realizzazione di una politica di stimolo, secondo logiche differenziate funzionalizzate alla produzione, alla diffusione e all'affermazione dell'innovazione.

In tale contesto, la disciplina degli aiuti di Stato mira a contenere gli effetti anticoncorrenziali dell'intervento pubblico nell'economia, ad esempio distinguendo misure che non sono aiuti da misure che costituiscono un aiuto in senso tecnico⁵ e misure di aiuto compatibili da quelle incompatibili con il mercato secondo un'interpretazione aggiornata dei criteri di compatibilità⁶, garantendo l'applicazione di procedure che consentono la scelta del

³ Cfr. *supra*, cap. II.

⁴ Cfr. *supra*, capp. III e IV.

⁵ Cfr. *supra*, cap. I, § 3.1; cap. II, § 1.1; cap. III, § 1.2; cap. IV, § II.

⁶ Cfr. *supra*, cap. I, § 3.2 ; cap. IV, § 3.2.

miglior operatore economico a parità di condizioni⁷ e vigilando contro l'indebita erogazione di vantaggi selettivi alle imprese⁸.

Tuttavia, permangono dubbi circa la legittimità delle soluzioni interpretative adottate nell'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato ai diritti di proprietà intellettuale. Vi è il rischio che l'interpretazione della normativa applicabile sia eccessivamente funzionalizzata allo stimolo dell'innovazione, a scapito del vaglio degli effetti potenzialmente distorsivi delle misure sulla libera concorrenza. In particolare, è possibile osservare una serie di criticità nell'applicazione della definizione di aiuto⁹ e degli indici di compatibilità¹⁰ alle fattispecie in esame che illustrano come la valutazione analitica della misura sembri rivestire un ruolo sempre meno preminente rispetto all'obiettivo del mantenimento della competitività sul piano internazionale¹¹.

Peraltro, questo tipo di interpretazione funzionale amplifica la

⁷ Cfr. *supra*, cap. II, § 1.3.

⁸ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.1.

⁹ Si pensi, ad esempio, al concetto di prezzo di mercato dei DPI e alla distinzione tra le fasi di R&S e di commercializzazione nelle procedure specializzate a sostegno dell'innovazione (cfr. *supra*, cap. II, § 4 e segg.); si pensi anche e al concetto di misura *de facto* selettiva e misura incidentalmente vantaggiosa per le imprese che riducono i loro oneri fiscali sullo sfruttamento dei DPI (cfr. *supra*, cap. IV, § 2.1).

¹⁰ Cfr., ad esempio, alle considerazioni svolte in materia di necessità dell'intervento statale ed effetto di incentivazione per la compatibilità delle misure R&S (cap. I, §§ 3.2.2 e 3.2.3); si pensi anche all'inadeguatezza delle misure fiscali sull'output a soddisfare le condizioni di compatibilità, come illustrato nel cap. IV, § 3.2.

¹¹ Si pensi ad esempio alla c.d. "clausola di allineamento" (cfr. *supra*, cap. I, § 3.2.4), alla considerazione del miglioramento della posizione internazionale dell'Unione come obiettivo (cfr. *supra*, cap. I, § 3.2.1) o all'interpretazione del criterio di selettività confacente alla strategia di coordinamento internazionale nella lotta alla concorrenza fiscale dannosa (cfr. *supra*, cap. III, §§ 2.2.2., 3 e segg.; cap IV, § 3.3).

portata di problemi tradizionalmente legati all'indagine della nozione di aiuto, quali il ruolo dell'analisi degli effetti della misura rispetto agli obiettivi che essa persegue¹², i limiti dell'esercizio della discrezionalità amministrativa¹³ e l'eccessivo formalismo dell'analisi delle misure a scapito di una considerazione sostanziale dei loro effetti¹⁴.

Tra i problemi di carattere generale che la funzionalizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato aggrava troviamo, soprattutto nel settore fiscale, quelli della corretta applicazione della nozione di selettività¹⁵, del rispetto del principio di certezza del diritto¹⁶ e del rapporto tra sovranità statale e armonizzazione¹⁷. Le riflessioni sviluppate indicano che in questo elemento costitutivo della nozione di aiuto può trovarsi una chiave di lettura e uno strumento di tendenziale composizione e superamento dell'apparente contrasto tra diritti di proprietà intellettuale e disciplina degli aiuti solo se viene operata un'analisi sostanziale dell'incidenza delle misure su imprese effettivamente e realisticamente comparabili.

Si è già detto¹⁸ che, in mancanza di un regime sul controllo degli aiuti di Stato nei Paesi extra-europei comparabile a quello istituito nell'Unione, essa è costretta ad affrontare un dilemma a tre

¹² Cfr. *supra*, cap. II, §§ 1.1 e segg.; cap. III, § 2.2.4; cap. IV, § 2.1.

¹³ Cfr. *supra*, cap. II, § 1.2; cap. III, § 2.3.1; cap. IV, § 2.3.

¹⁴ Cfr. *supra*, il formalismo delle procedure di appalto, cap. II, § 2.1; le presunzioni sul vantaggio selettivo, cap. III, §§ 1.2.3, 1.2.4, 2.2.1 e 3.1; generalità formale delle misure, cap. IV, § 2.1.

¹⁵ Cfr. cap. III, §§ 1.2.2 e 2.2.1; cap. IV, §§ IV, § 2.

¹⁶ Cfr. *supra*, cap. III, § 2.2.3.

¹⁷ Cfr. cap. III, § 3.3. e cap. IV, § 3.3.

¹⁸ M. BLAUBERGER-R. U. KRÄMER, *European Competition vs. Global Competitiveness*, cit. *supra*, cap. II, § 5.

uscite: i) lasciare che le imprese europee risultino svantaggiate nella competizione internazionale; ii) rendere meno stringenti le norme in materia di aiuti di Stato; o iii) tentare di esportare il regime sugli aiuti nei Paesi extra-europei.

Tra queste soluzioni, le istituzioni europee sembrano aver scelto la seconda, consentendo un'interpretazione delle norme in materia di aiuti di Stato orientata al conseguimento degli obiettivi di interesse comune¹⁹. La scelta appare condizionata anche dal fatto che lo sviluppo e la competitività dell'economia europea dipendono molto dall'intervento pubblico ed esso, in questi settori (ricerca, tutela della proprietà intellettuale, acquisti pubblici, imposizione fiscale), è ancora in gran parte di competenza statale, non solo e non tanto da un punto di vista normativo, ma soprattutto sotto il profilo della capacità di investire risorse.

Sul punto occorre sottolineare due prospettive divergenti.

Da un lato, l'interprete del diritto dell'Unione europea non è nuovo a un'applicazione della disciplina sovranazionale funzionalmente orientata al raggiungimento degli obiettivi posti dal trattato e, in ultima analisi, alla garanzia del benessere collettivo. Questa modalità di interpretazione del diritto, anche detta teleologica o secondo "l'effetto utile" appare, anzi, coerente con il ruolo e le competenze che istituzionalmente i trattati assegnano alla Commissione e, più in generale, all'Unione europea. Infatti, con l'ampliamento delle competenze che il trattato riserva alle

¹⁹ Alcuni arrivano persino ad auspicare questo approccio da parte della Commissione (cfr. B. P. BERNABEU, *R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules*, cit., p. 190: «*It would be appreciated [sic!] if, first, the Commission were to refrain from enforcing EU State aid rules so strictly in all situations in order to take into consideration the impact of subsidization in competitor economies*»).

istituzioni sovranazionali, si amplia anche il c.d. “interesse generale dell’Unione”, che la Commissione deve perseguire²⁰. In particolare, per interesse dell’Unione la Commissione non intende più soltanto l’obiettivo di integrazione del mercato interno rispetto alle logiche nazionali ma anche la promozione del mercato europeo, sia nel confronto con i mercati terzi sia quale presupposto per lo sviluppo della società²¹.

Dall’altro, non può ritenersi legittima un’interpretazione normativa che vada a detrimento della tutela del mercato, cui le norme sugli aiuti di Stato sono poste. In particolare, il controllo dell’intervento pubblico nell’economia non può degradare, nel bilanciamento con gli obiettivi di interesse comune, ad interesse recessivo. Occorre infatti rimarcare che, fintantoché gli Stati membri avranno modo di redistribuire la ricchezza per il tramite di risorse pubbliche, come avviene nei settori di cui la presente disamina si occupa, sul mercato interno graverà il rischio di distorsioni la cui portata non può essere sottovalutata, in particolare se si considerano gli effetti durevoli che i diritti di privativa possono avere sulla contendibilità delle quote di mercato tra imprese.

È pertanto necessario che la Commissione mantenga quel profilo di terzietà che caratterizza l’esercizio delle funzioni delle

²⁰ Art. 17 TUE. V., ad es., S. FABBRINI, *Constructing and de-constructing the European political identity: the contradictory logic of the EU’s institutional system*, in *Comparative European Politics*, 2019, pp. 477–490; R. SCHÜTZE, *European Union Law*, II ed., CUP, 2018, pp. 189-202.

²¹ Ad esempio, per quanto concerne i diritti di proprietà intellettuale, in termini di diffusione della conoscenza e progresso tecnico-scientifico. Cfr. *supra*, cap. I, §§ 1 e segg.

autorità amministrative indipendenti nel settore della concorrenza²² e che venga dato maggior rilievo, nell'esame della compatibilità delle misure di aiuto per i diritti di proprietà intellettuale, agli effetti che esse comportano sul mercato.

²² V., ad es., S. ALVES-J. CAPIAU-A. SINCLAIR, *Principles for the Independence of Competition Authorities*, in *Competition Law International*, n. 1, 2015, p. 25: «Such independence guarantees strengthen the NCAs' position vis-à-vis the Member States and very importantly strengthen the legitimacy of their action vis-à-vis stakeholders, including national parliaments and citizens».

Bibliografia

Giurisprudenza, ricorsi e conclusioni degli Avvocati Generali*

Sentenza del 2 luglio 1974, Italia/Commissione (sentenza Italia/Commissione), C-173/73, EU:C:1974:71

Sentenza del 22 marzo 1977, Iannelli/Meroni, C-74/76, EU:C:1977:51

Conclusioni dell'Avvocato generale Gerhard Reischl, del 9 gennaio 1980, Amministrazione delle finanze dello Stato v Denkavit italiana, C-61/79, EU:C:1980:2

Sentenza del 21 maggio 1980, Commissione/Italia, 73/79, EU:C:1980:129

Sentenza del 17 settembre 1980, Philip Morris/Commissione, 730/79, EU:C:1980:209

Sentenza del 13 ottobre 1982, Norddeutsches Vieh und Fleischkontor, C-213/81, EU:C:1982:351

Sentenza del 7 maggio 1985, Commissione/Francia, C-18/84, EU:C:1985:175

Sentenza del 7 novembre 1985, Adams/Commissione, C-145/83, EU:C:1985:448

Sentenza del 5 giugno 1986, Commissione/Italia, C-103/84, EU:C:1986:229

Sentenza del 24 febbraio 1987, Deufil/Commissione, 310/85, EU:C:1987:96

Sentenza dell'11 marzo 1987, Van den Bergh en Jurgens e Van Dijk Food Products (Lopik) BV / Commissione, C-265/85, EU:C:1987:121

Conclusioni dell'Avvocato generale Slynn del 2 aprile 1987, Van der Kooy contro Commissione, C-67/85, EU:C:1987:177

* In ordine cronologico.

Sentenza 7 giugno 1988, Grecia/Commissione, 57/86, EU:C:1988:284

Sentenza del 27 settembre 1988, Humbel, C-263/86, EU:C:1988:451

Sentenza del 14 febbraio 1990, Francia/Commissione, C-301/87, EU:C:1990:67

Sentenza del 21 marzo 1991, Italia/Commissione, C-303/88, EU:C:1991:136, punto 34.

Sentenza del 23 aprile 1991, Höfner e Elser, C-41/90, EU:C:1991:161

Sentenza del 15 giugno 1993, Matra SA/Commissione, C-225/91, EU:C:1993:239

Sentenza del 7 dicembre 1993, Wirth, C-109/92, EU:C:1993:916

Sentenza del 3 maggio 1994, Commissione/Spagna, C-328/92, EU:C:1994:178

Sentenza dell'8 giugno 1995, Siemens/Commissione, T-459/93, EU:T:1995:100

Sentenza del 16 novembre 1995, Fédération Française des Sociétés d'Assurance, C-244/94, EU:C:1995:392

Sentenza del 29 febbraio 1996, Belgio/Commissione, C-56/93, EU:C:1996:64

Sentenza dell'11 luglio 1996, SFEI e altri, C-39/94, EU:C:1996:285

Sentenza del 18 settembre 1996, Postbank/Commissione, T-353/94, EU:T:1996:119

Sentenza del 2 aprile 1998, Commissione/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, EU:C:1998:154

Sentenza del 18 giugno 1998, Commissione/Italia, C-35/96, EU:C:1998:303

Sentenza del 28 gennaio 1999, BAI/Commissione, T-14/96, EU:T:1999:12

Sentenza del 29 aprile 1999, Spagna/Commissione, C-342/96, EU:C:1999:210

Sentenza 17 giugno 1999, Belgio/Commissione, C-75/97, EU:C:1999:311

Sentenza del 29 giugno 1999, DM Transport, C-256/97, EU:C:1999:332

Sentenza del 14 settembre 1999, Gschwind, C-391/97, EU:C:1999:409

Sentenza del 16 maggio 2000, Francia/Ladbroke Racing Ltd e Commissione, C-83/98 P, EU:C:2000:248

Sentenza del 12 settembre 2000, Pavlov, C-180/98, EU:C:2000:428

Sentenza del 19 settembre 2000, Germania/Commissione, C-156/98, EU:C:2000:467

Sentenza del 5 ottobre 2000, Germania/Commissione, C-288/96, EU:C:2000:537

Sentenza del 25 ottobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, EU:C:2001:577

Sentenza del 12 marzo 2002, Omega Air e a., cause riunite C-27/00 e C-122/00, EU:C:2002:161

Sentenza del 16 maggio 2002, Francia/Commissione (Stardust Marine), C-482/99, EU:C:2002:294

Sentenza del 17 ottobre 2002, Linde, T-98/00, EU:T:2002:248

Sentenza del 4 marzo 2003, FENIN/Commissione, T-319/99, EU:T:2003:50

Sentenza del 24 luglio 2003, Altmark, C-280/00, EU:C:2003:415

Sentenza del 5 agosto 2003, P & O European Ferries (Vizcaya), T-116/01, EU:T:2003:217

Sentenza del 27 novembre 2003, Enirisorse, C-34/01, EU:C:2003:640

Sentenza del 29 aprile 2004, Grecia/Commissione, C-278/00, EU:C:2004:239

Sentenza del 15 luglio 2004, Spagna/Commissione, C-501/00, EU:C:2004:438

Sentenza del 3 marzo 2005, Fabricom, C-21/03, EU:C:2005:127

Sentenza del 14 aprile 2005, Belgio/Commissione, C-110/03, EU:C:2005:223

Sentenza del 2 giugno 2005, Commissione/Grecia, C-394/02, EU:C:2005:336

Sentenza del 15 dicembre 2005, Italia/Commissione, C-66/02, EU:C:2005:768

Sentenza del 10 gennaio 2006, Cassa di Risparmio di Firenze SpA e altri, C-222/04, EU:C:2006:8

Sentenza del 30 marzo 2006, Servizi ausiliari dottori commercialisti, C-451/03, EU:C:2006:208

Sentenza del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187 ABSL/Commissione (sentenza *Forum 187*), cause riunite C-182-03 e C-217/03, EU:C:2006:416

Sentenza dell'11 luglio 2006, FENIN, C-205/03 P, EU:C:2006:453

Sentenza del 6 settembre 2006, Portogallo/Commissione (*Azzorre*), C-88/03, EU:C:2006:511

Sentenza dell'11 settembre 2007, Commissione/Germania, C-318/05, EU:C:2007:495

Sentenza del 17 luglio 2008, Essent Netwerk Noord e a., EU:C:2008:413, C-206/06

Sentenza dell'11 settembre 2008, Germania/Kronofrance, C-75/05 P e C-80/05 P, EU:C:2008:482

Sentenza del 22 dicembre 2008, British Aggregates, C-487/06 P, EU:C:2008:757

Sentenza del 28 luglio 2011, Territorio Histórico de Vizcaya – Diputación Foral de Vizcaya e al. / Commissione, cause riunite da C-471/09 P a C-473/09 P, EU:C:2011:521

Sentenza dell'8 settembre 2011, Paint Graphos, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550

Sentenza del 15 novembre 2011, Commissione e Spagna / Gibilterra e UK, cause riunite C-106/09 P e C-107/09 P, EU:C:2011:732

Sentenza del 5 giugno 2012, Commissione/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318

Sentenza del 10 luglio 2012, Smurfit Kappa Group/Commissione, T-304/08, EU:T:2012:351

Sentenza del 24 gennaio 2013, Frucona Košice/Commissione, C-73/11 P, EU:C:2013:32

Sentenza del 19 marzo 2013, Bouygues e Bouygues Télécom / Commissione e a., C-399/10 P, EU:C:2013:175

Sentenza del 18 luglio 2013, P Oy, C-6/12, EU:C:2013:525

Sentenza del 24 ottobre 2013, Land Burgenland e a. / Commissione, C-214/12 P, EU:C:2013:682

Sentenza della Corte EFTA del 27 gennaio 2014, Mila, E-1/13

Sentenza del 5 novembre 2014, Vtesse Networks, T-362/10, EU:T:2014:928

Sentenza del 4 giugno 2015, Commissione/MOL (sentenza *MOL*), C-15/14 P, EU:C:2015:362

Sentenza dell'8 settembre 2015, Taricco e al., C-105/14, EU:C:2015:555

Ricorso del 29 dicembre 2015, Fiat Chrysler Finance Europe / Commissione, T-759/15, GU C59, 15.02.2016, p. 50

Sentenza del 26 maggio 2016, Francia/Commissione, T-479/11, EU:T:2016:320

Sentenza del 9 giugno 2016, Magic Mountain Kletterhallen e a./Commissione, T-162/13, EU:T:2016:341

Ricorso del 21 giugno 2016, Siemens Industry Software / Commissione (contro la decisione definitiva *Belgian Excess Profit Scheme*), T-311/16, GU C305, 22.8.2016, p. 42

Ricorso del 19 dicembre 2016, Apple Sales International e Apple Operations Europe / Commissione, T-892/16, GU C53, 20.2.2017, p. 39

Sentenza del 21 dicembre 2016, *World Duty Free Group*, C-20/15, EU:C:2016:981

Sentenza del 1 marzo 2017, SNCM, T-454/13, EU:T:2017:134

Sentenza del 12 luglio 2018, Austria/Commissione (Hinkley Point C), T-356/15, EU:T:2018:439

Sentenza del 16 gennaio 2018, EDF, T-747/15, EU:T:2018:6

Ordinanza del 17 maggio 2018, Stati Uniti d'America e al. / Commissione, C-12/28 P(I), EU:C:2018:330

Ricorso del 22 maggio 2018, Amazon EU e Amazon.com / Commissione, T-318/18, (GU C 72, 26.2.2018, p. 38

Ricorso del 4 settembre 2018, ENGIE Global LNG Holding e a. / Commissione, T-525/18, GU C 399 del 05.11.2018 p. 44

Sentenza del 19 settembre 2018, Commissione/Francia e IFP Énergies nouvelles, C-438/16 P, EU:C:2018:73

Ordine dell'8 novembre 2018, Commissione / Irlanda, C-678/17, EU:C:2018:927

Ordine del 14 dicembre 2018, Irlanda / Commissione (caso *Apple*), T-778/16, EU:T:2018:1019

Sentenza del 14 febbraio 2019, Belgio / Commissione (sentenza *Belgian Excess Profit Scheme*), T-131/16 e T-263/16, EU:T:2019:91

Sentenza del 16 maggio 2019, Polonia/Commissione, cause riunite T-836/16 e T-624/17, EU:T:2019:338

Sentenza del 24 settembre 2019, Regno dei Paesi Bassi, Starbucks Corp. e Starbucks Manufacturing EMEA BV / Commissione europea (sentenza *Starbucks*), T-760/15 e T-636/16, EU:T:2019:669

Sentenza del 24 settembre 2019, Granducato di Lussemburgo e Fiat Chrysler Finance Europe / Commissione europea (sentenza *FIAT*), T-755/15 e T-759/15, EU:T:2019:670

Monografie, commentari e opere collettanee[†]

AALTO-SETÄLÄ I. - KLEINER T., *Research, development and innovation aid*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *EU State Aids*, V ed., Sweet&Maxwell, 2016, pp. 993-1012

ALLEVATO G., *The Commission's State aid decisions on advantage tax rulings: criticisms and potential impact on the future of direct taxation within the European Union*, in J.M. ALMUDÍ-J.A. FERRERAS GUTIÉRREZ-P. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA *Combating Tax Avoidance in the European Union: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 483-495

ANDRECKA M., *Innovative public-private partnerships*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, EE, 2016, pp. 242-267

ANDREMAN S. D., *The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Law*, CUP, 2007

APOSTOL R., *Trials and Tribulations in the Implementation of Pre-Commercial Procurement*, Asser/Springer, 2017

ARENA A., *The Commission's decisions on tax rulings before the CJEU: untangling the legal conundrums of a recent trend in fiscal aids*, in R. MASTROIANNI-A. ARENA, *60 years of EU competition law: Stocktaking and Future Prospects*, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 227-251

ARHOLD C., *The definition of State aid*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, pp. 82-243

AZIZI J., *The Tension between Member States' autonomy and Commission control in State aid matters: selected aspects*, in H. KANNINEN, N. KORJUS, A. ROSAS, *EU Competition Law in Context*, OUP, 2009, pp. 307-320

BACON K., *The definition of State aid*, in ID., *European Union Law of State Aid*, OUP, III ed., 2017, pp. 17-90

BALDI C. E., *Aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione*, in ID., *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Maggioli, 2015, pp. 243-260

[†] In ordine alfabetico per autore.

BARREIRO CARRIL M. C., *The difficult relationship between the fundamental freedoms and the nexus approach as a criterion for applying preferential regimes within the European Union: special reference to IP boxes*, in J. M. ALMUDÍ CID-J. FERRERAS GUTIERREZ, P. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, *Combating tax avoidance in the EU: Harmonization and Cooperation in Direct Taxation*, Wolters Kluwer, 2018, pp. 497-518

BATES A., *Compatibility of Aid – General principles*, in K. BACON, *European Union Law of State Aid*, OUP, III ed., 2017, pp. 91-123

BIONDI A. - RIGHINI E., *An evolutionary theory of State aid control*, in A. ARNULL-D. CHALMERS, *The Oxford Handbook of European Union Law*, OUP, 2015, pp. 670-690

BLUMENBERG J., *Tax Rulings und unionsrechtliches Beihilfeverbot*, in J. LÜDICKE-A. SCHNITGER-C. SPENGLER, *Besteuerung internationaler Unternehmen: Festschrift für Dieter Endres zum 60. Geburtstag*, C. H. Beck, 2016, pp. 17-29

BOUTIN X. - NUOTIO-OSAZEE I., *Ex post Evaluation of Aid*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 261-282

BOVIS C., *Preface*, in ID., *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, EE, 2016, pp. ix-xxi

BOVIS C., *Public Procurement and State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 161-186

BROKELIND C., *Intellectual Property, Taxation and State Aid Law*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 221-245

BUTLER L., *Innovation in Public Procurement: Towards the “Innovation Union”*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, 2014, pp. 337-384

CHALMERS D. - DAVIES G. - MONTI G., *European Union Law*, III ed., CUP, 2014

CHESAITES N., *Tax Incentives as State Aid*, in V. TOMLJENVIĆ-N. BODIROGA-VUKOBRAT-V.B. MALNAR-I. KUNDA, *EU Competition and State Aid Rules*, Springer, 2017, pp. 253-272

CISNEROS M., *The role of EU Law in promoting a pro-innovation policy*, Intersentia, 2014

CISOTTA R., *Criterion of Selectivity*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 129-150

CONTE G. - KAVANAGH J., *Advantage*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, pp. 65-86

CORNISH W., *Jeremy Bentham and the expediency of patents for invention*, in J. DREXL ET AL., *Technologie et concurrence*, Larcier, 2009, pp. 25-34

DAMIANI M., *Commento all'art. 62*, in G. M. ESPOSITO, *Codice dei contratti pubblici – Commentario di dottrina e giurisprudenza*, UTET, 2017, pp. 762-774

DANON R., *Introducing an EU Compliant Patent Box Regime in Swiss Tax Law – A Note on the Swiss Finance Department Interim Report of 17 May 2013*, in D. SARMIENTO, DANIEL-D. J. JIMENEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE FALLOIS, *Litigating EU Tax Law in International, National and Non-EU National Courts*, IBFD, 2014, pp. 269-282

DE PIETRO C. (a cura di), *New Perspectives on Fiscal State Aid: Legitimacy and Effectiveness of Fiscal State Aid Control*, Wolters Kluwer, 2019

DOUMA S., *State Aid and Direct Taxation*, in AA. VV., *European Taxation Law*, Wolters Kluwer, VII ed., vol. 1, 2018, pp. 883-926

EDQUIST C. - VONORTAS N. S. - ZABALA-ITURRIAGAGOITIA J. M., *Introduction*, in C. EDQUIST-N. S. VONORTAS-J. M. ZABALA-ITURRIAGAGOITIA-J. EDLER, *Public Procurement for Innovation*, EE, 2015, pp. 1-34

FELDER M., *IP Boxes from a European, Liechtenstein and Swiss Perspective*, Schulthess, 2013

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, Giuffrè, 2010

GALLO D., *Social Services of General Interest*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT, *EU State Aids*, V ed., Sweet&Maxwell, 2016, pp. 295-353

GHIDINI G., *Innovation, Competition and Consumer Welfare in Intellectual Property Law*, EE, 2010

GIL GARCÍA E., *Implementation of the modified nexus approach under the Spanish patent box regime*, in R. DANON, *Base erosion and profit shifting (BEPS)*, Schulthess, 2016, pp. 23-47

GRANIERI M., *Garanzie sui diritti di proprietà intellettuale e mercato del credito*, in M. GRANIERI, T.M. UBERTAZZI, *Le garanzie speciali nei rapporti commerciali*, il Mulino, 2017, pp. 209-238

HANCHER L., *The General Framework*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT., *EU State Aids*, Sweet&Maxwell, V ed., 2016, pp. 77-83

HANCHER L., *Art. 107(2) and Article 107(3)*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT., *EU State Aids*, Sweet&Maxwell, V ed., 2016, pp. 123-160

HANCHER L. - NICOLAIDES P., *Compatibility of Aid*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 193-220

HATZOPOULOS B. G., *Public procurement and State aid in national health care systems*, in E. MOSSIALOS-G. PERMANAND-R. BAETEN-T. K. HERVEY, *Health systems governance in Europe*, CUP, 2010, pp. 379-418

HONORÉ M., *Selectivity*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *The Law and Economics of EU State Aid Control*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 119-168

IOSSA E. - BOVIS C., *Innovation through innovative partnerships – Colloquium*, in G. PIGA-T. TATRAI, *Public Procurement Policy*, Routledge, 2016, pp. 101-113

JAEGER T., *Tax Measures*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1109-1162

JAEGER T., *Tax Incentives Under State Aid Law: A Competition Law Perspective*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 39-57

JONES A. - SUFRIN B., *State Aid*, in *EU competition law: text, cases, and materials*, OUP, 2016, pp. 31-53

KALLOE V., *IP-Conditioned Tax Incentives: The Right Approach to Stimulate Innovation and R&D in the European Union?*, in D. PRUD'HOMME AND H. SONG, *Economic Impacts of Intellectual Property-Conditioned Government Incentives*, Springer, 2016, pp. 133-155

KEKELEKIS M. - NESLEIN K., *Public procurement and State aid*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, EE, 2016, pp. 452-481

KOVACIC W. E., *Competition Policy and Intellectual Property: redefining the role of competition agencies*, in F. LÉVEQUE ET AL., *Antitrust, Patents and Copyright*, EE, 2005, pp.1-11

LEMBER V.- KATTEL R. - KALVET T., *How Governments Support Innovation through Public Procurement: Comparing Evidence from 11 Countries*, in ID., *Public Procurement, Innovation and Policy*, Springer, 2014, pp. 287–309

LONGO A.- CANZONIERI E., *Le procedure di affidamento e i criteri di selezione delle offerte*, in ID., *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2018, pp. 142-146

LOVDAHL GORMSEN L., *European State aid and tax rulings*, EE, 2019

LUJA R. H. C., *State aid benchmarking and tax rulings: can we keep it simple*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 111-131

MICHEAU C. - DE LA BROUSSE G. C., *Case studies of tax issues on selectivity: Analysis of the Patent Box scheme and the reduced taxation of foreign-source interest income*, in A. RUST-C. MICHEAU, *State Aid and Tax Law*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 153-163

MINGANTI L., *Procedura competitiva con negoziazione*, in A. CARULLO-G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, CEDAM, III ed., pp. 599-610

MONSENEGO J., *Selectivity in State Aid Law and the Methods for the Allocation of the Corporate Tax Base*, Wolters Kluwer, 2018

MOUTARLIER V., *Reforming the Code of Conduct for Business Taxation in the New Tax Competition Environment*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 75-84

MUSIO A., *commento all'art. 63*, in G. M. ESPOSITO, *Codice dei contratti pubblici – Commentario di dottrina e giurisprudenza*, UTET, 2017, pp. 776-796

NEVEN D. - VEROUDEN V., *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in W. MEDERER ET AL., *EU Competition Law*, Claeys & Casteels, vol. IV, 2008

O'DONNELL K.-MULLER A., *State aid and tax law: enter the taxpayer*, in A. RUST-C. MICHEAU, *State Aid and Tax Law*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 175-206

PANTILIMON VODA O. S., *Innovative and sustainable procurement: framework, constraints and policies*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, EE, 2016, pp. 215-241

PERFETTI L. R., *Codice dei contratti pubblici commentato*, IPSOA, 2017, pp. 593-609

PIERNAS LÓPEZ J. J., *The Concept of State Aid Under EU Law: From internal market to competition and beyond*, Oxford Scholarship Online, 2015

POCAR F. - BARUFFI M.C., *commento all'art. 179 TFUE*, in *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II ed., CEDAM, 2014, p. 1091

PRIESS H. - VON MERVELDT M., *The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement*, in S. ARROWSMITH-P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, CUP, 2009, pp. 249-270

QUIGLEY C., *Taxation and State Aid*, in ID., *European State Aid Law and Policy*, Hart, III ed., 2015, pp. 97-152

QUIGLEY C., *Market Transactions and State Aid*, in ID., *European State Aid Law and Policy*, Hart, III ed., 2015, pp. 153-171

QUIGLEY, *Compatibility of State Aid with the Internal Market*, in *European State Aid Law and Policy*, Hart, III ed., 2015, pp. 193-230

QUIGLEY C., *Differential tax treatment, tax rulings and EU State aid law*, in R. DANON, *Base erosion and profit shifting (BEPS)*, Schulthess, 2016, pp. 457-473

ROSSI-MACCANICO P., *Fiscal Aid Review and Tax Competition*, in A. RUST-C. MICHEAU, *State Aid and Tax Law*, Wolters Kluwer, 2012, pp. 39-56

ROSSI-MACCANICO P., *A proposed framework to review tax rulings under State aid rules*, in W. HASLEHNER-G. KOFLER-A. RUST, *EU tax law and policy in the 21st century*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 69-80

RUBINI L., *WTO Subsidy Laws: the International Regulation of State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 469-481

RUSCHE T. M. - MICHEAU C. - PIFFAUT H. - VAN DE CASTEELE K., *State aid*, in J. FAULL-A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, OUP, III ed., vol. IV, 2014

RUSCHE, T. M., *General Theory on Compatibility of State Aid*, in H. HOFMANN-C. MICHEAU, *State Aid Law of the European Union*, OUP, 2016, pp. 223-233

SÁNCHEZ GRAELLS A., *Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Sector Procurement Directive 2014/24*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER, *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing, 2014, pp. 97- 130

SÁNCHEZ GRAELLS A., *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, 2015

SCHOENMAEKERS W. S. - DEVROE W. - PHILIPSEN N., *State Aid and Public Procurement in the European Union*, Intersentia, 2014

SCHOENMAEKERS S., *Public procurement and services of general economic interest*, in C. BOVIS, *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, EE, 2016, pp. 295-324

SCHÖN W., *State aid in the area of taxation*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT., *EU State Aids*, Sweet&Maxwell, V ed., 2016, pp. 393-440

SCHÜTZE R., *European Union Law*, II ed., CUP, 2018

SCHWALBE U., *Introduction – Economic principles of State aid control*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp. 1-50

SCHWARZ MARTÍNEZ P., *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, Nomos, 2017

SPECTOR D., *State Aids: Economic Analysis and Practice in the European Union*, in X. VIVES, *Competition Policy in the EU: Fifty Years on from the Treaty of Rome*, OUP, 2009, pp. 176-200

THAI K. V., *Introduction*, in ID., *International Public Procurement - Innovation and Knowledge Sharing*, Springer, 2015, pp. 1-10

TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, OUP, 2006, pp. 292-297

VAN DE CASTEELE K., *General Block Exemption Regulation*, in L. HANCHER-T. OTTERVANGER-P.J. SLOT., *EU State Aids*, Sweet&Maxwell, V ed., 2016, pp. 203-232

VEROUDEN V. - WERNER P., *The Law and Economics of EU State Aid Control*, in V. VEROUDEN-P. WERNER, *EU State Aid Control: Law and Economics*, Wolters Kluwer, 2017, pp. 7-62

VON WENDLAND B., *art. 25-30 Commission Regulation (EU) No 651/2014*, in F. J. SÄCKER-F. MONTAG, *European State Aid Law*, Beck-Hart-Nomos, 2016, pp.754-797

WATTEL P. J., *Comparing Criteria: State Aid, Free Movement, Harmful Tax Competition and Market Distorting Disparities*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 59-71

WATTEL P. J., *The cat and the pigeons: some general comments on (TP) tax rulings and State aid after the Starbucks and Fiat decisions*, in I. RICHELLE-W. SCHÖN-E. TRAVERSA, *State Aid Law and Business Taxation*, Springer, 2016, pp. 185-194

Articoli e saggi[‡]

ALSTADSÆTER A. - BARRIOS S. - NICODEME G. - SKONIECZNA A. M. - VEZZANI A., *Patent Boxes Design, Patents Location and Local R&D*, in *Taxation Papers*, 2015, n. 57

ALSTADSÆTER A. - BARRIOS S. - NICODEME G. - SKONIECZNA A. M. - VEZZANI A., *Patent boxes design, patents location, and local R&D*, in *Economic Policy*, 2018, pp. 131-177

ALVES S. - CAPIAU J. - SINCLAIR A., *Principles for the Independence of Competition Authorities*, in *Competition Law International*, n. 1, 2015, pp. 13-27

ARENA A., *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di Stato, un passo in avanti verso l'unione fiscale?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2017, pp. 925-966

ARGINELLI P., *Il Patent box nel contesto internazionale e il "caso italiano"*, in *Novità fiscali*, 2017, pp. 27-39

BARTOSCH A., *The relationship between public procurement and State aid surveillance: the toughest standard applies?*, in *Common Market Law Review*, 2002, pp. 551-576

BERNABEU B. P., *R&D&I Tax Incentives in the European Union and State Aid Rules*, in *European Taxation*, 2014, pp. 178-191

BERNAL BLAY M. A., *The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation*, in *EPPPL*, 2014, pp. 3-11

BIAGIOTTI A., *I brevetti e il radicamento sociale e territoriale dell'economia della conoscenza*, in *Stato e mercato*, 2009, pp. 129-155

BIONDI A., *Una giustificazione per gli aiuti di Stato: il finanziamento dei servizi di interesse economico generale*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, pp. 231-246

BLAUBERGER M. - KRÄMER R. U., *European Competition vs. Global Competitiveness. Transferring EU rules on State aid and Public Procurement Beyond Europe*, in *Journal of Industry, Competition and Trade*, n. 13, 2013, pp. 171-186

[‡] In ordine alfabetico per autore.

BOBBY C., *A Method inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings*, in *Chicago Journal of International Law*, 2017, pp. 186-215

BOGOVAC J., *Illegal State Aid in Taxation and Possible Consequences for the Croatian Tax Administration*, in *Croatian Academic Legal Science Yearbook*, 2016, pp. 254-289

BONNICI R., *The European Commission's Arm's Length Standard: Relationship and Compatibility with the Arm's Length Principle under Transfer Pricing*, in *International Transfer Pricing Journal*, n. 1, 2019, pp. 1-8

BORNEMANN T. - LAPLANTE S. K.-OSSWALD B., *The Effect of Intellectual Property Boxes on Innovative Activity & Effective Tax Rates*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, 2018, n. 3

BOVIS C., *Efficiency and Effectiveness in Public Sector Management: The Regulation of Public Markets and Public-Private Partnerships and Its Impact on Contemporary Theories of Public Administration*, in *EPPPL*, 2013, pp. 186-199

BROGAARD L., *Innovation and value in pre-commercial procurement: A systematic evaluation of national experiences*, in *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, 2017, pp. 137–156

BROKELIND C. - HANSSON Å., *Tax Incentives, Tax Expenditures Theories in R&D: The Case of Sweden*, in *World Tax Journal*, 2014, n. 2, pp. 168-200

BUELENS H. - JANSEN P., *Tax rulings in Nederland: much ado about nothing of verboden staatssteun? Het onderzoek naar Starbucks juridisch geduid*, in *Nederlands tijdschrift voor Europees recht*, 2015, n. 3, pp. 72-80

BUENDIA SIERRA J. L., *Finding Selectivity or the Art of Comparison*, in *EStAL*, 2018, pp. 85-92

CACHIA F., *Aggressive Tax Planning: An Analysis from an EU Perspective*, in *EC Tax Review*, 2017, pp. 257-273

CALDERÓN J. M., *European Transfer Pricing Trends at the Crossroads: Caught Between Globalization, Tax Competition and EC Law*, in *Intertax*, 2005, n. 3, pp. 103-116

CARANTA R., *The Changes To The Public Contract Directives and the Story They Tell About How EU Law Works*, in *CMLR*, 2015, pp. 406-408

CERUTI M., *Sustainable Development and Smart Technological Innovation within PPPs: The Strategic Use of Public Procurement*, in *EPPPL*, 2017, pp. 183-191

CIPOLLINI G. - GRONCHI C., *How the Italian patent box regime works*, in *Tax notes international*, 2016, pp. 321-323

CLERMONT F. - FIONDA F., *A Modern Approach for Procuring Research and Innovation: The Pre-Commercial Public Procurement*, in *EPPPL*, 2016, pp. 88-96

D'ANDRIA D. - PONTIKAKIS D. - SKONIECZNA A., *Towards a European R&D Incentive? An assessment of R&D Provisions under a Common Corporate Tax Base*, in *Taxation and Customs Union Working Paper*, 2017, n. 69

DAWAR K., *Government Procurement in the WTO: A Case for Greater Integration*, in *World Trade Review*, 2016, pp. 645-670

DE BONIS V. - GANDOLFO A., *Pre-commercial Procurement and the Marketing of Innovation: A New Innovation Policy Instrument or "Old Wine in New Bottles"?*, in *International Journal of Marketing Studies*, n. 4, 2018, pp. 39-50

DEKKER C., *Does a tender exclude an advantage in the sense of article 107(1) TFEU?*, in *EStAL*, 2018, pp. 387-398

DENOVIO N. J. - RIGHINI E. - NONKEN GIBBS N., *State Aid: What It Is, and How It May Affect Multinationals and Tax Departments*, in *Tax Executive*, 2016, pp. 15-26

DESAI K. S., *A development in State aid practice: tax rulings and settlements become a focus of attention*, in *European competition law review*, 2014, pp. 575-580

DOERN A., *The interaction between EC rules on public procurement and State aid*, in *PPLR*, 2004, n. 3, pp. 97-129

DOS SANTOS A.C., *Aides d'État, Code de Conduite et Concurrence Fiscale dans l'Union Européenne*, in *Revue Internationale de droit économique*, n. 1, 2004, pp. 9-45

DRAGOS D. C. - RACOLTA B., *Comparing Legal Instruments for R&D&I: State Aid and Public Procurement*, in *EPPPL*, 2017, pp. 408-421

EDLER J. - GEORGHIOU L., *Public procurement and innovation - Resurrecting the demand side*, in *Research Policy*, 2007, pp. 949-963

EDLER J. - YEOW J., *Connecting demand and supply: The role of intermediation in public procurement of innovation*, in *Research Policy*, 2016, pp. 414-426

EDQUIST C. - ZABALA-ITURRIAGAGOITIA J. M., *Public Procurement for Innovation as mission-oriented innovation policy*, in *Research Policy*, 2012, pp. 1757-1769

EDQUIST C. - ZABALA-ITURRIAGAGOITIA J. M., *Pre-commercial procurement: a demand or supply policy instrument in relation to innovation?*, in *R&D Management*, n. 2, 2015, pp. 147-160

ERNST C. - RICHTER K. - RIEDEL N., *Corporate taxation and the quality of research and development*, in *International Tax and Public Finance*, 2014, pp. 1-26

EVERS L. K. - MILLER H. - SPENGLER C., *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, in *International Tax and Public Finance*, 2015, pp. 502-530

FABBRINI S., *Constructing and de-constructing the European political identity: the contradictory logic of the EU's institutional system*, in *Comparative European Politics*, 2019, pp. 477-490

FABRIS D., *To Open the Box or to Close the Box? 'Patent Box' Regimes in the EU Between R&D Incentives and Harmful Tax Practice*, in *Amsterdam Law Forum*, 2019, n. 1, pp. 33-65

FAULHABER L.V., *Sovereignty, integration and tax avoidance in the European Union: striking the proper balance*, in *Columbia Journal of Transnational law*, 2009, pp. 177-241

FAULHABER V., *The Luxembourg Effect: Patent Boxes and the Limits of International Cooperation*, in *Minnesota Law Review*, 2016, pp. 1641-1702

FAULHABER L. V., *Beyond Apple: State aid as a model of a Robust Anti-Subsidy Rule*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2017, pp. 381-405

FERRANTI G., *Il ruling per il patent box: le questioni da chiarire*, in *Il Fisco*, 2016, pp. 1307-1312

FLAMINI A. - TRAVERSA E., *Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?*, in *EStAL*, 2015, pp. 323–331

FLANAGANA K. - UYARRAA E. - LARANJA M., *Reconceptualising the 'policy mix' for innovation*, in *Research Policy*, 2011, pp. 702–713

GAESSLER F. - HALL B. H. - HARHOFF D., *Should There Be Lower Taxes on Patent Income?*, in *Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper*, 2018 (revisionato nel 2019), n. 18

GAIANI L., *Il Decreto Patent Box si allinea alle prescrizioni dell'OCSE*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 7-12

GALLO D., *Social Security and Health Services in EU Law*, in *EUI Working Papers*, RCAS 2011/19, 2011

GARCÍA-ALVAREZ A. G., *Los "tax rulings" como ayuda de Estado: control comunitario de los acuerdos entre administración y contribuyentes*, in *Revista española de derecho administrative*, 2017, pp. 13-46

GIESBERTS L. - STREIT T., *Anforderungen an den "Private Investor Test" im Beihilfenrecht*, in *Europäische zeitschrift für wirtschatsrecht*, n. 14, 2009, pp. 484-488

GIRAUD A. - PETIT S., *Tax Rulings and State Aid Qualification: Should Reality Matter?*, in *EStAL*, 2017, pp. 233-242

GIUSEPPE G., *Tax rulings in the field of State aid: Italian procedures and perspectives*, in *Rivista di diritto tributario internazionale* 2018, pp. 171-200

GOMES P. C., *The Innovative Innovation Partnerships Under the 2014 Public Procurement Directive*, in *PPLR*, n. 4, 2014, pp. 211-218

GREGGI M., *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva statale nei tax rulings*, in *Quaderni costituzionali*, 2016, pp. 817-821

GRIFFITH R.-MILLER H.-O'CONNELL M., *Corporate Taxes and the Location of Intellectual Property*, in *CEPR Working Paper*, 2011, n. 8424, pp. 1-40

GUNN A.-LUTS J., *Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues*, in *EC Tax Review*, 2015, pp. 119-125

HARGITA E.-NICOLAIDES P.-STAVICZKY P., *'Repayable Advances' for Support of Research Projects*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2019, pp. 1-12

HASSELGARD P. E., *The use of tender procedures to exclude State aid: the situation under the EU 2014 Public Procurement Directives*, in *EPPPL*, 2017, pp. 16-28

HAUCAP J. - SCHWALBE U., *Economic Principles of State Aid Control*, Discussion Paper n. 17, Düsseldorf Institute of Competition Economics, 2011

HAUGBØLLE K. - PIHL D. - GOTTLIEB S. C., *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?*, in *Procedia Economics and Finance*, 2015, pp. 555-562

HILLGER J., *The award of a public contract as State aid in the meaning of Article 87(1) EC*, in *PPLR*, 2003, pp. 109-130

HRUSHKO N., *Tax in the World of Antitrust Enforcement: European Commission's State Aid Investigations into EU Member States' Tax Rulings*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2017, pp. 327-360

ILIOPOULOS T., *The State Aid Cases of Starbucks and Fiat: New Routes for the Concept of Selectivity?*, in *EStAL*, 2017, pp. 263-271

INDEN T. - OLESEN K. N., *Legal Aspects of Public Private Innovation*, in *EPPPL*, 2012, pp. 258-267

IOSSA E. - BIAGI F. - VALBONESI P., *Pre-commercial procurement, procurement of innovative solutions and innovation partnerships in the EU: rationale and strategy*, in *Economics of Innovation and New Technology*, 2018, pp. 730-749

ISMER R. - PIOTROWSKI S., *Selektivität von Beihilfen: Dogmatische Grundfragen am Beispiel von IP Boxen*, in *Internationales Steuerrecht*, 2015, pp. 257-267

JEDLICKA V., *Tax Competition and IP Boxes after the Application of the Modified Nexus Approach*, in *Journal of Competitiveness*, 2018, n. 4, pp. 70-84

- KARKINSKY G. T. - RIEDEL N., *Corporate taxation and the choice of patent location within multinational firms*, in *Journal of International Economics*, 2012, pp. 176-185
- KAVANAGH J. - ROBINS N., *Corporate Tax Arrangements under EU State Aid Scrutiny: The Application of the Market Economy Operator Principle*, in *EStAL*, 2015, pp. 358-370
- KOETHENBUERGER M. - LIBERINI F. - STIMMELMAYR M., *Is it Just Luring Reported Profit? The Case of European Patent Boxes*, in *CESifo Working Paper Series*, 2018, n. 7061
- KRMEK T., *EU Tax Probe, State Aid & the Case of Amazon*, in *Business Entrepreneurship & Tax Law Review*, 2017, pp. 40-103
- KURCZ B. - VALLINDAS D., *Can general measures be...selective? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 159-182
- KYRIAZIS D. A., *From Soft Law to Soft Law through Hard Law: The Commission's Approach to the State Aid Assessment of Tax Rulings*, in *EStAL*, 2016, pp. 428-439
- LEE S. A., *Cutting Ties: Examining the Social, Economic, and Political Implications of Inconsistent European Union State Aid Interpretations on Multinational businesses*, in *Wake Forest Law Review*, 2017, pp. 713-733
- LOVDAHL GORMSEN L., *EU State Aid Law and Transfer Pricing: A Critical Introduction to a New Saga*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2016, pp. 369-382
- LOVDAHL GORMSEN L., *Has the Commission Taken Too Big a Bite of the Apple?*, in *European Papers*, 2016, pp. 1137-1144
- LOVDAHL GORMSEN L., *State Aid and Direct Taxation and the Big Eruption Between the U.S. and the EU*, in *The Antitrust Bulletin*, 2017, pp. 348-366
- LUTS J., *Compatibility of IP Box Regimes with EU State Aid Rules and Code of Conduct*, in *EC Tax Review*, 2014-5, pp. 258-283
- LYAL R., *Transfer Pricing Rules and State Aid*, in *Fordham International Law Journal*, 2015, pp. 1017-1043

LYONS T., *The modernisation of EU state aid law and taxation*, in *British Tax Review*, 2014, n. 2, pp. 113-119

MANG F., *The (in)compatibility of IP box regimes with EU law, the Code of Conduct and the BEPS initiatives*, in *European taxation*, 2015, pp. 78-87

MARTINIĆ S. - KOZINA A., *'Europe 2020' and the EU Public Procurement and State aid Rules: good intentions that pave a road to hell?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2016, pp. 207-249

MEROLA M., *The Rebus of Selectivity in Fiscal Aid: A Nonconformist View on and Beyond Case Law*, in *World Competition*, 2016, pp. 533-556

MEROLA M., *Overview of the Principal Developments in State Aid Policy and Case Law (2016–17)*, in *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2, 2017, pp. 49-84

MERRILL P., *Innovation Boxes: Beps And Beyond*, in *National Tax Journal*, 2016, pp. 847–862

MIELE L. - VIO R., *"Patent Box": spunti di riflessione alla luce delle linee guida OCSE*, in *Corriere tributario*, 2015, pp. 1667 - 1672

MICHEAU C., *Tax Selectivity in European Law of State Aid - Legal Assessment and Alternative Approaches*, in *University of Luxembourg Law Working Paper*, 2014, n. 6, pp. 1-33

MILHET A. M., *Are European State Aid Payments Creditable Foreign Taxes?*, in *Georgetown Law Journal*, 2017, pp. 1433-1452

MOHNEN P. - VANKAN A. - VERSPAGEN B., *Evaluating the innovation box tax policy instrument in the Netherlands*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2017, pp. 141-156

MORENO GONZALEZ S., *State Aid and Tax Competition: Comments on the European Commission's Decisions on Transfer Pricing Rulings*, in *EStAL*, n. 4, 2016, pp. 556-574

MUNTENDAM F. - CHIARELLA PRIVETTE J., *New Luxembourg tax regime for intellectual property income*, in *European taxation*, 2008, pp. 223-232

NATALI A., *La disciplina delle offerte anomale nel Codice dei contratti pubblici alla luce del divieto comunitario di aiuti di Stato*, in *Il Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 573-585

NECCHI G., *Il regime di tassazione agevolata dei redditi derivanti dallo sfruttamento della proprietà intellettuale (c.d. "patent box")*, in *Rivista di diritto industriale*, 2016, pp. 92-125

NICOLAIDES P., *State aid rules and Tax Rulings*, in *EStAL*, 2016, pp. 416-427

NICOLAIDES P., *The Excessive Widening of the Concept of Selectivity*, in *EStAL*, 2017, pp. 62-72

NICOLAIDES P., *The Definition of the Reference Tax System Is Still a Puzzle*, in *EStAL*, 2018, pp. 419-427

NICOLAIDES P. - RUSU I. E., *Competitive Selection of Undertakings and State Aid: Why and When Does It Not Eliminate Advantage*, in *EPPPL*, 2012, pp. 5-29

NICOLAIDES P. - RUSU I. E., *The concept of selectivity: an ever wider scope*, in *EStAL*, 2012, pp. 791-803

NICOLAIDES P. - SCHOENMAEKERS S., *The concept of 'Advantage' in State aid and Public Procurement and the application of Public Procurement Rules to Minimise Advantage in the New GBER*, in *EStAL*, 2015, pp. 143-156

NIEBEL R. - DE MARTINIS L. - CLARK B., *The EU Trade Secrets Directive: all change for trade secret protection in Europe?*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2018, pp. 445-457

NIRWAN P., *Trade secrets: the hidden IP right*, in *The WIPO Magazine*, n. 6, 2017, pp. 31-34

NOKED N., *Integrated tax policy approach to designing research & development tax benefits*, in *Virginia Tax Review*, 2014, pp. 109-156

NUKU E. - VERMEULEN H., *The Engie Case: Fiscal State Aid and Mismatches in One Member State*, in *Derivatives & Financial Instruments*, n. 3, 2017, pp. 1-9

OBWEGESER N. - MÜLLER S. D., *Innovation and Public Procurement: terminology, concepts and applications*, in *Technovation*, 2018, pp. 1-17

ØLYKKE G. S., *The Notice of the Notion of State Aid and Public Procurement Law*, in *EStAL*, n. 4, 2016, pp. 508-526

ORIANI R., *Investimenti in R&S, brevetti e valore di mercato dell'impresa: analisi dell'evidenza empirica ed implicazioni per gli studi sull'innovazione aziendale*, in *Economia E Politica Industriale*, 2003, pp. 35-72

PANAYI C. H., *The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 1/2, 2015

PANCI L., *Latest Developments in the Interpretation of the Concept of Selectivity in the Field of Corporate Taxation*, in *EStAL*, 2018, pp. 353-367

PANTILIMON VODA O. S.-JOBSE C., *Rules and Boundaries Surrounding Market Consultations in Innovation Procurement: Understanding and Addressing the Legal Risk*, in *EPPPL*, 2016, pp. 179-193

PAPA S., *Gli appalti precommerciali: un particolare approccio all'aggiudicazione degli appalti di ricerca e sviluppo*, in *GiustAmm.it*, 2017, fasc. 3, pp. 1-20

PAPPALARDO L. M., *The new Italian patent box: first evaluation and compatibility issues with the OECD indications*, in *Intertax*, 2015, pp. 724-729

PEETERS B., *Tax Sovereignty of EU Member States in View of the Global Financial and Economic Crisis*, in *EC Tax Review*, 2010, pp. 236-237

PELLIZZARI S., *Le forme di partenariato pubblico-privato come strumento di innovazione per lo sviluppo delle imprese e dei servizi sociali*, in *Rivista dell'impresa sociale*, n. 3-4, 2013, pp. 36-45

PETERS C. A. T., *Staatssteun en tax rulings: over competitie tussen staten en de doodlopende weg van het recht*, in *Weekblad fiscaal recht*, 2017, pp. 547-555

PISAPIA A., *The Role of EU State Aid Policy in Enhancing the Development of the Industrial Sector*, in *Privredna kretanja i ekonomska politika*, 2014, pp. 45-64

QUIGLEY C., *Direct Taxation and State Aid: Recent Developments concerning the Notion of Selectivity*, in *Intertax*, 2012, pp. 112-119

QUINOT G., *Innovation, State Contracting and Public Procurement Law*, in *Trade Law & Development*, 2015, p. 137-155

RASPADORI F., *Appalti e aiuti di Stato quali strumenti di crescita territoriale nella Strategia Europea 2020*, in ID., *Gli enti territoriali di fronte alla sfida della modernizzazione di appalti e aiuti di Stato*, Europe direct, 2013, pp. 9-12

RAWLINGS G., *Taxes and Transnational Treaties: Responsive Regulation and the Reassertion of Offshore Sovereignty*, in *Law&Policy*, 2007, pp. 51-66

RICHARD K., *Are All Tax Rulings State Aid: Examining the European Commission's Recent State Aid Decisions*, in *Houston Business and Tax Law Journal*, 2018, pp. 1-55

RODRIGUEZ MIGUEZ J. A., *Clarifying the Applicability of the Private Investor Test*, in *EStAL*, 2018, pp. 290-297

ROMARIZ C., *Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law*, in *EStAL*, 2014, pp. 39-50

ROSSI-MACCANICO P., *Commentary of State Aid Review of Multinational Tax Regimes*, in *EStAL*, 2007, pp. 17-42

ROSSI-MACCANICO P., *EU Review of Direct Tax Measures: Interplay between Fundamental Freedoms and State Aid Control*, in *EC Tax Review*, 2013, pp. 19-28

ROSSI-MACCANICO P., *A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings*, in *EStAL*, 2015, p. 371-381

SÁNCHEZ GRAELLS A., *Public procurement and State aid: reopening the debate?*, in *PPLR*, n. 6, 2012, pp. 205-212

SÁNCHEZ GRAELLS A., *Digging itself out of the hole? A critical assessment of the European Commission's attempt to revitalize State aid enforcement after the crisis*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 2016, pp. 157-187

SÁNCHEZ GRAELLS A., *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*, in *European Public Law*, 2016, pp. 377-394

- SÁNCHEZ RYDELSKI M., *Distinction between State Aid and General Tax Measures*, in *EC Tax Review*, 2010, pp. 149–155
- SANZ GÓMEZ R., *The OECD's Nexus Approach to IP Boxes: A European Union Law Perspective*, in *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015, n. 12, pp. 1-29
- SCAROINA E., *Verso una responsabilizzazione del gruppo di imprese multinazionale?*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 2, pp. 70-81
- SCHUBERT T., *Infringement of Intellectual Property in innovation partnership*, in *R&D Management*, 2015, pp. 596-611
- SHI C., *IP boxes in light of the BEPS project and EU law. Part I*, in *European taxation*, 2016, n. 8, pp. 334-341
- SHI C., *IP boxes in light of the BEPS project and EU law. Part II*, in *European taxation*, 2016, n. 9, pp. 371-380
- SLOCOCK B., *The Market Economy Investor Principle*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002, pp. 23-26
- STAVICZKY P., *Cumulation of State Aid*, in *EStAL*, 2015, pp. 117-129
- STRAATHOF B. ET AL., *A Study on R&D Tax Incentives: final report*, in *Taxation Papers*, 2014, n. 52
- TAFERNER A., *Tax rulings: in line with OECD Transfer Pricing Guidelines, but contrary to EU State aid rules?*, in *European taxation*, 2016, n. 4, pp. 134-144
- TAVARES R. J. S. - BOGENSCHNEIDER B. N. - PANKIV M., *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral: a spectacle of fireworks, smoke and mirrors*, in *Florida Tax Review*, 2019, n. 3, pp. 121-188
- TEMPLE LANG J., *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgment – A Methodological Revolution?*, in *EStAL*, 2012, pp. 805-812
- TODHE F., *The Rise of an (Autonomous) Arm's Length Principle in EU State Aid Rules?*, in *EStAL*, 2019, pp. 249-263
- TORKELSEN H. S., *How to Safeguard Procedural Rights and Apply the Market Economy Investor Principle (MEIP) in a Tender Process*, in *EStAL*, 2015, pp. 185-191

TORVATN T. - DE BOER L., *Public procurement reform in the EU: start of a new era?*, in *IMP Journal*, 2017, pp. 431-451

TOSICS N.- GAÁL N., *Public procurement and State aid control — the issue of economic advantage*, in *Competition Policy Newsletter*, n. 3/2007, pp. 15-18

UYARRA E. - EDLER J. - GARCIA-ESTEVEZ J. - GEORGHIOU L. - YEOW J., *Barriers to innovation through public procurement: A supplier perspective*, in *Technovation*, 2014, pp. 631-645

VALENTE P. - VINCENTI F., *Thoughts on Italy's new patent box regime*, in *Tax notes international*, 2015, pp. 395-397

VALTA M., *Patentboxen und IP-Boxen: eine verbotene Beihilfe?*, in *Steuer und Wirtschaft*, 2015, pp. 257-268

VERHAGEN T.H.J., *State aid and tax rulings: an assessment of the selectivity criterion of Article 107(1) of the TFEU in relation to recent Commission transfer pricing decisions*, in *European taxation*, 2017, n. 7, pp. 279-287

VERSCHUUR S. - STROUNGI M., *State Aid and Tax Rulings - The Commission's Approach to Virtual Payments: Equal Treatment of Multinationals*, in *EStAL*, 2017, pp. 598-606

VON WENDLAND B., *R&D&I-State Aid Rules at the Crossroads – taking Stock and Preparing the Revision*, in *EStAL*, 2012, pp. 389-409

VON WENDLAND B., *Public Funding for Research Infrastructures and EU State Aid Rules - Key Issues, Case Examples and State Aid Reform*, in *EStAL*, 2013, pp. 523-542

VON WENDLAND B., *New Rules for State Aid for Research, Development and Innovation: not a Revolution but a Silent Reform*, in *EStAL*, 2015, pp. 25-50

VOS B., *State Aid, Taxation & Transfer Pricing: Illegal Fiscal State Aid Granted to Starbucks*, in *EC Tax Review*, 2018, pp. 113-120

WATTEL P. J., *Stateless Income, State Aid and the (Which?) Arm's Length Principle*, in *Intertax*, 2016, pp. 791-801

WISHLADE F., *When Policy Worlds Collide: Tax Competition, State Aid, and Regional Economic Development in the EU*, in *Journal of European Integration*, 2012, pp. 585-602

ZAMMIT I., *Centralized Intellectual Property Business Models – Tax Implications of EU Patent Box Regimes*, in *IBFD Bulletin For International Taxation*, 2015, pp. 540-549

Tesi in giurisprudenza[§]

EVERS L. K., *Intellectual Property (IP) Box Regimes: Tax Planning, Effective Tax Burdens and Tax Policy Options*, Tesi di Dottorato in Giurisprudenza, Mannheim University, 2014

LINDENBERG SCHOUERI P. G., *Fundamental conflicts of international legal frameworks in the area of Harmful Tax Competition*, Tesi di Dottorato in International Business Taxation, Vienna University, 2018

MARTINO, G., *Gli aiuti di stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione: il problema dei diritti di proprietà intellettuale*, Tesi di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, Università di Pisa, 2018

RIEGLER F., *Immaterielle Werte als Gegenstand der internationalen Steuerplanung Gestaltungen mit IP-Boxen unter besonderer Berücksichtigung der OECD/EU-Agenda „Base Erosion and Profit Shifting“*, Tesi di Dottorato in Giurisprudenza, Universität Münster, 2017

SUNG Y., *You Cannot Escape EU Law, No Matter How Hard You Try: Is Modified Nexus Approach in BEPS Action 5 Compatible with the State Aid Rule?*, Tesi di Master in Giurisprudenza, Uppsala University, 2017

Trattati, normativa e fonti istituzionali^{}**

Comitato intergovernativo per la conferenza di Messina, Rapporto dei capi delegazione ai Ministri degli affari esteri (Rapporto Spaak), Bruxelles, 21.4.1956

Libro bianco della Commissione al Consiglio europeo, Completamento del mercato interno, COM(85) 310 definitivo, 14.6.1985

[§] In ordine alfabetico per autore.

^{**} In ordine cronologico. Il testo delle decisioni della Commissione sugli aiuti di Stato non riportate in Gazzetta Ufficiale può essere reperito online all'indirizzo https://ec.europa.eu/competition/state_aid/register/

Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo (Comunicazione R&S 1986), C 83, 11.04.1986, pp. 2-6

Atto unico europeo, GU L 169 del 29.6.1987, pp. 1-29

Accordo relativo allo Spazio economico europeo, GU L 1, 3.1.1994, pp. 3-523

Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria per gli aiuti di stato alla ricerca e sviluppo (Comunicazione R&S 1996), C 45, 17.02.1996, pp. 5-16

OCSE, Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue (rapporto OCSE sulla concorrenza fiscale dannosa), OECD Publications, Parigi, 1998

Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti di governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 1° dicembre 1997 sul Codice di condotta in materia di tassazione delle imprese (di seguito, anche «Codice di condotta»), GU C 2, 6.1.1998, pp. 2-5

Direttiva 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio, GU L 15, 21.1.1998, pp. 14-25

Conclusioni del Consiglio, del 9 marzo 1998, Istituzione del gruppo «Codice di condotta», GU C 99, 1.4.1998, pp. 1-2

Regolamento (CE) n. 994/98 del Consiglio del 7 maggio 1998 sull'applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato che istituisce la Comunità europea a determinate categorie di aiuti di stato orizzontali (regolamento di abilitazione), GU L 142, 14.5.1998, pp. 1-4

Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese (comunicazione del 1998), GU C 384, 10.12.1998, pp. 3-9

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, Verso uno Spazio Europeo della Ricerca, COM(2006) 6 definitivo del 18.1.2000

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, C 364, 18.12.2000, pp. 1-22

OCSE, The Measurement of Scientific and technological Activities, Proposed Standard Practice for Surveys on Research and Experimental Development (Manuale di Frascati), OECD Publishing, Parigi, 2002 (come aggiornato, da ultimo, nel 2015)

Decisione C(2002)3578fin della Commissione, del 2 ottobre 2002, sull'aiuto N 264/2002, Regno Unito, London Underground Public Private Partnership, GU C 309 del 12.12.2002, p. 15

Decisione (CE) n. 2003/438 della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa all'aiuto di Stato C 50/01 (ex NN 47/2000), Società finanziarie lussemburghesi, GU L 153, 20.6.2003, pp. 40-48

Decisione (CE) n. 2003/501 della Commissione, del 16 ottobre 2002, relativa al regime di aiuto di Stato C 49/2001 (ex NN 46/2000), "Centri di coordinamento" cui il Lussemburgo ha dato esecuzione, GU L 170 del 9.7.2003, pp. 20-28

Decisione (CE) n. 2003/757 della Commissione, del 17 febbraio 2003, Centri di coordinamento belgi, GU L 282, 30.10.2003, pp. 25-45

Comunicazione della Commissione, il segreto d'ufficio nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, GU C 297, 9.12.2003, pp. 6-9

OMPI, Wipo Intellectual Property Handbook, WIPO Publications n. 489 (E), ed. II, 2004

Decisione (CE) n. 2004/76 della Commissione, del 13 maggio 2003, relativa al regime di aiuto di Stato applicato dalla Francia a favore dei centri di coordinamento e centri logistici, GU L 23, 28.1.2004, pp. 1-13

Report della Commissione europea, Attuazione della comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, C(2004) 434, 9.2.2004

Regolamento (CE) n. 364/2004 della Commissione, del 25 febbraio 2004, recante modifica del regolamento (CE) n. 70/2001 per quanto concerne l'estensione del suo campo d'applicazione agli aiuti alla ricerca e sviluppo, GU L 63 del 28.2.2004, pp. 22-29

Decisione C(2002)307fin della Commissione del 30 gennaio 2002, sull'aiuto n. 525/2001, Regime di aiuti alle imprese incubatrici di start-up operanti in reti (cluster), GU C136, 3.6.2005, p. 45

Piano di azione della Commissione nel settore degli aiuti di Stato, Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 (Piano di azione), COM/2005/0107 definitivo, 7.6.2005

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento in materia di documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE - Proposta di Codice di condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'UE, COM/2005/0543 definitivo, 7.11.2005

Comunicazione della Commissione, Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici, GU C 179, 1.8.2006, pp. 2-7

Comunicazione della Commissione, Mettere in pratica la conoscenza: un'ampia strategia dell'innovazione per l'UE, 13.9.2006, COM (2006) 502 definitivo

Direttiva (CE) n. 2006/111 della Commissione, del 16 novembre 2006, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese, GU L 318, 17.11.2006, pp. 17-25

Comunicazione SEC(2006)1515 della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, Per un utilizzo più efficace degli incentivi fiscali a favore della R&S (comunicazione 2006 sull'uso degli incentivi fiscali diretti a favore di R&S), COM/2006/0728 definitiva, 22.11.2006

Comunicazione della Commissione, Disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (Comunicazione RSI 2006), GU C323, 30.12.2006, pp. 1-26

Commissione europea, Guide on dealing with innovative solutions in public procurement: 10 elements of good practice, SEC(2007) 280, 23.2.2007

Comunicazione della Commissione, Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa (comunicazione APC), COM(2007) 799 definitivo, 14.12.2007

Documento di lavoro dei servizi della Commissione di accompagnamento alla comunicazione della Commissione Appalti pre-commerciali: promuovere l'innovazione per garantire servizi pubblici sostenibili e di elevata qualità in Europa, (documento di lavoro dello staff APC), SEC(2007) 1668, 14.12.2007

Decisione K(2007)5991 della Commissione, del 29 novembre 2007, sulla misura di aiuto NN 65/2007, Austria, Ludwig Boltzmann Institut für Krebsforschung, GU C 7, 12.1.2008, p. 2

Decisione C(2008)467 definitivo della Commissione, del 13 febbraio 2008, nel caso N 480/07, Riduzione delle entrate derivanti da determinati attivi immateriali (decisione *IP Box 2008*), GU C 80, 1.4.2008, pp. 3-4

Regolamento (CE) N. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria 2008), GU L214, 9.8.2008, pp. 3-45

Decisione C(2009)4557 della Commissione, dell'8 giugno 2009, sul regime di aiuto N 617/2008, Danimarca, Istituti di trasferimento della conoscenza tecnologica, GU C 165, 17.7.2009, p. 1

Decisione C(2009) 4540 def. della Commissione, del 17 giugno 2009, sulla misura di aiuto N 5/2009, Francia, sostegno di Oseo Innovation al PISI "CARMAT", GU C, 29.7.2009, pp. 2-3

Regolamento (CE) n. 723/2009 del Consiglio, del 25 giugno 2009, relativo al quadro giuridico comunitario applicabile ad un consorzio per un'infrastruttura europea di ricerca (ERIC), GU L 206, 8.8.2009, pp. 1-8

Decisione (CE) n. 2009/809 della Commissione, dell'8 luglio 2009, relativa al regime denominato Groepsrentebox [C 4/07 (ex N 465/06)] al quale i Paesi Bassi intendono dare esecuzione [notificata con il numero C(2009) 4511], GU L 288, 04.11.2009, pp. 26-39

Comunicazione della Commissione, Europa 2020 – Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, COM(2010) 2020 definitivo, 3.3.2010

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Un'agenda digitale europea, COM(2010) 245 definitivo/2, 26.8.2010

Comunicazione della Commissione, Iniziativa faro Europa 2020. L'Unione dell'innovazione, COM(2010) 546 definitivo, 6.10.2010

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Una politica industriale integrata per l'era della globalizzazione - Riconoscere il ruolo centrale di concorrenzialità e sostenibilità, COM(2010) 614 definitivo/2, 9.11.2010

Decisione (CE) n. 2011/5 della Commissione, del 28 ottobre 2009, relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) cui la Spagna ha dato esecuzione (decisione *partecipazioni estere I*), GU L 7, 11.1.2011, pp. 48-74

Libro verde Commissione europea sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici - per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, COM(2011) 15 definitivo, 27.1.2011

Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM/2011/0121 definitivo, 16.3.2011

Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea, dall'altra, GU L 127, 14.5.2011, pp. 1-1426

Decisione (UE) n. 2011/282 della Commissione, del 12 gennaio 2011, relativa all'ammortamento fiscale dell'avviamento finanziario per l'acquisizione di partecipazioni azionarie estere n. C 45/07 (ex NN 51/07, ex CP 9/07) cui la Spagna ha dato esecuzione (decisione *partecipazioni estere II*), GU L 135, 21.5.2011, pp. 1-46

Decisione n. 177/11/COL dell'Autorità di sorveglianza del 1° giugno 2011, deduzioni fiscali nei confronti dei diritti di proprietà intellettuale (di seguito, "decisione Lichtenstein 2011"), caso n. 69131, www.eftasurv.int/media/state-aid/Decision_177_11_COL.pdf

Comunicazione della Commissione, Partenariati nella ricerca e nell'innovazione, COM(2011) 572 definitivo, 21.9.2011

Comunicazione della Commissione, Applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, GU C 8, 11.1.2012, pp. 4-14

Comunicazione della Commissione, Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, GU C 8, 11.1.2012, pp. 15-22

Decisione (UE) n. 2012/26 della Commissione, relativa all'aiuto di Stato C 35/08 (ex NN 11/08), Francia, a favore dell'ente pubblico «Institut Français du Pétrole» [notificata con il numero C(2011) 4483], GU L 14, 17.1.2012, pp. 1-55

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, COM/2012/0209 definitivo, 8.5.2012

Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio, Un piano d'azione per rafforzare la lotta alla frode e all'evasione fiscali, COM(2012) 722 definitivo, 6.12.2012

Decisione n. 480/12/COL dell'Autorità di sorveglianza del 12 dicembre 2012, articolo 55 della legge tributaria del Liechtenstein (di seguito, "decisione Lichtenstein 2012"), caso n. 71725, www.eftasurv.int/media/decisions/480-12-COL.pdf

Regolamento (UE) n. 1290/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013, che stabilisce le norme in materia di partecipazione e diffusione nell'ambito del programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) - Orizzonte 2020 e che abroga il regolamento (CE) n. 1906/2006, GU L 347 del 20.12.2013, pp. 81-103

Regolamento (UE) n. 1407/2013 della Commissione, del 18 dicembre 2013, relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti «de minimis» (GU L 352 del 24.12.2013, pp. 1-8

Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, GU L 94 del 28.3.2014, pp. 1-64

Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (“dir. appalti”), GU L 94, 28.3.2014, pp. 65-242

Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE, GU L 94, 28.3.2014, pp. 243-374

Documento di lavoro dei servizi della Commissione, Metodologia comune per la valutazione degli aiuti di Stato, SWD(2014) definitivo, 28.5.2014

Comunicazione della Commissione, Criteri per l'analisi della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato destinati a promuovere la realizzazione di importanti progetti di comune interesse europeo (comunicazione IPCEI), GU 20.6.2014 C 188, pp. 4-12

Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria), come modificato, GU L 187, 26.6.2014, pp. 1-78

Comunicazione della Commissione, Disciplina degli aiuti di Stato a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (Comunicazione RSI 2014), C 198, 27.6.2014, pp. 1-29

Regolamento (UE) n. 702/2014 della Commissione, del 25 giugno 2014, che dichiara compatibili con il mercato interno, in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, alcune categorie di aiuti nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali e che abroga il regolamento della Commissione (CE) n. 1857/2006, GU L 193 del 1.7.2014, pp. 1-75

Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020, GU C 204 del 1.7.2014, pp. 1-97

Decisione C(2014) 3606 della Commissione, dell'11 giugno 2014, aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN), Presunto aiuto di Stato in favore di Apple, GU C 369, 17.10.2014, pp. 22-36

Comunicazione della Commissione, Programma di lavoro della Commissione per il 2015 - Un nuovo inizio, COM/2014/0910 definitivo, 16.12.2014

Legge di stabilità del 23 dicembre 2014, n. 190 come modificata dal d. l. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito dalla l. 24 marzo 2015, n. 33 e dal d. l. 24 aprile 2017, n. 50 convertito, con modificazioni, dalla l. 21 giugno 2017, n. 96

OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, Action 5: Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes, 2015, <https://www.oecd.org/ctp/beps-action-5-agreement-on-modified-nexus-approach-for-ip-regimes.pdf>

OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 - 2015 Final Report (di seguito, "report finale della 5^ azione BEPS 2015"), OECD Publishing, Parigi, 2015

Decisione (UE) n. 2015/658 della Commissione, dell'8 ottobre 2014, sulla misura d'aiuto SA.34947 (2013/C) (ex 2013/N), Regno Unito, Esecuzione a sostegno della centrale nucleare di Hinkley Point C, GU L 109, 28.4.2015, pp. 44-116

Comunicazione della Commissione, Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento, COM/2015/0302 definitivo, 17.6.2015

Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (regolamento di procedura), GU L 248, 24.9.2015, pp. 9-29

Direttiva (UE) 2015/2376 del Consiglio, dell'8 dicembre 2015, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, GU L 332 del 18.12.2015, pp. 1-10

Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, GU L 146 del 3.6.2016, pp. 8-21

Versione consolidata del trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), GU C 203, 7.6.2016, pp. 1-94

Direttiva (UE) n. 2016/943 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2016, sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti, GU L 157, 15.6.2016, pp. 1-18

Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio, del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (ATAD 1), GU L 193, 19.7.2016, pp. 1-14

Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (comunicazione sulla nozione di aiuto), GU C 262 del 19.7.2016, pp. 1-50

Decisione (UE) n. 2016/1699, dell'11 gennaio 2016, relativa al regime di aiuti di Stato sulle esenzioni degli utili in eccesso SA.37667 (2015/C) (ex 2015/NN) cui il Belgio ha dato esecuzione (decisione definitiva *Belgian Excess Profit Scheme*), GU L 260, 27.9.2016, pp. 61-103

Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM/2016/0683 definitivo, 25.10.2016

Commissione europea, Proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società, COM/2016/0685 definitivo, 25.10.2016

Decisione C(2015) 4458 final della Commissione, del 01.07.2015, sulla misura d'aiuto SA.40098 (2015/N), Finlandia, Piano di valutazione — Regime di aiuti per finanziare progetti di ricerca e sviluppo, GU C 406, 4.11.2016, pp. 5-6

Decisione (UE) n. 2016/2326, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) che il Lussemburgo ha concesso a FIAT (decisione definitiva *FIAT*), GU L 351, 22.12.2016, pp. 1-67

OCSE, OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, (modello di convenzione OCSE 2017), OECD Publishing, Parigi, 2017

OCSE, OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 (linee guida OCSE 2017), OECD Publishing, Parigi, 2017

Decisione (UE) n. 2017/70 della Commissione, del 25 luglio 2016, sulla misura di aiuto SA.37185 (2015/C) (ex-2013/N) Spagna, finanziamento del Centro de ensayos de alta tecnología ferroviaria de Antequera (CEATF) [notificata con il numero C(2016) 4573] GU L 9, 13.1.2017, pp. 8-32

Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra il Canada, da una parte, e l'Unione europea e i suoi Stati membri, dall'altra, GU L 11, 14.1.2017, pp. 23-1063

Decisione 2C(2016)6340 definitiva della Commissione, del 29 settembre 2016, sulla misura d'aiuto SA.41540 (2015/N), Repubblica di Lituania, Aiuto a soggetti giuridici di diritto pubblico – Science and Technology Parks (STPs), , GU C 20, 20.1.2017, pp. 8-9

Decisione C(2014) 6428 def. della Commissione, del 16.9.2014, sulla misura d'aiuto SA.37178 (2013/N), Francia, aiuto dell'ANR al progetto di R&S "SuperGrid" nel quadro del programma d'investimenti futuri, GU C 68, 3.3.2017, pp. 2-3

Decisione (UE) n. 2017/502, del 21 ottobre 2015, relativa all'aiuto di Stato SA.38374 (2014/C ex 2014/NN) attuato dai Paesi Bassi per Starbucks (decisione definitiva *Starbucks*), GU L 83, 29.3.2017, pp. 38-115

Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi (ATAD 2), GU L 144, 7.6.2017, pp. 1-11

Decisione (UE) 2017/1283 della Commissione, del 30 agosto 2016, relativa all'aiuto di Stato SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) concesso dall'Irlanda ad Apple (decisione definitiva *Apple*), GU L 187, 19.7.2017, pp. 1-110

Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, Patent Box, del 28.11.2017, che modifica le disposizioni di revisione del precedente decreto del 30.7.2015

Allegato della comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale, COM(2018) 146 definitiva, 21.3.2018

Decisione C/2017/8753 della Commissione, del 18 dicembre 2017, relativa alla misura di aiuto SA.46470 (2017/C) (ex 2017/NN), Possibili aiuti di Stato a favore di Inter IKEA (decisione di apertura delle indagini *IKEA*), GU C 121, 6.4.2018, pp. 30-86

Commissione europea, Guidance on innovation procurement, C(2018) 3051 definitivo, 15.5.2018

Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, GU L 139, 5.6.2018, pp. 1-13

Decisione (UE) 2018/859 della Commissione, del 4 ottobre 2017, relativa all'aiuto di Stato SA.38944 (2014/C) (ex 2014./NN) relativa cui il Lussemburgo avrebbe dato esecuzione a favore di Amazon (decisione definitiva *Amazon*), GU L 153, 15.6.2018, pp. 1-143

Regolamento (UE) 2018/1911 del Consiglio, del 26 novembre 2018, che modifica il regolamento (UE) 2015/1588 sull'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali, GU L 311, 7.12.2018, pp. 8-9

Decisioni della Commissione, del 18 dicembre 2018, sulle misure d'aiuto SA.46705 (Francia), SA.46578 (Germania), SA.46595 (Italia) e SA.46590 (Regno Unito), IPCEI sulla microelettronica, non ancora pubblicate, (comunicato stampa disponibile online all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-6862_it.htm)

OCSE/G20, Progetto sull'erosione della base imponibile e trasferimento degli utili, Harmful Tax Practices - 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5, OECD Publishing, Parigi, 2019

Decisione (UE) 2019/421 della Commissione, del 20 giugno 2018, relativa all'aiuto di Stato SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Engie, GU L 78, 20.3.2019, pp. 1-62

Decisione (UE) 2019/700 della Commissione, del 19 dicembre 2018, relativa all'aiuto di stato SA.34914 (2013/C) attuato dal Regno Unito in relazione al regime di tassazione delle imprese a Gibilterra (decisione definitiva *Gibilterra*), GU L 119, 7.5.2019, pp. 151-201

Decisione C(2019) 1615 della Commissione, del 7 marzo 2019, relativa alla misura di aiuto SA.50400 (2019/C)(ex 2019/NN-2), Possibile aiuto di Stato a favore di Huhtamäki (decisione di apertura delle indagini *Huhtamäki*), GU C 161, 10.5.2019, pp. 3-25

Decisione C(2019) 6 della Commissione, del 10 gennaio 2019, relativa alla misura di aiuto SA.51284 (2018/NN), Possibile aiuto di Stato a favore di Nike (decisione di apertura delle indagini *Nike*), GU C 226, 5.7.2019, pp. 31-69

Decisione (UE) 2019/1252 della Commissione, del 19 settembre 2018, relativa ai ruling fiscali SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) concessi dal Lussemburgo a McDonald's Europe (decisione definitiva *McDonald's*), GU L 195, 23.7.2019, pp. 20-39

Decisione (UE) 2019/1352 della Commissione, del 2 aprile 2019, relativa all'aiuto di stato SA.44896 concesso dal Regno Unito riguardante un'esenzione relativa al finanziamento dei gruppi SEC, GU L 216, 20.8.2019, pp. 1-39

Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore, GU L 294, 14.11.2019, pp. 3-755

Pubblicazioni online^{††}

ALMUNIA J., *Fighting for the Single Market*, discorso tenuto al Forum sulla concorrenza europea, Bruxelles, 11.02.2014
https://c.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_14_119

ALMUNIA J., *Public policies in digital markets: reflections from competition enforcement*, Chatham House Competition Policy Conference, 30.6.2014
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_14_515

ASEN E., *Patent Box Regimes in Europe*, 20.6.2019

^{††} Visitate da ultimo in data 25.11.2019. In ordine alfabetico per autore.

<https://taxfoundation.org/patent-box-regimes-europe-2019>

ATKINSON R. D. - ANDES S., *Patent Boxes: Innovation in Tax Policy and Tax Policy for Innovation*, in *The Information Technology and Innovation Foundation*, ottobre 2011

www.itif.org/files/2011-patent-box-final.pdf

BARRET J., *Does an EU law compliant competitive procurement procedure preclude State aid?*, in *UK State Aid Law Association*, 2013

<http://uksala.org/409/>

BOCCACCIO M., *Dal controllo ex ante al controllo ex post: la rivoluzione della modernizzazione degli aiuti di Stato*, in *E-PFRP*, n. 22, 2016

www.digef.uniroma1.it/sites/default/files/pubblicazioni/economia/e-pfrp22.pdf

COMMISSIONE EUROPEA, *Evaluation in the field of State aid*, 12.4.2013

http://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/evaluation_issues_paper_en.pdf

COMMISSIONE EUROPEA, *Summary of replies to the public consultation on public procurement and intellectual property*, Bruxelles, 25.04.2016

<https://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16479/attachments/1/translations/en/renditions/native>

COMMISSIONE EUROPEA, DG Concorrenza, documento di lavoro interno, *Internal Working Paper On State Aid And Tax Rulings – Background To The High Level Forum On State Aid Of 3 June 2016* (working paper sui tax rulings)

https://c.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf

COMMISSIONE EUROPEA, *Economic benefits of leaving IPR ownership rights in public procurements with the suppliers instead of the procurers*, del 28.3.2017

https://c.europa.eu/newsroom/dae/item-detail.cfm?item_id=56812&utm_source=dae_newsroom&utm_medium=Website&utm_campaign=dae&utm_content=Economic%20benefits%20of%20leaving%20IPR%20ownership%20in%20public%20procurements%20with%20comp&lang=en

CONSIGLIO EUROPEO, conclusioni della Presidenza, Lisbona 23-24.3.2000

www.europarl.europa.eu/summits/lis1_it.htm

EVERS L. K., *Intellectual Property Box Regimes Tax Planning, Effective Tax Burdens and Tax Policy Options*, in-depth analysis for the TAXE Special Committee of the European Parliament, 2015, IP/A/TAXE/2015-03
[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563454/IPOL_IDA\(2015\)563454_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563454/IPOL_IDA(2015)563454_EN.pdf)

EUROPEAN IPR HELPDESHK, *La tua guida all'IP in Europa*
www.iprhelppdesk.eu/sites/default/files/documents/EU-IPR-Guide-IP-in-Europe.pdf

EUROSTAT, *Europe 2020 indicators - R&D and innovation*, in Statistics explained, 18.07.2018
<https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/pdfscache/50448.pdf>

FLIGNOR P. - OROZCO D., *Intangible assets and intellectual property evaluation: a multidisciplinary perspective*, SME-ARTICLE/64032, 12.7.2006, World Intellectual Property Organization (WIPO)
www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/IP_Valuation.pdf

GRUPPO AD ALTO LIVELLO PRESIEDUTA DA W. KOK, *Facing the challenge The Lisbon strategy for growth and employment*, 2004,
https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidence-base/evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf

INDEPENDENT EXPERT GROUP ON R&D AND INNOVATION APPOINTED FOLLOWING THE HAMPTON COURT SUMMIT AND CHAIRED BY MR. ESKO AHO, *Creating an Innovative Europe*, 2006
http://ec.europa.eu/invest-in-research/pdf/download_en/aho_report.pdf

KLEMENS B., *A Boxing Match: Can Intellectual Property Boxes Achieve Their Stated Goals?*, 2016
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2822575>

LAMADRID DE PABLO A., *The FIAT and Starbucks Judgements*, post del 25 settembre 2019
<https://chillingcompetition.com/2019/09/25/the-fiat-and-starbucks-judgments/>

LUJA R., *EU State Aid Law and National Tax Rulings – In-Depth Analysis for the TAXE Special Committee*, IP/A/TAXE/2015-02, 2015

[www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563453/IPOL_IDA\(2015\)563453_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2015/563453/IPOL_IDA(2015)563453_EN.pdf)

NEUBIG T. S. - WUNSCH-VINCENT S., *A missing link in the analysis of global value chains: cross-border flows of intangible assets, taxation and related measurement implications*, WIPO Economic Research Working Paper No. 37, novembre 2017

www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_econstat_wp_37.pdf

NICOLAIDES P., *Ex Post Evaluation of State Aid: A New Instrument*, in State Aid Hub, Lexxion, 21.04.2013

<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1595>

NICOLAIDES P., *Public Procurement and State Aid*, StateAidHub.eu, 04.09.2018

<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299>

OCSE, *Workshop on Demand-Led Innovation Policies*, 14-15.9.2009

<http://www.oecd.org/science/inno/oecdworkshopondemand-ledinnovationpolicies14-15september2009.htm>

PETRELLA A., *Fostering innovation through public procurement: rationale, implementation and best practices in Italy and Europe*, Banca d'Italia, 2013

www.bancaditalia.it/pubblicazioni/altri-atti-convegni/2014-innovazione-italia/Petrella.pdf

RICCI A., *Appalti pubblici per l'innovazione*, 27 maggio 2016,

www.euradia.it/images/lazio_dtc_domanda_pubblica_innovazione.pdf

RIGBY J. - BOEKHOLT P.-SEMPLE A.-DEUTEN J.-APOSTOL R.-CORVERS S.-EDLER J., *Feasibility study on future EU support to public procurement of innovative solutions: obtaining evidence for a full scheme*, 2012

<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/13204/attachments/1/translations/en/renditions/native>

ROSSI-MACCANICO P., *Compatibilità dei regimi di Patent Box con le regole in materia di aiuti di Stato*, relazione al convegno *La Fiscalità di vantaggio: un'opportunità di sviluppo*, tenutasi a Roma il 27 marzo 2015

www.aiutidistato.org/compatibilita-dei-regimi-di-patent-box-con-le-regole-in-materia-di-aiuti-di-stato/

SEMPLA A., *Guidance for public authorities on Public Procurement of Innovation*, Procurement of Innovation Platform, 2015,
<http://s3platform.jrc.ec.europa.eu/-/guidance-for-public-authorities-on-public-procurement-of-innovation?inheritRedirect=true>

SINGH JAIYA G., *IP Valuation - Topic 7: IP PANORAMA Meetings series, modulo 11*, incontro del 27.7.2010, World Intellectual Property Organization (WIPO)
www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/ip_panorama_11_learning_points.pdf

STRAND I. - RAMADA P. - CANTON E., *Public procurement in Europe. Cost and effectiveness. Annex: detailed methodology and data - Study*, 2013
<https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/eb5fd5a-a034-4123-83af-2ea7eb363825>

UNIONE EUROPEA, *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione per la redazione dei testi legislativi dell'Unione europea*, del 7 aprile 2015
<https://publications.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/3879747d-7a3c-411b-a3a0-55c14e2ba732>

Comunicati Stampa, memoranda e dichiarazioni^{††}

Comunicato stampa IP/14/309 del 24.3.2014, *State aid: Commission orders Luxembourg to deliver information on tax practices*,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_14_309.

Memorandum MEMO/14/428 del 18.6.2014, *Preparation of Economic and Finance Ministers Council, Luxembourg 20 June*, p. 2,
https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_14_428

Comunicato stampa IP/14/2742 del 17.12.2014, *State aid: Commission extends information enquiry on tax rulings practice to all Member States*, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-2742_en.htm

^{††} Visitati da ultimo in data 25.11.2019. In ordine cronologico.

Comunicato stampa STATEMENT/14/2800 del 18.12.2014, *Statement by Commissioner Vestager welcoming Luxembourg's decision to provide all information requested on tax rulings and patent boxes*, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_14_2800

Comunicato stampa 20150504IPR49647 del 5.5.2015, *Tax rulings: 'We need a common corporate tax base', says Commissioner Vestager*, www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20150504IPR49647/html/Tax-rulings-%E2%80%9CWe-need-a-common-corporate-tax-base%E2%80%9D-says-Commissioner-Vestager

Comunicato stampa dell'Agenzia dell'entrate del 22.12.2015, *Patent box, chiarimenti sulle istanze* www.agenziaentrate.gov.it/

Comunicato stampa IP/16/2923 del 30.8.2016, *Aiuti di Stato: l'Irlanda ha concesso ad Apple vantaggi fiscali illegali per un totale di 13 miliardi di EUR* https://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_it.htm

Comunicato stampa IP/16/3389 del 13.10.2016, *State aid: Commission invites comments on revised criteria for implementing unproblematic state support for ports and airports*, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3398_en.htm

Comunicato stampa IP/19/1948, del 2.4.2019, *State aid: Commission concludes part of UK tax scheme gave illegal tax advantages to certain multinational companies; remaining part does not constitute aid*, https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1948_en.htm

Siti web^{§§}

ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/state_aid_procedures_en.html

ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html

ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/eu-policy-initiatives-pcp-and-ppi

^{§§} Visitati da ultimo in data 25.11.2019. In ordine alfabetico.

ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-procurement-innovative-solutions

ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/strategy_en

ec.europa.eu/info/departments/research-and-innovation_it

ec.europa.eu/research/participants/docs/h2020-funding-guide/cross-cutting-issues/innovation-procurement_en.htm

ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en

ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/overview_en

ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/transfer-pricing-eu-context_en

ec.europa.eu/taxation_customs/publications/taxation-services-papers/taxation-papers_en

ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/ctr_factsheet2016.pdf

www.agendadigitale.eu/procurement/i-nuovi-strumenti-di-acquisto-per-la-pa-pcp-ppi-partnenariati-per-linnovazione/

www.consilium.europa.eu/it/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/

www.eu-newgov.org/datalists/project_detail.asp?Project_ID=22

www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm

www.researchgate.net/

www.ssrn.com

Ringraziamenti

Il dottorato di ricerca è un percorso di crescita in cui è necessario imparare, ragionare e misurarsi con temi complessi sviluppando il senso critico. Ringrazio il Prof. Daniele Gallo per avermi accompagnato in questo percorso, per tutti i suoi preziosi insegnamenti e per la grande disponibilità dimostrata.

Il dottorato è anche un percorso lungo, impegnativo e non privo di momenti di difficoltà. Ringrazio il mio collega Avv. Alessandro Liotta per l'amicizia e il sostegno nelle lunghe ore passate sui libri.

Il ringraziamento più importante va però ad Andrea, che è sempre al mio fianco con amore, forza e tanta pazienza.