Raccolta della giurisprudenza

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
JULIANE KOKOTT
del 4 maggio 2023 [1]

Causa C-454/21 P

Engie Global LNG Holding S.à.r.l,
Engie Invest International S.A.,
Engie S.A.
contro
Commissione europea
Causa C-451/21 P
Granducato di Lussemburgo
contro

Commissione europea

«Impugnazione – Normativa in materia di aiuti – Misura del Granducato di Lussemburgo a favore della Engie – Vantaggio selettivo – Determinazione del sistema di riferimento – Criterio di valutazione per un vantaggio selettivo nel diritto tributario – Decisione fiscale anticipata (tax ruling) – Errore di diritto a favore del soggetto passivo quale vantaggio selettivo – Privilegio di partecipazione e distribuzione nascosta di utili – Principio non scritto di corrispondenza – Interpretazione del diritto nazionale da parte della Commissione – Erronea applicazione di una disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso quale vantaggio selettivo»

I. Introduzione

1. Le presenti impugnazioni offrono nuovamente [2] alla Corte la possibilità di dedicarsi all'esame di una decisione fiscale anticipata (c.d. tax ruling) sulla scorta della normativa in materia di aiuti. Mentre siffatte decisioni fiscali anticipate, da un lato, sono funzionali alla certezza del diritto, dall'altro sussiste, talvolta, il sospetto latente che essi diano luogo, in alcuni Stati membri, ad intese tra autorità tributarie e soggetti passivi potenzialmente nocive per la concorrenza.

[1] Lingua originale: il tedesco.

[2] V. al riguardo in particolare, da ultimo, sentenza dell'8 novembre 2022, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0885Fiat Chrysler Finance Europe/Commissionehttp://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0885 (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859), e conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62019CC0898Irlanda/Commissionehttp://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62019CC0898 (C-898/19 P, EU:C:2021:1029).

2. Diversamente che negli altri procedimenti in materia di aiuti avviati dalla Commissione in relazione a decisioni fiscali anticipate [3], non siamo tuttavia in presenza, nella specie, di prezzi di trasferimento che derogano al principio di libera concorrenza. Nella controversia di cui al procedimento principale, l'amministrazione finanziaria lussemburghese si era invece espressa nei confronti del gruppo Engie, in due serie di decisioni fiscali anticipate, sul trattamento fiscale di una ristrutturazione del gruppo di società in Lussemburgo. In sostanza, essa attestava che un prestito convertibile tra diverse società lussemburghesi del gruppo Engie doveva essere qualificato, in definitiva, a livello della «mutuataria», come debito, e a livello della «creditrice» come capitale. Le remunerazioni versate nel contesto del finanziamento non sono pertanto ricadute nella base imponibile a livello della società figlia; esse sono state tuttavia trattate presso la società madre come redditi da partecipazioni. Questi ultimi – in Lussemburgo come altrove – non vengono solitamente tassati all'interno di un gruppo. A livello della società figlia, invece, una tassazione ha avuto luogo unicamente per l'importo di una base imponibile speciale concordata con l'amministrazione finanziaria («margine»).

3. Nella decisione controversa [4], la Commissione è partita dal presupposto che l'amministrazione finanziaria lussemburghese non avrebbe potuto trattare come esenti i redditi da partecipazioni a livello della società madre. Avendo effettuato una valutazione diversa nelle decisioni fiscali anticipate, il Granducato avrebbe concesso un aiuto alle rispettive società madri ovvero al gruppo Engie. In alternativa, l'amministrazione finanziaria avrebbe dovuto applicare la disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso. Il Tribunale ha condiviso in toto siffatto punto di vista della Commissione.

4. Pertanto, nel presente procedimento di impugnazione, si pone in primo luogo la questione di stabilire se i vantaggi fiscali conseguiti tramite l'impiego dei prestiti convertibili debbano essere qualificati come agevolazione fiscale selettiva ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Al riguardo, occorrerà anche rispondere alla questione se la normativa in materia di aiuti imponga, nel contesto nazionale, una corrispondente tassazione (ossia nessuna esenzione per i redditi da partecipazioni, se gli utili distribuiti non sono già stati tassati integralmente a livello della società figlia).

5. In secondo luogo, si pone la questione di stabilire se, tramite la normativa in materia di aiuti, l'amministrazione finanziaria nazionale e i suoi avvisi di accertamento fiscali possano essere esaminati dalla Commissione e dalla Corte per verificarne la «correttezza». Al riguardo, in relazione ad entrambi gli aspetti occorre rispondere, inter alia, anche alla questione della misura in cui la Commissione possa sostituire un'interpretazione del diritto nazionale (nella specie, di una disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso) effettuata dalle autorità tributarie nazionali con la propria interpretazione (del diritto nazionale), al fine di dimostrare un vantaggio selettivo.

[3] V., al riguardo, sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859); del 15 luglio 2020, Irlanda e a./Commissione (T-778/16 e T-892/16, EU:T:2020:338 – pendente con il numero C-465/20 P), e del 24 settembre 2019, Paesi Bassi e a./Commissione (T-760/15, EU:T:2019:669).

[4] 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 2019, L 78, pag. 1).

II. Contesto normativo

A. Diritto dell'Unione

6. Il contesto di diritto dell'Unione è costituito dagli articoli 107 e segg. TFUE. La procedura relativa agli aiuti illegali è disciplinata al capo III del regolamento (UE) 2015/1589 recante modalità di applicazione dell'articolo 108 TFUE [5] (in prosieguo: il «regolamento 2015/1589»).

B. Normativa lussemburghese

7. L'articolo 22, paragrafo 5, della legge emendata del 4 dicembre 1967 relativa all'imposta sul reddito (loi concernant l'impôt sur le revenu; in prosieguo: la «LIR») stabilisce che la conversione di attività viene trattata, in linea di principio, come uno scambio e pertanto come cessione a titolo oneroso del bene dato e come acquisizione a titolo oneroso del bene ricevuto. Da ciò può risultare una plusvalenza tassabile.

8. L'articolo 22 bis, paragrafo 2, punto 1, della LIR, nella versione in vigore al momento dell'emissione delle decisioni fiscali anticipate, secondo la sentenza impugnata, così recita:

«2. In deroga all'articolo 22, comma 5, le operazioni di scambio di cui ai seguenti numeri da 1 a 4 non conducono alla realizzazione di plusvalenze inerenti ai beni scambiati, a meno che nei casi di cui ai numeri 1, 3 e 4 il creditore o il socio rinunci all'applicazione della presente disposizione:

1) al momento della conversione di un prestito: attribuzione al creditore di titoli rappresentativi del capitale sociale del debitore. In caso di conversione di un prestito di capitalizzazione convertibile, l'interesse capitalizzato relativo al periodo dell'esercizio di gestione in corso precedente la conversione è tassabile al momento dello scambio».

9. L'articolo 164 della LIR così recita:

«1. Per determinare il reddito imponibile non rileva che il reddito sia distribuito o non distribuito agli aventi diritto.

2. Sono considerate distribuzione ai sensi del precedente comma, le distribuzioni di qualsiasi tipo, effettuate a possessori di azioni, quote beneficiarie o di fondazione, quote di godimento o di qualsiasi altro titolo, comprese le obbligazioni a reddito variabile che danno diritto ad una partecipazione all'utile annuo o all'utile di liquidazione.

3. Le distribuzioni nascoste di utili devono essere incluse nel reddito imponibile. Ricorre una distribuzione nascosta di utili in particolare se un socio, associato o interessato riceve direttamente o indirettamente vantaggi da una società o associazione che non avrebbe normalmente ricevuto se non avesse avuto tale qualità».

[5] Regolamento del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'articolo 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2015, L 248, pag. 9).

10. L'articolo 166, primo comma, della LIR dispone quanto segue:

«I redditi di una partecipazione detenuta da:

1. un'entità societaria residente interamente imponibile e costituita in una delle forme elencate nell'allegato di cui al comma 10,

2. una società di capitali residente interamente imponibile non elencata nell'allegato di cui al comma 10,

3. una stabile organizzazione residente di un'entità societaria di cui all'articolo 2 della direttiva [2011/96],

4. una stabile organizzazione residente di una società di capitali avente sede in uno Stato con il quale il Granducato di Lussemburgo ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni,

5. una stabile organizzazione residente di una società di capitali o di una società cooperativa avente sede in uno Stato parte dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) diverso da uno Stato membro dell'Unione europea, sono esenti quando, alla data della messa a disposizione dei redditi, il beneficiario detiene o s'impegna a detenere la suddetta partecipazione per un periodo ininterrotto di almeno dodici mesi e se per tutto questo periodo il livello di partecipazione non scende al di sotto della soglia del 10% o il prezzo di acquisizione non scende al di sotto di EUR 1 200 000».

11. L'articolo 6 della Steueranpassungsgesetz (legge di adeguamento fiscale lussemburghese; in prosieguo: la «StAnpG») prevede quanto segue:

«Un obbligo fiscale non può essere eluso o ridotto attraverso l'utilizzo abusivo di forme e di strumenti giuridici di diritto civile. In caso di abuso, le imposte devono essere riscosse nello stesso modo in cui sarebbero riscosse nel contesto di una struttura giuridica adattata alle operazioni, ai fatti e alle circostanze economiche».

III. Fatti

12. Alla base della controversia vi sono due serie di decisioni fiscali anticipate emesse dal Granducato di Lussemburgo nei confronti del gruppo Engie. Esse riguardano rispettivamente due strutture di finanziamento infragruppo analoghe.

13. Ai fini di una migliore comprensione, esporrò anzitutto la struttura del gruppo Engie rilevante per la controversia (v. al riguardo sub A), per poi esaminare le transazioni alla base delle decisioni fiscali anticipate, inclusa la struttura di finanziamento scelta dalla Engie (v. al riguardo sub B). Infine, illustrerò le decisioni fiscali anticipate emesse dalle autorità tributarie lussemburghesi (v. al riguardo sub C), la decisione della Commissione (v. al riguardo sub D) nonché il procedimento dinanzi al Tribunale e la sentenza impugnata (v. al riguardo sub E).

A. Struttura del gruppo Engie

14. Il gruppo Engie è costituito dalla Engie SA, società con sede in Francia, nonché da tutte le società che quest'ultima controlla direttamente o indirettamente (punto 4 e segg. della sentenza impugnata). Di esse fanno parte anche diverse società con sede in Lussemburgo.

15. In Lussemburgo, la Engie SA controlla, inter alia, la Compagnie Européenne de Financement C.E.F. SA (in prosieguo: la «CEF»), rinominata nel 2015 Engie Invest International SA. Questa società ha per oggetto l'acquisizione di partecipazioni in Lussemburgo e in entità straniere, così come la gestione, l'utilizzo e il controllo di tali partecipazioni.

16. La CEF detiene tutte le azioni della GDF Suez Treasury Management Sàrl (in prosieguo: la «GSTM»), della Electrabel Invest Luxembourg SA (in prosieguo: la «EIL») e della GDF Suez LNG Holding S.à.r.l (in prosieguo: la «LNG Holding»), costituita in Lussemburgo nel 2009 e rinominata nel 2015 Engie Global LNG Holding Sàrl.

17. Anche quest'ultima ha per oggetto l'acquisizione di partecipazioni in entità lussemburghesi e straniere, così come la gestione di tali partecipazioni. La società detiene, da parte sua, tutte le azioni della GDF Suez LNG Supply S.A. (in prosieguo: la «LNG Supply») e della GDF Suez LNG Luxembourg S.à.r.l (in prosieguo: la «LNG Luxembourg»). La LNG Supply effettua attività di acquisto, vendita e trading di gas naturale liquefatto, di gas e suoi derivati.

B. Operazioni e struttura di finanziamento

18. Negli anni dal 2009 al 2015 hanno avuto luogo, all'interno della parte lussemburghese del gruppo Engie, diverse ristrutturazioni, le quali sono state attuate, inter alia, attraverso complesse strutture di finanziamento infragruppo, descritte nei seguenti termini nella sentenza impugnata ai punti 12 e segg. e 36 e segg.

1. Trasferimento di attività a favore della LNG Supply

19. La prima ristrutturazione ha riguardato la LNG Holding (società madre) nonché le sue società figlie LNG Luxembourg (in prosieguo indicata anche come «società intermediaria») e LNG Supply (società figlia).

20. Al 30 ottobre 2009, la LNG Holding ha trasferito le proprie attività operative nel settore del gas naturale liquefatto e di prodotti derivati alla LNG Supply. Il prezzo di acquisizione è stato pari a USD 657 milioni di dollari statunitensi (USD) (circa EUR 553,26 milioni).

21. Per finanziare il trasferimento infragruppo, la LNG Luxembourg ha concesso alla LNG Supply un prestito convertibile obbligatoriamente in azioni (in prosieguo: il prestito «ZORA»[6]), di importo nominale pari a USD 646 milioni per una durata di 15 anni. Il prestito ZORA non comportava la corresponsione di interessi periodici, ma a seguito della conversione del prestito ZORA in capitale, prevista in un momento successivo, la LNG Supply doveva concedere alla LNG Luxembourg, quale creditrice, azioni proprie.

[6] Non mi è chiaro cosa si intenda esattamente con siffatto acronimo. La Commissione suppone che esso corrisponda a «Zero-intérêts Obligation Remboursable en Actions» – v. nota 6 della decisione controversa.

22. Il valore delle azioni da concedere è calcolato sulla scorta dell'importo nominale del prestito ZORA al momento della conversione, maggiorato o ridotto di una quota variabile. La quota variabile corrisponde a sua volta agli utili realizzati dalla LNG Supply nel corso dell'esistenza del prestito ZORA, al netto di un margine imponibile. Il margine concretamente imponibile e la base imponibile di tale margine sono stati concordati in una decisione fiscale anticipata con l'amministrazione finanziaria (v. al riguardo immediatamente sub C). Tuttavia, in anni di forti perdite, la quota variabile può essere anche negativa. L'importo della quota variabile viene indicato anche con l'espressione «accrescimenti sul prestito ZORA».

23. La LNG Luxembourg, da parte sua, ha finanziato il prestito ZORA con un contratto a termine con la LNG Holding (all'epoca ancora LNG Trading). Nell'ambito di tale contratto a termine, la LNG Holding paga alla LNG Luxembourg un importo pari all'importo nominale del prestito ZORA – ossia USD 646 milioni – in cambio dell'acquisizione dei diritti sulle azioni che la LNG Supply emetterà al momento della conversione del prestito ZORA.

24. Nel 2014, ha avuto luogo una conversione parziale del prestito ZORA. Quale cosiddetto elemento di finanziamento ibrido, il prestito ZORA viene trattato a livello della società figlia come una forma di debito, mentre a livello della società madre esso viene considerato, al momento della conversione, come capitale. A tal fine, la LNG Supply ha proceduto a un aumento di capitale di UDS 699,9 milioni (circa EUR 589,6 milioni), di cui USD 193,8 milioni (circa EUR 163,3 milioni) al fine di rimborsare una parte dell'importo nominale del prestito ZORA interessato e l'importo residuo al fine di pagare una parte degli accrescimenti sul prestito ZORA.

25. A livello della LNG Luxembourg (società intermediaria), la conversione parziale ha comportato una riduzione del prestito ZORA, iscritto nel suo bilancio come attività, pari a USD 193,8 milioni e a una correlativa riduzione della passività riportata con riferimento al contratto a termine. Di conseguenza, a livello della LNG Luxembourg, l'operazione era neutrale sotto il profilo fiscale. I redditi da partecipazioni percepiti a livello della LNG Holding (società madre) sotto forma di azioni emesse dalla LNG Supply (società figlia) al momento della conversione del prestito ZORA, sono stati considerati esenti in forza dell'applicazione del privilegio di partecipazione ai sensi dell'articolo 166 della LIR (ossia in forza dell'esenzione fiscale delle distribuzioni di utili all'interno di un gruppo). Siffatte conseguenze sul piano fiscale erano previste nelle decisioni fiscali anticipate (v. al riguardo immediatamente sub C).

2. Trasferimento di attività a favore della GSTM

26. La seconda ristrutturazione riguardava la CEF (società madre) nonché le sue società figlie EIL (in prosieguo congiuntamente indicate anche come «società intermediaria») e la GSTM (società figlia). Dal 2010, la CEF ha trasferito le sue attività di finanziamento e di gestione della tesoreria alla GSTM. Il prezzo di acquisizione è stato pari a circa EUR 1,036 miliardi.

27. Anche siffatto trasferimento infragruppo è stato finanziato con un prestito ZORA con scadenza 2026, concesso alla GSTM dalla EIL. L'importo nominale del prestito ZORA corrisponde al prezzo di acquisizione. La struttura di finanziamento corrispondeva, per il resto, a quella prevista per il trasferimento delle attività alla LNG Supply; in particolare, la EIL ha concluso con la CEF un contratto a termine identico, cosicché può rinviarsi a quanto esposto poc'anzi.

28. Non si è tuttavia pervenuti finora ad una conversione del prestito ZORA, cosicché la CEF non ha ancora percepito al riguardo redditi da partecipazioni.

C. Decisioni fiscali anticipate dell'amministrazione finanziaria lussemburghese

29. Nell'ambito di tali transazioni nonché del loro rispettivo finanziamento, l'amministrazione finanziaria lussemburghese ha emesso due serie di decisioni fiscali anticipate nei confronti del gruppo Engie (punto 17 e segg. della sentenza impugnata).

1. Decisioni fiscali anticipate relative al trasferimento di attività a favore della LNG Supply

30. La prima decisione fiscale anticipata è stata emessa il 9 settembre 2008. Esso menziona la costituzione della LNG Supply e della LNG Luxembourg, nonché il progetto di cessione delle attività dalla LNG Holding alla LNG Supply.

31. Da un punto di vista fiscale, dalla decisione fiscale anticipata risulta che la LNG Supply è tassata con una modalità particolare solo in relazione a un margine concordato con l'amministrazione finanziaria lussemburghese: ai sensi della decisione della Commissione del 20 giugno 2018[7], la base imponibile non è l'utile (quale differenza fra due capitali di esercizio all'inizio e alla fine della campagna di commercializzazione) della LNG Supply, bensì un importo «corrispondente a un margine complessivo netto di •% del valore delle attività lorde, quale indicato nel bilancio di [LNG Supply]». Al riguardo, «questo margine netto non deve tuttavia essere inferiore a •% del fatturato lordo annuo della società». Tale importo (margine) è poi soggetto all'aliquota normale dell'imposta sul reddito (in prosieguo: la «tassazione del margine»).

32. Di conseguenza, in tal modo il reddito viene tassato sulla base del valore di bilancio, o quantomeno sulla base del fatturato. Ciò significa che la LNG Supply è tenuta a versare imposte sul reddito anche in caso di perdite. In forza di tale tassazione basata sul valore di bilancio ovvero sul fatturato, i redditi effettivi (introiti al netto delle spese) della LNG Supply non erano più rilevanti per la base imponibile fiscale. Dal fascicolo non risulta perché e su quale base giuridica l'amministrazione finanziaria lussemburghese abbia accettato (ovvero abbia potuto accettare) siffatta tassazione difforme e tassi un siffatto margine netto. Il risultato economico restante alla LNG Supply una volta dedotto tale margine era in ogni caso, come concordato, l'importo degli accrescimenti sul prestito ZORA.

33. Secondo la decisione della Commissione[8], l'amministrazione finanziaria lussemburghese offre alla LNG Luxembourg, quale «creditrice», nel corso dell'esistenza del prestito ZORA, la facoltà di conservare il valore di quest'ultimo in bilancio al valore contabile, facoltà di cui la LNG Luxembourg si è avvalsa. Inoltre, la decisione fiscale anticipata prevede che la successiva conversione del prestito ZORA in azioni della società non dia luogo a una plusvalenza tassabile, a condizione che la LNG Luxembourg opti per l'applicazione dell'articolo 22 bis della LIR. Non ha pertanto luogo un'imposizione degli accrescimenti sul prestito ZORA contenuti nel valore delle azioni emesse. Queste ultime vengono trattate al riguardo come capitale.

34. Infine, dalla decisione fiscale anticipata del 9 settembre 2008 risulta che la LNG Holding contabilizza il pagamento effettuato a favore della LNG Luxembourg nel contesto del contratto a termine come immobilizzazione finanziaria, cosicché, prima della conversione del prestito ZORA, la LNG Holding non contabilizzerà nessun reddito né alcun onere deducibile in relazione a tale

7 Considerando 36 della decisione.

8 Considerando 38 della decisione. L'illustrazione dei fatti della sentenza impugnata (punto 22) è al riguardo imprecisa ovvero poco chiara.

prestito ZORA. Inoltre, l'amministrazione fiscale lussemburghese conferma che l'esenzione per i redditi da partecipazioni è applicabile, ai sensi dell'articolo 166 della LIR, alla partecipazione acquistata nella LNG Supply in virtù del contratto a termine.

35. La seconda decisione fiscale anticipata è stata emessa il 30 settembre 2008 e riguarda il trasferimento della gestione effettiva della LNG Trading nei Paesi Bassi. La terza decisione fiscale anticipata è stata emessa il 3 marzo 2009 e conferma le modifiche apportate alla struttura di finanziamento disposte dalla decisione fiscale anticipata del 9 settembre 2008, in particolare la sostituzione della LNG Trading con la LNG Holding e l'esecuzione del prestito ZORA sottoscritto dalla LNG Supply con la LNG Luxembourg e la LNG Holding. La quarta decisione fiscale anticipata è stata emessa il 9 marzo 2012 e chiarisce alcuni termini contabili utilizzati nel calcolo del margine in relazione al quale viene tassata la LNG Supply.

36. L'ultima decisione fiscale anticipata è stata emessa il 13 marzo 2014 e ha confermato la posizione illustrata nella domanda del 20 settembre 2013. Essa riguarda il trattamento fiscale della conversione parziale del prestito ZORA sottoscritto dalla LNG Supply. Ne risulta, stando al punto 27 della sentenza impugnata, che la LNG Supply, il giorno della conversione di questo prestito, ridurrà il proprio capitale per un importo pari all'ammontare di tale conversione.

37. Da un punto di vista fiscale, l'amministrazione finanziaria lussemburghese conferma che la conversione parziale di cui trattasi non avrà alcuna incidenza sulla LNG Luxembourg. La LNG Holding, da parte sua, contabilizzerà un utile equivalente alla differenza tra l'importo nominale delle azioni convertite e l'importo di tale conversione (ossia equivalente agli accrescimenti sul prestito ZORA). Viene inoltre constatato che tale utile è coperto dall'esenzione dei redditi da partecipazioni, in forza dell'articolo 166 della LIR.

2. Decisioni fiscali anticipate sul trasferimento di attività a favore della GSTM

38. La prima decisione fiscale anticipata, emessa il 9 febbraio 2010, convalida una struttura simile a quella attuata dalla LNG Holding per finanziare il trasferimento alla LNG Supply delle proprie attività nel settore del gas naturale liquefatto. La struttura in questione si basa, infatti, su un prestito ZORA sottoscritto dalla GSTM con la EIL e utilizzato per finanziare l'acquisizione dell'attività di finanziamento e gestione della tesoreria della CEF. Così come la LNG Supply, la GSTM è tassata, nel corso dell'esistenza del prestito ZORA, su un margine concordato con l'amministrazione finanziaria lussemburghese.

39. La seconda decisione fiscale anticipata, emessa il 15 giugno 2012, convalida il trattamento fiscale dell'operazione di finanziamento e si basa su un'analisi identica a quella contenuta nella decisione fiscale anticipata del 9 settembre 2008 relativa al trasferimento delle attività della LNG Trading a favore della LNG Supply. Differisce, tuttavia, per quanto riguarda un potenziale aumento dell'importo del prestito ZORA sottoscritto dalla GSTM.

3. Sintesi

40. In sostanza, dalle decisioni fiscali anticipate risulta che le società operative LNG Supply e GSTM vengono tassate secondo la normale aliquota dell'imposta sulle società soltanto in relazione alla base imponibile (margine) concordata con l'amministrazione finanziaria. La determinazione di siffatta base imponibile ai fini della tassazione a titolo di imposta sulle società avveniva non nell'ambito della normale determinazione degli utili (ossia solitamente per mezzo

di un raffronto del patrimonio aziendale), bensì facendo riferimento al valore di bilancio, o quantomeno al fatturato. Una tassazione delle società figlie operative aveva pertanto luogo anche in caso di perdite.

41. A causa della concordata tassazione del margine a livello delle società operative (LNG Supply e GSTM), gli incrementi patrimoniali eccedenti la base imponibile così determinata (ossia l'utile residuo effettivo) non sono stati tassati e sono stati imputati unicamente all'elemento di finanziamento (prestito ZORA).

42. A causa del contratto a termine, nel caso della conversione del prestito ZORA in azioni societarie non matura alcun utile a livello della società intermediaria. Gli utili risultanti dalla conversione del prestito ZORA vengono in tal caso trattati a livello della società madre come capitale e, a causa del privilegio di partecipazione lussemburghese (articolo 166 della LIR), non vengono tassati. In definitiva, resta unicamente la descritta tassazione del margine dell'attività operativa.

D. Decisione della Commissione

43. Il 23 marzo 2015, la Commissione europea ha inviato al Granducato di Lussemburgo una richiesta di informazioni relativa alle decisioni fiscali anticipate emesse nei confronti del gruppo Engie. Dopo aver comunicato al Granducato di Lussemburgo, con lettera del 1º aprile 2016, i propri dubbi in merito alla conformità con la normativa in materia di aiuti di Stato di tali decisioni fiscali anticipate, la Commissione, il 19 settembre 2016, ha deciso di avviare il procedimento di indagine formale a norma dell'articolo 108, paragrafo 2, TFUE. Il 20 giugno 2018, la Commissione ha adottato la decisione controversa.

44. In tale decisione, la Commissione ha ritenuto, in sostanza, che il Granducato di Lussemburgo avesse concesso, in violazione dell'articolo 107, paragrafo 1, e dell'articolo 108, paragrafo 3, TFUE, un vantaggio selettivo al gruppo Engie. La Commissione contesta gli effetti concreti della struttura di finanziamento scelta sull'imposta totale dovuta dal gruppo, dato che, in sostanza, la quasi totalità degli utili realizzati dalle società figlie in Lussemburgo era effettivamente sfuggita alla tassazione.

45. La Commissione motiva la concessione di un vantaggio economico affermando in particolare che, a tenore delle decisioni fiscali anticipate, escluso il margine concordato con l'amministrazione finanziaria lussemburghese, nel caso di nessuna delle società partecipanti alle operazioni erano stati tassati gli accrescimenti sul prestito ZORA, i quali corrisponderebbero agli utili realizzati dalla LNG Supply e dalla GSTM. Il vantaggio rilevante sotto il profilo della normativa in materia di aiuti di Stato risiederebbe in concreto nell'applicazione dell'esenzione di cui all'articolo 166 della LIR ai redditi da partecipazioni realizzati dalle rispettive società madri dopo la conversione, sebbene a livello delle società figlie (come anche delle società intermediarie) non sia stata assicurata una tassazione effettiva.

46. In relazione alla sussistenza di un vantaggio selettivo, la Commissione si fonda nel complesso su quattro diversi percorsi argomentativi.

47. In primo luogo, la Commissione parte dal presupposto di una selettività a livello delle società madri – ossia della LNG Holding e della CEF –, in quanto le decisioni fiscali anticipate avrebbero convalidato a tale livello una mancata imposizione di redditi da partecipazioni, i quali avrebbero corrisposto, da un punto di vista economico, agli accrescimenti sul prestito ZORA. In tal modo, il

trattamento derogherebbe a un quadro di riferimento esteso al sistema lussemburghese di imposizione delle società, in forza del quale i soggetti residenti in Lussemburgo assoggettati all'imposta sulle società verrebbero tassati sui loro utili, quali iscritti a bilancio.

48. In secondo luogo, la Commissione parte dal presupposto di una selettività a livello delle società madri, poiché le decisioni fiscali anticipate avrebbero convalidato l'applicazione dell'esenzione per redditi da partecipazioni ai sensi dell'articolo 166 della LIR ai redditi realizzati dalle società madri. Secondo la Commissione, tale trattamento derogherebbe a un quadro di riferimento limitato alle disposizioni relative all'esenzione dei redditi da partecipazioni, poiché, ai sensi di tali disposizioni, un'esenzione dovrebbe essere concessa solo se gli utili distribuiti sono stati previamente tassati a livello delle società figlie (cosiddetto principio di corrispondenza).

49. In terzo luogo, la Commissione ritiene che le decisioni fiscali anticipate abbiano comportato un vantaggio selettivo per il gruppo Engie, in quanto la deducibilità fiscale degli accrescimenti sul prestito ZORA a livello delle società figlie, combinata alla loro mancata imposizione a livello delle società intermediarie e delle società madri avrebbe comportato, nel complesso, una riduzione del reddito imponibile totale del gruppo in Lussemburgo. Ciò derogherebbe a un quadro di riferimento che abbraccia il sistema lussemburghese di imposizione delle società, il quale non consentirebbe una simile riduzione del reddito imponibile (cosiddetta valutazione del gruppo).

50. Quale percorso argomentativo alternativo, la Commissione afferma, in quarto luogo, che le decisioni fiscali anticipate derogavano alla disposizione lussemburghese sulla prevenzione dell'abuso nel diritto tributario ovvero che l'amministrazione finanziaria avrebbe illegittimamente disapplicato la disposizione sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG. Secondo la Commissione, la struttura di finanziamento messa in atto dal gruppo Engie sarebbe stata abusiva, cosicché l'amministrazione finanziaria lussemburghese, sulla base della giurisprudenza lussemburghese, non avrebbe potuto emettere tali decisioni fiscali anticipate (omissione della lotta agli abusi).

51. La Commissione ha ritenuto che anche i restanti elementi costitutivi di un aiuto ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE ricorressero e ha pertanto deciso che il Lussemburgo doveva recuperare l'aiuto presso la LNG Holding. Qualsiasi somma che non sia possibile recuperare presso la LNG Holding dovrebbe essere recuperata presso la Engie SA. Poiché nel caso della seconda serie di decisioni fiscali anticipate non si era ancora pervenuti a una conversione dei prestiti ZORA in azioni della GSTM, non veniva ordinato al riguardo alcun recupero. In relazione a conversioni future, l'ulteriore trattamento dei risultanti redditi da partecipazioni veniva vietato in quanto esente.

E. Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

52. Con ricorso pervenuto nella cancelleria del Tribunale il 30 agosto 2018, il Granducato di Lussemburgo ha proposto nella causa T-516/18 una domanda diretta all'annullamento della decisione controversa.

53. Con atto pervenuto il 4 settembre 2018 nella cancelleria del Tribunale, la Engie Global LNG Holding S.à.r.l, la Engie Invest International S.A. e la Engie S.A. (in prosieguo: la «Engie») hanno parimenti proposto nella causa T-525/18 una domanda diretta all'annullamento della decisione controversa.

54. Con ordinanza del 15 febbraio 2019, il Presidente della Settima Sezione ampliata del Tribunale ha accolto l'istanza di intervento dell'Irlanda nella causa T-516/18.

55. Con ordinanza del presidente della Seconda Sezione ampliata del Tribunale del 12 giugno 2020, sentite le parti, le cause T-516/18 e T-525/18 sono state riunite ai fini della fase orale del procedimento, ai sensi dell'articolo 68, paragrafo 1, del regolamento di procedura del Tribunale.

56. A sostegno dei loro ricorsi, la Engie e il Granducato di Lussemburgo hanno dedotto, in sostanza, sei ordini di motivi:

– il primo ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione degli articoli 4 e 5 TUE, nonché degli articoli da 3 a 5 e da 113 a 117 TFUE, in quanto l'analisi della Commissione avrebbe condotto a un'armonizzazione fiscale dissimulata (terzo motivo di ricorso nella causa T-516/18 e quinto motivo di ricorso nella causa T-525/18);

– il secondo ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione dell'articolo 107 TFUE, per avere la Commissione ritenuto che le decisioni fiscali anticipate concedessero un vantaggio, non essendo esse conformi al diritto tributario lussemburghese (secondo motivo di ricorso nella causa T516/18 e secondo motivo di ricorso nella causa T-525/18);

– il terzo ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione dell'articolo 107 TFUE, dell'obbligo di motivazione ai sensi dell'articolo 296 TFUE, nonché del principio del rispetto dei diritti della difesa, per avere la Commissione rilevato la selettività di tale vantaggio (primo, quarto e sesto motivo di ricorso nella causa T-516/18 nonché terzo, sesto e ottavo motivo di ricorso nella causa T-525/18);

– il quarto ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione dell'articolo 107 TFUE, in quanto la Commissione sarebbe partita dal presupposto dell'imputabilità allo Stato lussemburghese delle decisioni fiscali anticipate e del coinvolgimento di risorse statali (primo motivo di ricorso nella causa T-525/18);

– il quinto ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione dell'articolo 107 TFUE, per avere la Commissione erroneamente qualificato le decisioni fiscali anticipate come aiuto individuale (quarto motivo di ricorso nella causa T-525/18);

– il sesto ordine di motivi di ricorso riguardava la violazione dei principi generali del diritto dell'Unione, in quanto la Commissione avrebbe ordinato il recupero degli aiuti (quinto motivo di ricorso nella causa T-516/18 e settimo motivo di ricorso nella causa T-525/18).

57. Con la sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto tutti i motivi e pertanto i ricorsi nelle cause T-516/18 e T-525/18 nella loro interezza.

58. In relazione al primo ordine di motivi di ricorso, il Tribunale ha rilevato (punto 134 e segg., in particolare punto 150), in sostanza, che nel verificare le decisioni fiscali anticipate, la Commissione non avrebbe effettuato alcuna armonizzazione fiscale, ma si sarebbe limitata ad esercitare la propria competenza ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

59. Con riferimento al secondo e al terzo ordine di motivi di ricorso, il Tribunale ha esposto, al punto 230 della sua sentenza, che quando alcuni punti della motivazione sono, di per sé, idonei a giustificare adeguatamente una decisione, i vizi da cui potrebbero essere inficiati altri punti della motivazione dell'atto sono comunque ininfluenti sul suo dispositivo. Il Tribunale ha anzitutto esaminato il quadro di riferimento limitato, il quale deve essere costituito dagli articoli 164 e 166 della LIR e, già sulla scorta di tale quadro di riferimento, è pervenuto a ravvisare una deroga al medesimo, la quale non sarebbe giustificabile. In linea con la Commissione, esso ha sostenuto che la Commissione non sarebbe stata obbligata a includere nel quadro di riferimento le disposizioni della direttiva sulle società madri e figlie, in particolare in quanto si sarebbe trattato di una situazione puramente interna (punto 263 e segg.). La Commissione si sarebbe pertanto correttamente basata sul presupposto che le decisioni fiscali anticipate avrebbero derogato al quadro di riferimento costituito dagli articoli 164 e 166 della LIR, ossia con le decisioni fiscali anticipate sarebbe stato avallato un errore di diritto (punto 288 e segg.).

60. In merito all'asserita assenza di vantaggi selettivi alla luce della disposizione sulla prevenzione dell'abuso di diritto, il Tribunale ha affermato che la Commissione avrebbe dimostrato in maniera sufficiente tutti i criteri necessari all'accertamento di un abuso di diritto ai sensi del diritto lussemburghese, ossia l'utilizzo di forme o istituti di diritto privato, la riduzione dell'onere fiscale, l'utilizzo di mezzi legali non adeguati e l'assenza di motivi extrafiscali (punto 384 e segg., in particolare punto 410 e segg.).

61. Per quanto riguarda il quarto ordine di motivi di ricorso, il Tribunale ha rilevato (punto 212 e segg.), che le decisioni fiscali anticipate sono state emesse dall'amministrazione finanziaria lussemburghese e che da tali decisioni anticipate risulterebbe una riduzione dell'onere fiscale che un'impresa deve in linea di principio sostenere, cosicché non difetterebbero né l'imputabilità al Granducato di Lussemburgo né un impegno di risorse statali.

62. In relazione al quinto ordine di motivi di ricorso, il Tribunale ha affermato (punto 479 e segg.) che alla Commissione sarebbe consentito ritenere che una misura di applicazione di un regime generale sia un aiuto individuale senza dover dimostrare previamente che le disposizioni alla base di tale regime costituiscono un regime di aiuti, anche se ricorresse tale evenienza.

63. Infine, il Tribunale ha rilevato, con riferimento al sesto ordine di motivi di ricorso (punto 489 e segg.), che la Commissione non avrebbe violato i principi generali di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento ordinando il recupero dell'aiuto presso il Granducato di Lussemburgo. In particolare, le imprese beneficiarie di un aiuto potrebbero fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista all'articolo 108 TFUE.

IV. Procedimento dinanzi alla Corte

64. Il 22 luglio 2021, la Engie ha proposto la presente impugnazione avverso la sentenza del Tribunale (causa C-454/21 P). La Engie chiede che la Corte voglia:

– dichiarare la presente impugnazione ricevibile e fondata;

– annullare la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 12 maggio 2021 nelle cause riunite T-516/18 e T-525/18, Lussemburgo e Engie Global LNG Holding e a./Commissione;

– statuire definitivamente sul merito conformemente all'articolo 61 dello Statuto della Corte e accogliere le conclusioni presentate dall'Engie in primo grado o, in via subordinata, annullare l'articolo 2 della decisione (UE) 2019/421 della Commissione, del 20 giugno 2018, relativa all'aiuto di Stato SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN) attuato dal Lussemburgo a favore dell'Engie (GU 2019, L 78, pag. 1), nella parte in cui essa ordina il recupero dell'aiuto;

– in via ulteriormente subordinata, rinviare la causa al Tribunale;

– condannare la Commissione alle spese.

65. Il 21 luglio 2021, il Granducato di Lussemburgo ha proposto la presente impugnazione avverso la sentenza del Tribunale (causa C-451/21 P). Il Lussemburgo chiede che la Corte voglia:

– annullare la sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 12 maggio 2021 nelle cause riunite T-516/18 e T-525/18, Lussemburgo e Engie Global LNG Holding e a./Commissione;

– statuire definitivamente nel merito, ai sensi dell'articolo 61 dello Statuto della Corte, e accogliere le conclusioni presentate dal Lussemburgo in primo grado, annullando la decisione (UE) 2019/421 della Commissione, del 20 giugno 2018, relativa all'aiuto di Stato SA.44888 (2016/C) (ex 2016/NN);

– in subordine, rinviare la causa al Tribunale, e

– condannare la Commissione alle spese sostenute dal Granducato di Lussemburgo.

66. La Commissione chiede in entrambe le cause che la Corte voglia respingere le impugnazioni e condannare i ricorrenti alle spese.

67. Tutte le parti hanno presentato osservazioni scritte dinanzi alla Corte e hanno presentato difese orali in comune sulle impugnazioni il 30 gennaio 2023.

V. In diritto

68. A sostegno dell'impugnazione, la Engie deduce tre motivi e il Lussemburgo quattro, i quali si sovrappongono sotto il profilo del contenuto. Nell'analizzare i motivi di impugnazione, inizierò con quelli della Engie (sub A, B, C) e terminerò con i motivi di impugnazione ulteriori del Lussemburgo (sub D). Al riguardo, mi limiterò, a titolo di esempio, alla serie di decisioni fiscali anticipate concernenti la LNG Holding, poiché in relazione alle medesime ha avuto luogo in ogni caso una conversione parziale del prestito ZORA. Le considerazioni sono trasponibili alla seconda serie di decisioni fiscali anticipate concernenti la GSTM.

A. Sul primo motivo di impugnazione: erronea interpretazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE nel contesto del quadro di riferimento limitato

69. Con il suo primo motivo di impugnazione, la Engie (e anche il Lussemburgo) contesta taluni errori di diritto in cui il Tribunale sarebbe incorso in sede di interpretazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, in particolare in sede di determinazione del quadro di riferimento. Il Tribunale si era basato sul presupposto che nel caso delle decisioni fiscali anticipate fosse derogato, a favore della Engie, al quadro di riferimento limitato agli articoli 164 e 166 della LIR.

70. Secondo una costante giurisprudenza della Corte, la qualificazione di una misura nazionale come «aiuto di Stato», ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, richiede, in primo luogo, che si tratti di un intervento dello Stato o attraverso risorse statali. In secondo luogo, tale intervento deve essere idoneo a incidere sugli scambi tra gli Stati membri. In terzo luogo, deve concedere un vantaggio selettivo al suo beneficiario. In quarto luogo, deve falsare o minacciare di falsare la concorrenza [9].

71. Nella fattispecie, occorre verificare unicamente le considerazioni del Tribunale concernenti il criterio del vantaggio selettivo. In relazione alle misure fiscali, la selettività deve essere determinata, secondo una costante giurisprudenza della Corte, in più fasi. Al riguardo, in un primo tempo, deve essere determinato il regime tributario comune o «normale» applicabile nello Stato membro interessato (il cosiddetto quadro di riferimento) [10]. Partendo da tale regime tributario comune o «normale», occorre valutare, in un secondo tempo, se la misura fiscale considerata deroghi a tale regime ordinario, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito da detto regime comune, in una situazione fattuale e giuridica analoga [11]. Qualora sia stata accertata una deroga alla «tassazione normale», occorre verificare, in un'ultima fase, se la deroga sia giustificata.

72. Al riguardo, punto di partenza in sede di determinazione del quadro di riferimento può essere solo la decisione del legislatore nazionale in merito a ciò che esso considera la tassazione «normale». Le decisioni tributarie fondamentali in materia di imposizione, in particolare le decisioni sulla tecnica di imposizione ma anche gli obiettivi e i principi della tassazione, spettano pertanto agli Stati membri [12]. Di conseguenza, né la Commissione né la Corte possono valutare il diritto tributario nazionale facendo riferimento a un regime fiscale ideale o fittizio [13].

73. Poiché la determinazione di tale sistema di riferimento è il punto di partenza dell'esame comparativo da effettuare nel contesto della valutazione della selettività, un errore commesso durante tale determinazione inficia necessariamente tutta l'analisi della condizione di selettività [14].

9 Sentenze del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 27); del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punto 82); del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group e a. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 53), e del 21 dicembre 2016, Commissione/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punto 40).

10 Sentenze del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group e a. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 57), e del 21 dicembre 2016, Commissione/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punti 53 e 55).

11 Sentenze del 19 dicembre 2018, A-Brauerei (C-374/17, EU:C:2018:1024, punto 36); del 21 dicembre 2016, Commissione/World Duty Free Group e a. (C-20/15 P e C-21/15 P, EU:C:2016:981, punto 57), e dell'8 settembre 2011, Paint Graphos (da C-78/08 a C-80/08, EU:C:2011:550, punto 49).

12 Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa Irlanda/Commissione (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, paragrafo 60 e segg.); v. anche le mie conclusioni nella causa Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:181, paragrafo 57), nella causa Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2020:834, paragrafo 39), e nella causa Commissione/Ungheria (C-596/19 P, EU:C:2020:835, paragrafo 43).
Confermate da: sentenze dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 73); del 15 settembre 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 59); del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punti 38 e 39), e del 16 marzo 2021, Commissione/Ungheria (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punti 44 e 45).

13 Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa Irlanda/Commissione (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, punto 64).
In tal senso anche sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:202, punto 74 – ne consegue che solo il diritto nazionale applicabile nello Stato membro interessato deve essere preso in considerazione al fine di individuare il sistema di riferimento in materia di imposte dirette).

14 Sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 71), e del 6 ottobre 2021, World Duty Free Group e Spagna/Commissione (C-51/19 P e C-64/19 P, EU:C:2021:793, punto 61 e la giurisprudenza ivi citata).

1. Accertamenti del Tribunale

74. Il Tribunale ha rilevato, ai punti 292 e segg., che, effettivamente, l'articolo 166 della LIR non subordina formalmente la concessione dell'esenzione sui redditi da partecipazioni a livello della società madre alla tassazione degli utili distribuiti a livello delle società figlie. Dal collegamento dell'articolo 166 della LIR e dell'articolo 164 della LIR risulterebbe tuttavia che l'esenzione dei redditi da partecipazioni ai sensi dell'articolo 166 della LIR verrebbe concessa solo qualora i redditi non siano stati dedotti dal reddito imponibile della società figlia (punto 297).

75. Inoltre, è vero che gli accrescimenti sul prestito ZORA non sarebbero, formalmente, distribuzioni di utili ai sensi dell'articolo 164 della LIR. Tuttavia, poiché i redditi da partecipazioni esentati a livello delle società madri corrispondono, in sostanza, all'importo degli accrescimenti, si dovrebbe ritenere, nelle circostanze molto particolari del caso di specie, che si tratti concretamente di distribuzioni di utili (punto 300).

76. Il Tribunale ha rilevato, al punto 327, che confermando l'esenzione a livello delle società madri dei redditi da partecipazioni corrispondenti, da un punto di vista economico, all'importo degli accrescimenti sul prestito ZORA, dedotti a titolo di oneri a livello delle società figlie, l'amministrazione finanziaria lussemburghese avrebbe derogato al quadro di riferimento costituito dagli articoli 164 e 166 della LIR.

2. Valutazione

77. La Engie e il Lussemburgo affermano, in sostanza, che il Tribunale, in tali accertamenti, è incorso in errori di diritto e ha snaturato i fatti. Esso avrebbe erroneamente ritenuto sussistente un collegamento tra l'articolo 164 della LIR e l'articolo 166 della LIR allorché, in linea con la Commissione, ha considerato un aiuto le decisioni fiscali anticipate lussemburghesi. Occorre pertanto chiarire se il Tribunale, confermando il quadro di riferimento utilizzato dalla Commissione nella decisione controversa, sia incorso in un errore di diritto.

78. La corretta determinazione del quadro di riferimento applicabile esige un'interpretazione della legge tributaria lussemburghese (LIR). La Commissione mette in discussione la ricevibilità di tale parte del motivo di impugnazione sulla base del rilievo che quest'ultimo riguarderebbe questioni di fatto. È vero che la valutazione dei fatti – nella quale rientra, in linea di principio, anche la valutazione del diritto nazionale da parte del Tribunale [15] – e delle prove non costituisce una questione di diritto che la Corte può esaminare nell'ambito di un'impugnazione. La Corte è competente solamente a verificare se vi sia stato uno snaturamento di tale diritto [16]. La qualificazione giuridica del diritto nazionale da parte del Tribunale sulla base del diritto dell'Unione può per contro essere oggetto di verifica da parte della Corte [17]. Ciò è determinante

[15] V. sentenze dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 82); del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punto 78); del 3 aprile 2014, Francia/Commissione (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punto 79), e del 24 ottobre 2002, Aéroports de Paris/Commissione (C-82/01 P, EU:C:2002:617, punto 63).

[16] V. sentenze dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 82), e del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punto 78 e la giurisprudenza ivi citata).

[17] Sentenze del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punto 78); v., in tal senso, anche sentenze del 21 dicembre 2016, Commissione/Hansestadt Lübeck (C-524/14 P, EU:C:2016:971, punti da 61 a 63), e del 3 aprile 2014, Francia/Commissione (C-559/12 P, EU:C:2014:217, punto 83).

nell'ambito di applicazione dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE; il vantaggio selettivo necessario al fine di ritenere sussistente un aiuto, infatti, risulta solo da una deroga al regime fiscale nazionale «normale», che costituisce il quadro di riferimento.

79. È pertanto pacifico, nel diritto in materia di aiuti, che la questione di stabilire se il Tribunale abbia individuato e delimitato adeguatamente il quadro di riferimento risultante dal diritto nazionale è una questione di diritto. In quanto tale, essa può essere oggetto di esame da parte della Corte nel procedimento di impugnazione [18]. Un'argomentazione con la quale viene messa in discussione la scelta del quadro di riferimento corretto nella prima fase dell'esame della sussistenza di un vantaggio selettivo è pertanto ammissibile anche in un procedimento di impugnazione.

80. Poiché la linea argomentativa della Engie e del Lussemburgo è intesa a mettere in discussione l'esistenza di un principio di corrispondenza ai sensi dell'articolo 164 della LIR in combinato disposto con l'articolo 166 della LIR, assunta dal Tribunale, quale quadro di riferimento in materia di aiuti, la prima parte del secondo motivo di impugnazione è ricevibile. La Corte può pertanto esaminare, nel giudizio di impugnazione, la questione di diritto con cui si chiede se il Tribunale abbia accertato ed applicato correttamente il principio di corrispondenza nel diritto lussemburghese quale parte del quadro di riferimento.

81. In proposito, in un primo momento verrà esaminato il vantaggio selettivo rilevante (v. al riguardo sub a). Successivamente, occorre individuare il criterio di valutazione in sede di esame delle decisioni fiscali anticipate (v. al riguardo sub b). Sulla base di tale criterio verranno esaminate le considerazioni del Tribunale relative all'accertamento del quadro di riferimento rilevante (v. al riguardo sub c e sub d). Poiché la Commissione ha messo in discussione, in udienza, la coerenza del diritto tributario lussemburghese in quanto tale, verrà poi esaminata la questione se una possibile assenza di una clausola di corrispondenza sostanziale nel diritto nazionale possa costituire un aiuto (v. al riguardo sub e).

a) Sul vantaggio selettivo rilevante

82. La Commissione, nella decisione impugnata, ritiene sussistente un vantaggio selettivo in quanto, a suo avviso, esisterebbe un collegamento necessario tra l'articolo 164 e l'articolo 166 della LIR. Al riguardo, la Commissione e, seguendo il suo ragionamento, il Tribunale hanno ricavato che, a causa della struttura di finanziamento scelta dal gruppo Engie, abbia luogo in larga misura, in deroga alla tassazione normale con l'imposta sulle società, una mancata imposizione degli utili realizzati a livello delle società figlie, qualora la società figlia in questione generi utili. Entrambi non hanno peraltro tenuto conto del fatto che – parimenti in deroga alla tassazione normale con l'imposta sulle società – ha luogo una tassazione anche quando la società figlia generi perdite, come era evidentemente avvenuto nel 2015 e nel 2016 nel caso della LNG Supply.

83. In entrambi i casi viene segnatamente tassato sempre il margine concordato con l'amministrazione finanziaria, determinato quantomeno sulla scorta del fatturato e quindi indipendentemente da eventuali utili. La Commissione, e sulla sua scorta il Tribunale, sottolineano invece che a livello delle società madri, dove gli utili, in sede di conversione del

[18] V. (in relazione a un principio di libera concorrenza apparentemente esistente nel diritto nazionale), recentemente, sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 85); v., per analogia, sentenza del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punti 80 e 81, sull'erronea interpretazione dell'articolo 8c del KStG da parte del Tribunale).

prestito ZORA, sono alla fine pervenuti, era possibile beneficiare di un'esenzione per i redditi da partecipazioni ai sensi dell'articolo 166 della LIR, sebbene essi non fossero stati «tassati» in capo alla società figlia ai sensi dell'articolo 164 della LIR.

84. La Commissione non ha dunque esaminato né contestato la pattuizione del margine che, secondo le decisioni fiscali anticipate, deve costituire, a livello delle società figlie, l'unica base imponibile. La questione se tale metodo, il quale deroga alla tassazione normale delle società (nessun raffronto del valore contabile, bensì una tassazione basata sul valore di bilancio e rispettivamente sul fatturato), costituisca un vantaggio selettivo, non è stata esaminata. La Commissione non ha sollevato né esaminato neanche la questione se, ai sensi diritto tributario lussemburghese, questo speciale metodo fosse a disposizione di tutti i soggetti passivi equiparabili. Lo stesso vale per le percentuali ivi fissate. Non è dato sapere da dove queste vengano ricavate e come il loro ammontare possa essere giustificato.

85. Pertanto, siffatta tassazione del margine, la quale incide in particolare sull'ammontare degli accrescimenti sul prestito ZORA, non è oggetto né della decisione controversa, né della sentenza impugnata, e non può dunque neanche essere esaminata dalla Corte. La Commissione resta tuttavia libera di porvi rimedio in una nuova decisione in materia di aiuti, sempreché non sia ancora intervenuta la prescrizione.

b) Sulle decisioni fiscali anticipate quale oggetto dell'esame basato sul diritto in materia di aiuti e sul criterio di valutazione applicabile

86. Nella sua decisione, la Commissione chiarisce espressamente, piuttosto, che l'aiuto deve risultare dalle decisioni fiscali anticipate emesse nei confronti del gruppo Engie. Non il privilegio di partecipazione ai sensi dell'articolo 166 della LIR (ossia l'esenzione fiscale delle distribuzioni di utili all'interno di un gruppo) di per sé, bensì la sua applicazione solleverebbe dubbi nel caso concreto sotto il profilo della normativa in materia di aiuti. La Commissione richiama al riguardo – anche se non espressamente – un errore di diritto da parte delle autorità lussemburghesi. Ciò emerge anche dalle considerazioni concernenti il quadro di riferimento ristretto costituito, secondo la Commissione, dagli articoli 164 e 166 della LIR.

87. Tale approccio viene condiviso dal Tribunale, nella misura in cui quest'ultimo parte dal presupposto che l'aiuto ritenuto sussistente dalla Commissione consista nell'erronea applicazione dell'articolo 164 in combinato disposto con l'articolo 166 della LIR, poiché dalla legislazione lussemburghese relativa all'imposta sulle società sarebbe desumibile un cosiddetto principio di corrispondenza. Con ciò si intende che l'esenzione da imposta a livello della società madre beneficiaria è subordinata alla previa tassazione degli importi distribuiti a livello della società figlia.

88. Occorre anzitutto rilevare che le decisioni fiscali anticipate non sono di per sé aiuti inammissibili ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE. Essi sono uno strumento importante per garantire la certezza del diritto, come riconosciuto anche dalla Commissione [19]. Il principio della certezza del diritto è un principio generale del diritto dell'Unione [20]. Le decisioni anticipate non sono pertanto problematiche sotto il profilo del diritto in materia di aiuti fintantoché esse

[19] Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2016, C 262, pag. 1), punto 169 e segg.

[20] Sentenze del 15 febbraio 1996, Duff e a. (C-63/93, EU:C:1996:51, punto 20 e la giurisprudenza ivi citata), e dell'8 dicembre 2011, France Télécom/Commissione (C-81/10 P, EU:C:2011:811, punto 100).

siano accessibili a tutti i soggetti passivi (di norma su richiesta) e siano conformi alla rispettiva legge tributaria, come anche ogni altro avviso di accertamento. In tal senso, esse si limitano ad anticipare il risultato di un successivo avviso di accertamento.

89. Qualora la decisione fiscale anticipata sia oggetto di esame alla luce della normativa in materia di aiuti, si pone tuttavia la questione di stabilire se ogni deroga alla legge tributaria favorevole al soggetto passivo (e quindi ogni decisione fiscale anticipata erronea a favore del soggetto passivo) possa costituire un aiuto ai sensi dei Trattati. Una siffatta interpretazione sarebbe di per sé coperta dal testo dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

90. Essa è tuttavia in contraddizione con il criterio di valutazione elaborato dalla Corte per i regimi di aiuto che assumono la forma di leggi tributarie generali. In tal senso, essa sottolinea che, allo stato attuale dell'armonizzazione del diritto fiscale dell'Unione, gli Stati membri sono liberi di istituire il sistema impositivo che ritengono più idoneo [21], il che vale esplicitamente anche per il settore degli aiuti di Stato [22]. Tale potere discrezionale degli Stati membri ricomprende la determinazione delle caratteristiche costitutive di ogni imposta. Vi rientrano, inter alia, la scelta dell'aliquota dell'imposta, che può essere proporzionale o progressiva, ma anche la determinazione della sua base imponibile e del suo fatto generatore [23]. Parimenti, decidere quali siano le imposte estere che possono essere imputate al debito fiscale nazionale e a quali condizioni tale imputazione sia possibile costituisce una decisione di carattere generale che rientra nel potere discrezionale degli Stati membri nel determinare le caratteristiche costitutive dell'imposta [24]. Lo stesso vale per l'attuazione e la configurazione del principio di libera concorrenza per le operazioni tra società collegate [25].

91. I limiti di tale potere discrezionale degli Stati membri vengono tuttavia superati se gli Stati membri abusano della propria legislazione fiscale al fine di concedere ciononostante vantaggi a singole imprese «eludendo la normativa in materia di aiuti di Stato» [26]. Un siffatto abuso dell'autonomia fiscale può essere ritenuto sussistente nel caso di una configurazione manifestamente incoerente della normativa tributaria, come è avvenuto ad esempio nel caso di Gibilterra [27]. In tal senso, nella sua giurisprudenza più recente, la Corte procede a un controllo sotto il profilo della normativa in materia di aiuti delle decisioni tributarie generali in materia di imposizione solo se esse sono state configurate *in una maniera manifestamente discriminatoria* al fine di eludere i requisiti risultanti dal diritto dell'Unione nel settore degli aiuti di Stato [28].

[21] Sentenza del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 37); v., in tal senso, anche in relazione alle libertà fondamentali, sentenze del 3 marzo 2020, Vodafone Magyarország (C-75/18, EU:C:2020:139, punto 49), e del 3 marzo 2020, Tesco-Global Áruházak (C-323/18, EU:C:2020:140, punto 69 e la giurisprudenza ivi citata).

[22] Sentenze del 15 settembre 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 59), e del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 37); v., in tal senso, inter alia, sentenza del 26 aprile 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, punto 50 e la giurisprudenza ivi citata).

[23] Sentenze del 15 settembre 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 59 e seg.); del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 38), e del 16 marzo 2021, Commissione/Ungheria (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punto 44).

[24] In tal senso, espressamente, sentenza del 15 settembre 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 60).

[25] In tal senso anche la sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 95 e segg.).

[26] 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, punto 72).

[27] 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, punto 101 e segg.). In tale causa, il Regno Unito non è stato neanche in grado di chiarire la ratio del parametro fiscale utilizzato (punto 149).

[28] Sentenze del 15 settembre 2022, Fossil (Gibraltar) (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 61); del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 42 e segg., in particolare punto 44), e del 16 marzo 2021, Commissione/Ungheria (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punto 48 e segg., in particolare punto 50). Già nella 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, punto 101), la Corte parla dei criteri giuridici che «oper[ano] di fatto una discriminazione» tra soggetti passivi.

92. Non vi è alcuna ragione evidente per non trasporre tale giurisprudenza all'errata applicazione del diritto a favore del soggetto passivo. Ne consegue, quindi, che non ogni decisione fiscale anticipata erronea, bensì unicamente le decisioni fiscali anticipate manifestamente erronee a favore del soggetto passivo costituiscono un vantaggio selettivo. Sono manifeste le deroghe al quadro di riferimento nazionale applicabile che non possono essere spiegate in maniera plausibile a un terzo come la Commissione o i giudici dell'Unione e che sono dunque evidenti anche per il soggetto passivo interessato. In simili casi può essere ritenuta sussistente un'elusione della normativa in materia di aiuti tramite una *modalità di applicazione della legge manifestamente discriminatoria*. Non occorre in tali casi rispondere alle questioni, sollevate in udienza, di stabilire se parti della dottrina lussemburghese o un giudice lussemburghese di primo grado interpretino davvero il diritto tributario lussemburghese diversamente dall'amministrazione finanziaria e da altra parte della dottrina lussemburghese.

93. Tantomeno si dovrebbe temere che possa essere posto a carico della Commissione e dei giudici dell'Unione l'onere eccessivo della corretta interpretazione in dettaglio di 27 diversi regimi tributari.

94. Il carattere eccessivo di tale onere si manifesta già nel presente procedimento. L'argomentazione della Commissione, la quale è stata reputata corretta dal Tribunale, si basa su un'interpretazione degli articoli 164 e 166 della LIR *diversa* da quella svolta dalla Engie e soprattutto dal Lussemburgo. Al riguardo, dalle affermazioni in materia di diritto tributario del Tribunale sull'interpretazione degli articoli 164 e 166 della LIR[29] emerge che il Tribunale aveva difficoltà nel ruolo di «secondo tribunale finanziario lussemburghese». Al punto 294 della sentenza impugnata, il Tribunale menziona ad esempio il fatto che l'articolo 164 della LIR prevede la tassazione dei redditi generati da una società, «a prescindere dal fatto che tali redditi siano o meno distribuiti. Tali redditi comprendono altresì, in applicazione dell'articolo 164, terzo comma, della LIR, le distribuzioni nascoste di utili».

95. Tuttavia, stando al suo tenore letterale, l'articolo 164 della LIR non riguarda affatto la tassazione dei redditi, bensì unicamente la determinazione della base imponibile della *società figlia*. In tale disposizione, la questione dell'eventuale tassazione dei redditi non viene affrontata. La tassazione dei redditi potrebbe risultare piuttosto dal rispettivo fatto generatore dell'imposta e dall'applicazione e rispettivamente dalla mancata applicazione di disposizioni in materia di esenzione, disciplinate altrove.

96. Inoltre, nel caso di un'interpretazione estensiva dell'articolo 107 TFUE – in forza della quale tutte le decisioni fiscali anticipate erronee a favore del soggetto passivo costituiscono vantaggi selettivi – sorgerebbe la seguente problematica: in occasione dell'adozione di una decisione fiscale anticipata possono verificarsi errori come in sede di adozione di qualsiasi avviso di accertamento. Tuttavia, spetta in realtà alle autorità fiscali nazionali e ai giudici nazionali verificare se un siffatto avviso di accertamento sia errato o corretto. Qualora ogni semplice errore in sede di accertamento dell'imposta venisse considerato già una violazione della normativa in materia di aiuti, ne conseguirebbe che la Commissione diventerebbe *de facto* un ufficio tributario di ultimo grado e i giudici dell'Unione, attraverso il controllo delle decisioni della Commissione, corti tributarie supreme.

[29] In tal senso, esplicitamente, il titolo che precede i punti 288 e segg. della sentenza impugnata interessati.

97. Ciò inciderebbe a sua volta sull'autonomia fiscale degli Stati membri, come indica anche il primo ordine di motivi di ricorso nel procedimento principale. Si parla in tal sede di un'armonizzazione fiscale dissimulata. Anche nel terzo motivo di impugnazione del Lussemburgo, il controllo – sotto il profilo della normativa in materia di aiuti – di avvisi di accertamento e leggi tributarie riguardanti imposte non armonizzate viene inteso come un'ingerenza nella propria autonomia fiscale.

98. La Corte tiene già conto di tali dubbi in altra sede. In tal senso, l'avvocato generale Pikamäe, in relazione ai criteri per la determinazione della tassazione «normale», ha affermato che a tale riguardo rilevano le norme di diritto *positivo*. Al fine di evitare qualsiasi sconfinamento nella competenza esclusiva degli Stati membri in materia di fiscalità diretta, l'esistenza di un vantaggio ai sensi dell'articolo 107 TFUE può essere verificata soltanto alla luce del contesto normativo tracciato dal legislatore nazionale nell'esercizio *effettivo* di tale competenza [30]. In applicazione di tale quadro normativo dovrebbe essere riconosciuto, ad esempio in sede di determinazione dei prezzi di trasferimento rilevanti, un certo potere discrezionale [31].

99. In tale contesto, la Corte sottolinea [32] che nell'esame dell'esistenza di un vantaggio fiscale selettivo ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE, e al fine di stabilire l'onere fiscale che deve normalmente gravare su un'impresa, non possono essere presi in considerazione parametri e regole esterni al sistema tributario nazionale di cui trattasi, a meno che quest'ultimo non vi faccia esplicito riferimento. Tale constatazione costituisce un'espressione del principio di legalità dell'imposta, che fa parte dell'ordinamento giuridico dell'Unione in quanto principio generale del diritto. Esso esige che l'obbligo di pagare un'imposta nonché tutti gli elementi chiave che definiscono le caratteristiche fondamentali della stessa siano determinati per legge. Il soggetto passivo deve essere in grado di prevedere e calcolare l'importo dell'imposta dovuta e stabilire il momento in cui essa diverrà esigibile [33]. Inoltre, la Corte sottolinea che l'eventuale fissazione dei metodi e dei criteri che consentono di determinare un risultato di «libera concorrenza» rientra nel potere discrezionale degli Stati membri [34].

100. Un siffatto esame limitato del diritto nazionale si impone dunque anche alla luce dell'interesse dei soggetti passivi alla certezza del diritto. Come già esposto in precedenza (paragrafo 88 e segg.), le decisioni fiscali anticipate, ancor più di altri avvisi di accertamento [35], sono strumenti importanti per garantire la certezza del diritto [36]. Tanto il principio della certezza del diritto quanto il connesso istituto della forza di giudicato di un atto amministrativo verrebbero svalutati se ogni avviso di accertamento erroneo (decisione fiscale anticipata così come un normale avviso di accertamento) potesse essere considerato una violazione della normativa in materia di aiuti.

30 Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa Irlanda/Commissione (C-898/19 P, EU:C:2021:1029, paragrafo 106).

31 Conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P, EU:C:2021:1028, paragrafo 118).

32 Sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 96 e segg.).

33 Sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 97), e dell'8 maggio 2019, Związek Gmin Zagłębia Miedziowego (C-566/17, EU:C:2019:390, punto 39).

34 Sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 95).

35 Secondo la giurisprudenza della Corte, una forza di giudicato degli atti amministrativi non pone problemi, in linea di principio, dal punto di vista del diritto dell'Unione – v. sentenze del 10 marzo 2022, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0177Grossmaniahttp://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0177 (C-177/20, EU:C:2022:175, punto 52); del 12 febbraio 2008, Kempter (C-2/06, EU:C:2008:78, punto 37); del 19 settembre 2006, i-21 Germany e Arcor (C-392/04 e C-422/04, EU:C:2006:586, punto 51), nonché del 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz (C-453/00, EU:C:2004:17, punto 24).

36 V. comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (GU 2016, C 262, pag. 1), punto 169 e segg.

101. Alla luce della summenzionata giurisprudenza (paragrafi 90 e segg.), ritengo, pertanto, che anche l'esame di singoli avvisi di accertamento (avvisi di accertamento normali e decisioni fiscali anticipate) dovrebbe avere luogo soltanto sulla scorta di un criterio di valutazione ristretto, il quale si limiti a un controllo di plausibilità. Ai sensi di quest'ultimo, non ogni applicazione erronea del diritto tributario nazionale dà luogo a un vantaggio selettivo. Solo una deroga manifesta della decisione fiscale anticipata (o dell'avviso di accertamento) al quadro di riferimento esteso alla legislazione tributaria nazionale a favore del soggetto passivo può pertanto costituire un vantaggio selettivo. Qualora una siffatta deroga manifesta non ricorra, l'avviso può eventualmente essere effettivamente illegittimo, ma non costituisce ancora un aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE a causa di tale possibile deroga al quadro di riferimento.

c) Sull'esistenza di un quadro di riferimento determinato correttamente (articolo 164 in combinato disposto con l'articolo 166 della LIR)

102. Alla luce di quanto precede, la Corte non è tenuta a verificare se dal diritto tributario lussemburghese derivi effettivamente la conseguenza giuridica promessa nelle decisioni fiscali anticipate e contestata dalla Commissione. La questione decisiva è unicamente se tale conseguenza giuridica non risulti manifestamente dal diritto tributario lussemburghese.

103. Ciò avverrebbe nel caso in dall'articolo 164 in combinato disposto con l'articolo 166 della LIR risultasse manifestamente un principio di coerenza, quale utilizzato dalla Commissione e dal Tribunale come quadro di riferimento applicabile.

1) Sulla mancata inclusione della direttiva sulle società madri e figlie nel quadro di riferimento (prima parte del primo motivo di impugnazione della Engie)

104. Non è anzitutto censurabile, contrariamente a quanto ritenuto dalla Engie e dal Lussemburgo, la mancata inclusione della direttiva sulle società madri e figlie nel quadro di riferimento. È vero che, ai sensi della direttiva sulle società madri e figlie, fino alla sua modifica nel 2014[37], una previa tassazione degli utili a livello della società figlia non costituiva il presupposto per l'esenzione dei redditi da capitale a livello della società madre.

105. Tuttavia, la determinazione del quadro di riferimento deve essere effettuata prendendo le mosse dal diritto nazionale applicato. Nei confronti del soggetto passivo (nella specie la Engie), una direttiva UE non può però, in linea di principio, essere applicata direttamente, poiché essa si rivolge allo Stato membro. In assenza di una fattispecie transfrontaliera (tutte le società interessate hanno sede in Lussemburgo), la stessa non era neanche applicabile ratione materiae. Di conseguenza, soltanto il diritto lussemburghese (nella specie gli articoli 164 e 166 della LIR) costituisce il corrispondente quadro di riferimento.

106. Ciò non significa, tuttavia, che la direttiva sulle società madri e figlie sia priva di importanza. L'articolo 166 della LIR costituisce infatti – come affermato nuovamente in udienza – una trasposizione della direttiva sulle società madri e figlie nel diritto lussemburghese e disciplina allo stesso modo la fattispecie transfrontaliera e quella interna. Ciò deve essere senz'altro tenuto in considerazione in sede di interpretazione del quadro di riferimento.

[37] V. articolo 1 della direttiva 2014/86/UE del Consiglio, dell'8 luglio 2014, recante modifica della direttiva 2011/96/UE (GU 2014, L 219, pag. 40), avente come termine di recepimento il 31 dicembre 2015.

2) Sul collegamento tra l'articolo 164 e l'articolo 166 della LIR nel diritto lussemburghese (cosiddetto principio di corrispondenza)

107. Inoltre, l'impugnazione della Engie e del Lussemburgo è diretta avverso la constatazione, da parte della Commissione, di un collegamento necessario tra l'articolo 164 e l'articolo 166 della LIR. Se questo effettivamente esistesse, la possibilità di far valere l'esenzione per i redditi da partecipazioni ai sensi del diritto lussemburghese dipenderebbe da una tassazione a livello della società figlia. L'applicazione del privilegio di partecipazione (esenzione fiscale delle distribuzioni all'interno di un gruppo) potrebbe in tal caso costituire un errore di diritto, poiché gli accrescimenti sul prestito ZORA a livello della società figlia non sono rientrati nella base imponibile della tassazione del margine concordata.

108. Si pone pertanto la questione se il diritto tributario del Granducato di Lussemburgo esiga effettivamente una siffatta corrispondente tassazione. Solo in tal caso il Tribunale non sarebbe incorso in un errore di diritto nel ritenere che esso sia il quadro di riferimento corretto (al riguardo, v. ampiamente supra, paragrafi 78 e segg.). Se si applica il criterio di valutazione ristretto proposto in precedenza, la risposta è sicuramente negativa; un collegamento del genere, infatti, non è in ogni caso evidente.

109. Il testo del diritto nazionale (articoli 164 e 166 della LIR) non contiene alcun collegamento tra le due disposizioni. Piuttosto, esse riguardano ciascuna soggetti passivi diversi. Né si evince chiaramente da esso che una distribuzione nascosta di utili ai sensi dell'articolo 164, paragrafo 3, della LIR, come ad esempio un aumento del pagamento degli interessi per un prestito concesso alla società (pagamento imputato nuovamente, in capo alla società figlia, alla base imponibile) debba essere trattata come reddito esente di una partecipazione ai sensi dell'articolo 166 della LIR. Né è vero il contrario, ossia che un reddito esente ai sensi dell'articolo 166 della LIR debba essere trattato come una distribuzione di utili ai sensi dell'articolo 164 della LIR.

110. Tale interpretazione degli articoli 164 e 166 della LIR «suggerita» dalla Commissione, la quale è stata ripresa dal Tribunale, pur potendo essere possibile, non risulta tuttavia dal testo della legislazione nazionale. L'interpretazione contraria (assenza di un principio di corrispondenza, come sostenuto dal Lussemburgo e dalla Engie) è altrettanto possibile ed è persino più in linea con il tenore letterale. Alla luce del fatto che l'articolo 166 della LIR costituisce un recepimento della direttiva sulle società madri e figlie e che neppure quest'ultima prevedeva, al momento dell'adozione delle decisioni fiscali anticipate, una clausola di corrispondenza, anche un'interpretazione conforme alla direttiva depone contro l'interpretazione dell'articolo 166 della LIR effettuata dal Tribunale.

111. Tale conclusione viene confermata persino dalla decisione della Commissione e dalla sentenza del Tribunale. Esse hanno entrambe motivato e affermato, in via alternativa, anche un vantaggio selettivo causato dall'erronea applicazione della disposizione nazionale antiabuso (articolo 6 della StAnpG)[38]. Tuttavia, tale motivazione e tale conclusione possono sussistere, da un punto di vista logico, soltanto se sussistevano i requisiti di legge della «doppia mancata imposizione» a livello della società figlia e a livello della società madre. Evidentemente, tanto la Commissione quanto il Tribunale dubitavano pertanto della necessaria (e dunque manifesta) correttezza della propria interpretazione degli articoli 164 e 166 della LIR.

[38] Il Tribunale ai punti 384 e segg. della sentenza impugnata, la Commissione ai considerando 289 e segg. della decisione controversa.

112. Del resto, un'applicazione erronea degli articoli 164 e 166 della LIR da parte dell'amministrazione finanziaria non può mai costituire un mezzo abusivo da parte del soggetto passivo ai sensi dell'articolo 6 della StAnpG.

113. Pertanto, l'interpretazione seguita dal Lussemburgo nelle decisioni fiscali anticipate non costituisce in ogni caso un'interpretazione manifestamente erronea del diritto nazionale. La Commissione e il Tribunale si sono pertanto basate su un quadro di riferimento errato, poiché il quadro di riferimento da essi utilizzato non risulta manifestamente dal diritto lussemburghese.

114. Secondo una costante giurisprudenza, un errore commesso nella determinazione del sistema di riferimento inficia necessariamente l'intera analisi del requisito relativo alla selettività [39]. Di conseguenza, le impugnazioni della Engie e del Lussemburgo sono fondate già per questo motivo.

d) In subordine: sull'esistenza di un principio di corrispondenza in forza di un'interpretazione dell'articolo 164 in combinato disposto con l'articolo 166 LIR

115. Per contro, qualora il criterio di valutazione non venisse ristretto alla manifesta erroneità delle decisioni fiscali anticipate, la Corte dovrebbe pronunciarsi in dettaglio sull'interpretazione esatta che occorre dare agli articoli 164 e 166 della LIR, al fine di valutare se il Tribunale si sia avvalso del quadro di riferimento corretto. Ciò presuppone conoscenze approfondite del diritto tributario lussemburghese che non pretendo di possedere. Ciononostante, dubito che – come fatto dalla Commissione e dal Tribunale ai punti 292 e segg. – dal combinato disposto degli articoli 164 e 166 della LIR possa essere effettivamente ricavato un principio di corrispondenza. Giustifico siffatti dubbi nel prosieguo con la mia interpretazione, presentata in subordine, del diritto tributario lussemburghese.

116. Come già illustrato supra (paragrafo 109), il tenore letterale depone contro un principio di corrispondenza. L'articolo 166, paragrafo 1, della LIR non opera un collegamento diretto con l'articolo 164 della LIR. Occorre partire dal presupposto che l'articolo 166, paragrafo 1, della LIR disciplini esaustivamente i requisiti cui è subordinata la concessione dell'esenzione per i redditi da partecipazioni. Esso fa tuttavia riferimento unicamente a un periodo minimo di detenzione della partecipazione e a un importo minimo della stessa, ma non a un onere fiscale a monte a carico degli utili distribuiti. Inoltre, dall'articolo 164 della LIR non è dato desumere che i redditi distribuiti a livello della società figlia debbano essere tassati. In particolare, l'articolo 164 della LIR riguarda unicamente la base imponibile (al riguardo supra, paragrafo 95) della società figlia. Base imponibile e onere fiscale sono, nel diritto tributario, due concetti diversi.

117. Dall'altro, anche la ratio e lo scopo delle due disposizioni non esigono necessariamente una siffatta corrispondenza. Ciò risulta già dalla direttiva sulle società madri e figlie, la quale, fino alla sua modifica nel 2014 [40], non conteneva parimenti siffatto requisito. Senza tale norma sulla corrispondenza, la direttiva sulle società madri e figlie forse non era perfetta; le sue disposizioni avevano ciononostante senso e non erano incoerenti. Dal momento che l'articolo 166 della LIR attua in Lussemburgo anche la direttiva sulle società madri e figlie e non distingue al riguardo tra

[39] Sentenze del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 46), e del 28 giugno 2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding)/Commissione (C-203/16 P, EU:C:2018:505, punto 107). In tal senso, in sostanza, anche sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 105).

[40] V. articolo 1 della direttiva 2014/86/UE del Consiglio, dell'8 luglio 2014, recante modifica della direttiva 2011/96/UE (GU 2014, L 219, pag. 40), avente come termine di recepimento il 31 dicembre 2015.

distribuzioni transfrontaliere e interne, detta affermazione della direttiva sulle società madri e figlie (ossia assenza di un principio di corrispondenza in sede di adozione delle decisioni fiscali anticipate) è trasponibile all'interpretazione dell'articolo 166 della LIR.

118. Purtroppo, il Lussemburgo è riuscito solo in parte, in udienza, a illustrare in maniera precisa l'obiettivo dell'articolo 166 della LIR. Tuttavia, neanche l'affermazione della Commissione secondo cui l'articolo 166 della LIR sarebbe incoerente e privo di uno scopo autonomo, è convincente. Di norma, un privilegio di partecipazione (come previsto all'articolo 166 della LIR) persegue due obiettivi. Da un lato, si previene una doppia imposizione economica di un reddito già tassato. Dall'altro, viene in tal modo garantito anche che un'esenzione (personale o sostanziale) a livello della società figlia venga conservata quando quest'ultima ridistribuisce il proprio utile (a quel punto esente) all'azionista (società madre). In tal modo, può essere conseguita una certa parità di trattamento tra strutture societarie articolate su uno e su più livelli, e dunque una certa neutralità della forma giuridica e rispettivamente della forma organizzativa. Questo mi sembra anche il senso della disposizione di cui all'articolo 166 della LIR nel diritto lussemburghese. Esso depone pertanto anche contro un principio di corrispondenza ampio e non scritto.

119. Lo stesso vale alla luce del principio di soggettività tributaria, sul quale è fondata di norma un'imposta sul reddito. La tassazione di un soggetto passivo non dipende normalmente dalla concreta tassazione di un altro soggetto passivo. Il legislatore può sicuramente introdurre, entro certi limiti, una siffatta corrispondenza. In tal caso, tuttavia, la riserva di legge nel diritto tributario (dopotutto un classico diritto di ingerenza) esige che tale corrispondenza si rifletta nel testo della legge.

120. Un principio di corrispondenza non scritto non risulta neanche necessariamente, contrariamente alle affermazioni della Commissione – condivise dal Tribunale – dalla risposta del Granducato di Lussemburgo del 31 gennaio 2018, riportata al considerando 202 della decisione della Commissione. Secondo la medesima, anche tutte le partecipazioni i cui redditi possono beneficiare del regime di esenzione di cui all'articolo 166 della LIR sono contemplate dalle disposizioni dell'articolo 164 della LIR. Ciò nulla dice, tuttavia, su un onere fiscale a monte a livello delle società figlie, bensì conferma unicamente che la distribuzione stessa non può dare luogo a una diminuzione della base imponibile.

121. Infine, neanche dal parere – peraltro non vincolante – del Conseil d'État (Consiglio di Stato, Lussemburgo) del 2 aprile 1965 sulla bozza dell'articolo 166 della LIR può essere desunto un collegamento necessario. È certamente possibile che la ratio e l'obiettivo del privilegio di partecipazione nel diritto lussemburghese sia la prevenzione di una imposizione a catena. Tuttavia, ciò non significa, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, che il diritto lussemburghese non accetterebbe, nel singolo caso concreto, una doppia mancata imposizione. Anche la direttiva sulle società madri e figlie intendeva prevenire una doppia imposizione e, fino alla sua modifica nel 2014, accettava una doppia mancata imposizione a causa del difetto di una clausola di corrispondenza.

122. Tutto ciò mostra che il principio di corrispondenza non scritto adottato dalla Commissione e dal Tribunale non può essere inserito in via esegetica nel diritto lussemburghese quale quadro di riferimento. È vero che, in tal modo, potrebbero essere colmate lacune sotto il profilo fiscale, causate ad esempio da strumenti di finanziamento ibridi. Come tuttavia dichiarato a più riprese

dalla Corte [41], gli organi dell'Unione come la Commissione o il Tribunale non possono configurare un diritto tributario ideale attraverso la normativa in materia di aiuti. Ciò spetta in ultima analisi, nel diritto tributario non armonizzato, al legislatore nazionale.

123. In definitiva, la Commissione e, seguendo il suo ragionamento, anche il Tribunale, non hanno tenuto conto del fatto, in sede di determinazione ed applicazione del quadro di riferimento, che la presunta doppia mancata imposizione non risulta affatto dall'applicazione degli articoli 164 e 166 della LIR. Da un lato, vengono tassate le società figlie, ma appunto soltanto in maniera estremamente bassa. Dall'altro, persino qualora gli accrescimenti sul prestito ZORA a livello della società figlia dovessero essere considerati distribuzioni di utili (manifeste o dissimulate), l'articolo 164 della LIR non sarebbe rilevante nel caso di specie. Esso lo sarebbe solo se gli accrescimenti sul prestito ZORA avessero diminuito la base imponibile per la tassazione. Ciò sarebbe forse avvenuto nell'ambito di una tassazione normale con l'imposta sulle società. Nella specie, il risultato, senz'altro strano (livello di tassazione estremamente basso delle società figlie operative), consegue invece unicamente dalla tassazione del margine, la quale è stata concordata con l'amministrazione finanziaria lussemburghese.

124. Di conseguenza, la Commissione e il Tribunale si sono avvalsi del quadro di riferimento errato (articoli 164 e 166 della LIR anziché base giuridica per la pattuizione del margine) e lo hanno poi peraltro determinato in maniera erronea (ritenendo sussistente un principio di corrispondenza non scritto). Pertanto, l'intero esame del criterio relativo alla selettività è viziato. Anche sotto questo profilo, le impugnazioni della Engie e del Lussemburgo sono fondate.

e) Sull'eventuale incoerenza del diritto tributario lussemburghese a causa dell'assenza di una clausola di corrispondenza sostanziale

125. La Commissione ha lasciato altresì intendere, infine, che il diritto tributario lussemburghese, senza una siffatta clausola di corrispondenza, sarebbe incoerente e costituirebbe pertanto, in quanto tale, un aiuto [42].

126. Ciò non inciderebbe tuttavia per due motivi sulla conclusione di cui sopra (paragrafo 124). Da un lato, la decisione controversa della Commissione e la sentenza impugnata del Tribunale non riguardano la legislazione lussemburghese quale regime di aiuti, bensì unicamente le decisioni fiscali anticipate in quanto aiuti individuali (v., al riguardo, anche supra, paragrafi 86 e segg.). Pertanto, l'assenza di una clausola di corrispondenza prevista dalla legge non sarebbe oggetto della controversia.

127. Dall'altro, una legge tributaria nazionale che può dare luogo ad una mancata imposizione in caso di applicazione di strumenti di finanziamento ibridi, non è di per sé incoerente.

128. È vero che il Tribunale, al punto 293 della sentenza impugnata, ha correttamente sottolineato che nella suesposta interpretazione può avere luogo, ai sensi del diritto tributario lussemburghese, una doppia mancata imposizione di utili. In effetti, l'esenzione a livello della società beneficiaria della distribuzione ai sensi dell'articolo 166, paragrafo 1, punto 2, della LIR sembra essere indipendente dal destino fiscale degli utili distribuiti a livello della società distributrice. Ciò non comporta, tuttavia, uno sconfinamento nell'incoerenza.

[41] In tal senso, ad esempio, sentenze dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 93 e segg.); del 16 marzo 2021, Commissione/Polonia (C-562/19 P, EU:C:2021:201, punto 38 e segg.), nonché del 16 marzo 2021, Commissione/Ungheria (C-596/19 P, EU:C:2021:202, punto 44 e segg.).

[42] V. considerando 184 e 185 della decisione controversa e le osservazioni svolte in udienza.

129. Da un lato, un siffatto privilegio di partecipazione è ampiamente diffuso e consueto a livello internazionale. Nel contesto transfrontaliero, ciò è reso evidente già dall'esistenza della direttiva sulle società madri e figlie, la quale è basata su un'idea analoga e fino al 2014 non conteneva neanch'essa una clausola di corrispondenza sostanziale. Dall'altro lato, gli Stati membri sono liberi, in linea di principio, nella configurazione esatta di un siffatto privilegio di partecipazione. Al riguardo, è trasponibile la giurisprudenza della Corte relativa alle norme nazionali sull'imputazione nel contesto transfrontaliero, la cui esatta configurazione spetta parimenti agli Stati membri [43].

130. Vero è che, in un'ottica di politica del diritto e alla luce degli sforzi su scala mondiale per promuovere un sistema fiscale equo, i cosiddetti redditi bianchi dovrebbero essere evitati il più possibile. La neutralizzazione di siffatti disallineamenti – in particolare transfrontalieri –, è un obiettivo sia dell'OCSE [44] sia dell'Unione europea [45].

131. Nella specie, da un lato, è tuttavia già dubbio se si possa parlare in generale di cosiddetti redditi bianchi (redditi completamente sottratti all'imposizione fiscale); gli utili della società figlia, infatti, non restano del tutto esenti. Piuttosto, essi vengono tassati, secondo le decisioni anticipate, in un altro modo (tassazione speciale del margine). Dall'altro lato, le misure dell'OCSE e dell'Unione europea hanno come destinatarie unicamente configurazioni ibride, risultanti dalle interazioni (non concordate) tra i regimi di tassazione delle società di più Stati membri o Stati terzi. Non vengono prese in considerazione, per contro, quelle incongruenze che hanno la loro origine in regimi tributari meramente nazionali. Al riguardo, può effettivamente essere auspicabile, da un punto di vista di politica del diritto – ed è nel frattempo ampiamente diffuso anche a livello internazionale –, prevenire il sorgere di redditi bianchi tramite concrete clausole di corrispondenza sostanziali.

132. Evidentemente, anche in Lussemburgo è stata introdotta una clausola del genere per il futuro, ai fini della conseguente attuazione della direttiva sulle società madri e figlie, modificata nel 2014. Tuttavia, ciò modifica il quadro di riferimento soltanto per il futuro.

133. Di conseguenza, continua a trattarsi di una decisione spettante al legislatore nazionale. Quest'ultimo – e non la Commissione o i giudici dell'Unione – deve decidere se e in quali situazioni debba essere introdotta una clausola di corrispondenza sostanziale.

3. Sintesi del primo motivo di impugnazione

134. Resta dunque il fatto che solo il legislatore tributario lussemburghese poteva provvedere per legge affinché una corrispondente tassazione tra società distributrice e società destinataria costituisse il quadro di riferimento per la tassazione normale all'interno del Lussemburgo. Poiché ciò non è avvenuto ovvero è avvenuto solo in un momento successivo, la Commissione si è

[43] In tal senso, espressamente, sentenza del 15 settembre 2022, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0705Fossil (Gibraltar)http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62020CJ0705 (C-705/20, EU:C:2022:680, punto 60).

[44] V. relazione finale dell'OCSE «Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2» (neutralizzazione degli effetti degli accordi sui disallineamenti da ibridi, azione 2), accessibile su https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralisierung-der-effekte-hybrider-gestaltungen-aktionspunkt-2-abschlussbericht-2015_9789264263185-de#page1.

[45] V. articolo 9 della 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 2016, L 193, pag. 1) e considerando 2 della direttiva 2014/86/UE del Consiglio, dell'8 luglio 2014, recante modifica della direttiva 2011/96/EU (GU 2014, L 219, pag. 40).

fondata, invece che sul diritto tributario nazionale vigente, su un regime tributario forse preferibile, ma in definitiva fittizio. Come già illustrato in precedenza (paragrafo 72 e segg.), ciò non è consentito dalla normativa in materia di aiuti.

135. Il primo motivo di impugnazione è pertanto fondato. Il Tribunale è incorso in un errore di diritto nel presupporre, in sede di determinazione del quadro di riferimento, un collegamento necessario tra l'articolo 164 e l'articolo 166 della LIR, e quindi da un principio di corrispondenza. Tale collegamento non è evidente (paragrafo 107 e segg.) né, a un'analisi più attenta, risulta dal testo, dalla ratio e dall'obiettivo delle disposizioni nazionali o dalla giurisprudenza costante dei giudici lussemburghesi (paragrafo 115 e segg.).

B. Sul secondo motivo di impugnazione: interpretazione erronea dell'articolo 107 TFUE facente ricorso all'articolo 6 della StAnpG quale quadro di riferimento

136. Il Tribunale ha peraltro rigettato in via alternativa un ulteriore motivo di ricorso anche in quanto le autorità fiscali lussemburghesi non avrebbero applicato la disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG, sebbene ne ricorressero i presupposti.

137. Con il secondo motivo di impugnazione, la Engie e il Lussemburgo affermano pertanto che il Tribunale è incorso in un errore di diritto del Tribunale nel respingere il loro motivo di ricorso dedotto in primo grado, secondo il quale non sarebbe sussistita una violazione dell'articolo 107 TFUE. La mancata applicazione dell'articolo 6 della StAnpG nel caso concreto non costituirebbe una deroga al quadro di riferimento corrispondente al diritto lussemburghese.

138. Ai sensi della disposizione generale lussemburghese sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG, un obbligo fiscale non può essere eluso o ridotto attraverso l'utilizzo abusivo di forme e di facoltà previste dal diritto civile. In caso di abuso, le imposte devono essere riscosse nello stesso modo in cui sarebbero riscosse nel contesto di una struttura giuridica adattata alle operazioni, ai fatti e alle circostanze economiche.

139. Nel caso di specie, la Corte è investita per la prima volta della questione di stabilire se l'applicazione erronea ovvero la mancata applicazione di una disposizione nazionale generale sulla prevenzione dell'abuso nel diritto tributario (nella specie l'articolo 6 della StAnpG) costituisca un aiuto ai sensi dell'articolo 107 TFUE.

1. Accertamenti del Tribunale

140. Il Tribunale parte dal presupposto, al punto 384 e segg., che la Commissione abbia dimostrato il soddisfacimento dei quattro requisiti per la sussistenza di un abuso ai sensi dell'articolo 6 della StAnpG, elaborati dalla giurisprudenza finanziaria lussemburghese. L'interpretazione della disposizione sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG non presenterebbe parimenti alcuna difficoltà di interpretazione, cosicché non sarebbe stato necessario esaminare la prassi dell'amministrazione lussemburghese (punto 409 della sentenza impugnata).

141. La Commissione e, seguendo il suo ragionamento, il Tribunale (punto 388), ritengono in particolare che fossero disponibili altri strumenti di finanziamento (meri strumenti di capitale o di prestito) che non avrebbero comportato una mancata imposizione degli utili realizzati a livello delle società figlie. Così, il prestito ZORA avrebbe potuto essere emesso anche direttamente dalla

rispettiva società madre a favore della rispettiva società figlia. Si sarebbe pervenuti a una tassazione adeguata anche in caso di ricorso a un prestito convertibile senza intervento di una società intermediaria.

142. Di conseguenza, le decisioni fiscali anticipate non avrebbero potuto essere emesse in tale forma. Piuttosto, l'amministrazione finanziaria lussemburghese avrebbe dovuto applicare la disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG. Il Granducato di Lussemburgo, avendo omesso di applicare tale disposizione, avrebbe concesso alla Engie un vantaggio fiscale selettivo.

2. Valutazione

143. La Engie e il Lussemburgo sostengono, in definitiva, che il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto, in sede di determinazione del quadro di riferimento, che una considerazione della prassi amministrativa lussemburghese da parte della Commissione non sarebbe stata necessaria. Inoltre, la Commissione e il Tribunale, nell'interpretare le quattro condizioni cumulative richieste per ritenere sussistente un abuso nonché nel sussumere la situazione specifica in tali condizioni, sarebbero incorsi in diversi errori manifesti di interpretazione ed applicazione.

144. Poiché la Commissione e, sulla sua scorta, il Tribunale, lamentano una violazione del divieto di aiuti a causa della mancata applicazione di una disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso, è opportuno svolgere anzitutto talune considerazioni in relazione a tale approccio e al criterio di valutazione applicabile (v. al riguardo sub a), al fine di individuare il quadro di riferimento corretto. Occorre poi verificare se il Tribunale, nel caso di specie, sia ricorso al quadro di riferimento corretto (v. al riguardo sub b).

a) Valutazione sotto il profilo della normativa in materia di aiuti di disposizioni tributarie generali sulla prevenzione dell'abuso

145. Solo qualora l'amministrazione finanziaria lussemburghese avesse dovuto applicare la disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso ai sensi dell'articolo 6 della StAnpG al momento dell'adozione delle decisioni anticipate viene in considerazione una deroga al quadro di riferimento (articolo 6 della StAnpG). Anche a tale riguardo, la Commissione e il Tribunale eccepiscono tuttavia, in sostanza, soltanto un semplice errore in sede di applicazione del diritto lussemburghese. Tuttavia ciò non è sufficiente a dar luogo a un vantaggio selettivo (v. supra, paragrafo 89 e segg.).

146. Oltretutto, nel caso delle disposizioni generali sulla prevenzione dell'abuso (cosiddette GAAR[46]), sussiste necessariamente un potere discrezionale in sede di applicazione del diritto, analogo a quello in capo all'amministrazione finanziaria in sede di determinazione del prezzo di trasferimento «corretto»[47].

[46] General Anti-Abuse Rule, come previste nel frattempo anche nel diritto dell'Unione – v., ex multis, articolo 6 dell'ATAD I [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 2016, L 193, pag. 1].

[47] V., al riguardo, sentenza dell'8 novembre 2022, Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P e C-898/19 P, EU:C:2022:859, punto 95); ancora più nettamente le conclusioni dell'avvocato generale Pikamäe nella causa Fiat Chrysler Finance Europe/Commissione (C-885/19 P, EU:C:2021:1028, paragrafo 118, secondo cui le autorità tributarie nazionali dispongono di un potere discrezionale a causa del *carattere approssimativo* dei metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento).

147. Non solo la nozione di abuso è soggetta in maniera particolare alle valutazioni dell'ordinamento giuridico del rispettivo Stato membro. L'accertamento di un abuso dipende inoltre fortemente, di per sé, dal singolo caso concreto.

148. Al questo proposito, pare dubbia l'affermazione del Tribunale di cui al punto 409 della sentenza impugnata, secondo la quale «la disposizione sull'abuso di diritto non poneva alcuna difficoltà di interpretazione nel presente caso». Non sembra esistere alcuna disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso nel diritto tributario, la quale non presenti difficoltà di interpretazione [48]. Ciò vale a maggior ragione in quanto già l'interpretazione delle norme tributarie lussemburghesi apparentemente applicate in maniera abusiva ha procurato difficoltà al Tribunale (v. supra, paragrafo 94 e segg.).

149. Solo in un numero estremamente ridotto di casi, l'applicazione di una disposizione sulla prevenzione dell'abuso dovrebbe essere obbligatoria. Può trattarsi unicamente di fattispecie evidenti in quanto già chiarite dalla giurisprudenza finanziaria degli Stati membri (non della Commissione o del Tribunale). Ciò vale a maggior ragione alla luce del fatto che, secondo la giurisprudenza della Corte, il soggetto passivo è addirittura libero, nel diritto dell'Unione, entro i limiti di legge, di scegliere la costruzione fiscale a lui più favorevole [49].

150. Alla luce delle peculiarità delle disposizioni generali sulla prevenzione dell'abuso, in sede di controllo, sotto il profilo della normativa in materia di aiuti, dell'applicazione di disposizioni generali sull'abuso, il parametro di controllo deve essere a maggior ragione ridotto a un mero esame di plausibilità. Si deve pertanto trattare di un'applicazione manifestamente erronea della disposizione sulla prevenzione dell'abuso. Si può presumere che ciò si verifichi se non può essere spiegato in modo plausibile a nessuno il motivo per cui, nel caso concreto, non dovrebbe sussistere un abuso.

b) Applicazione di tali principi al caso concreto

151. La Commissione e, seguendo il suo ragionamento, il Tribunale (punto 398 e segg.), si basano correttamente su un quadro di riferimento corrispondente all'articolo 6 della StAnpG. Ai sensi dell'articolo 6 della StAnpG, ricorre un abuso se sono soddisfatti quattro criteri cumulativi, ossia l'utilizzo di forme e di istituti di diritto privato, la riduzione dell'onere fiscale, l'utilizzo di mezzi legali non adeguati e l'assenza di motivi extrafiscali.

152. Il quadro di riferimento può pertanto essere determinato concretamente, nella fattispecie, solo laddove sia certo come debba essere inteso l'«abuso» nel diritto tributario lussemburghese. L'articolo 6 della StAnpG non definisce la nozione di abuso. Una determinazione della nozione di abuso nel diritto tributario lussemburghese e dunque del quadro di riferimento avrebbe

[48] In tal senso, gli Stati membri, come la Repubblica federale di Germania, la quale ha già una lunga tradizione con simili disposizioni, continuano ad avere difficoltà nel procedere a una corretta interpretazione. Ciò è dimostrato dall'elevato numero di decisioni giudiziarie e dalla lunghezza dei relativi commenti – v., ex multis, Peter Fischer in *Hübschmann/Hepp/Spitaler (a cura di)*, AO/FGO-Kommentar, § 42 AO (stato: novembre 2022 – 200 pagine); Klaus-Dieter Drüen in *Tipke/Kruse (a cura di)*, AO/FGO-Kommentar, § 42 AO (stato: settembre 2022 – 85 pagine).
Analogamente, la Corte è stata investita ripetutamente di questioni concernenti l'interpretazione del divieto generale di costruzioni abusive nel diritto dell'Unione, la cui soluzione è talmente complessa da essere stata affidata alla Grande Sezione – v., ex multis, sentenze del 26 febbraio 2019, T Danmark e Y Denmark (C-116/16 e C-117/16, EU:C:2019:135); del 26 febbraio 2019, N Luxembourg 1 e a. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 e C299/16, EU:C:2019:134), nonché del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544).

[49] V. sentenze del 17 dicembre 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punto 42); del 22 dicembre 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804, punto 27); del 12 settembre 2006, Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punto 36), nonché del 21 febbraio 2006, Halifax e a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punto 73).

necessariamente presupposto un'analisi tanto della giurisprudenza lussemburghese quanto della prassi amministrativa lussemburghese. Il Tribunale è quindi già incorso in un errore di diritto, al punto 409 della sentenza impugnata, partendo dal presupposto che una considerazione della prassi amministrativa non sia necessaria, poiché la disposizione sulla prevenzione dell'abuso non porrebbe alcuna difficoltà di interpretazione nel presente caso.

153. È vero che, al punto 409 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ricordato che la Commissione, nella sua decisione, ha fatto riferimento tanto a una nota dell'amministrazione lussemburghese quanto alla prassi giudiziaria lussemburghese. Tuttavia, dai passaggi di cui trattasi della decisione della Commissione (punti da 293 a 298), richiamati dal Tribunale, emerge unicamente che la Commissione ha analizzato in generale i quattro presupposti per l'applicabilità dell'articolo 6 della StAnpG, e non, per contro, la questione del modo in cui l'amministrazione finanziaria lussemburghese tratti costruzioni fiscali analoghe.

154. Inoltre, il Tribunale è incorso in un errore di diritto sostituendo la propria interpretazione a quella dell'amministrazione finanziaria lussemburghese. Si impone, per contro, un esame della decisione dell'amministrazione finanziaria lussemburghese per individuare errori manifesti (v. supra paragrafo 150).

155. Nel caso di specie, non è tuttavia evidente che avrebbe dovuto essere applicata la disposizione sulla prevenzione dell'abuso. In particolare, non è evidente che l'interpretazione della Commissione e del Tribunale risulti effettivamente in questi termini dal diritto lussemburghese. Ciò è esemplificato dalle affermazioni svolte in relazione al criterio dell'utilizzo di mezzi legali non adeguati. Secondo la giurisprudenza lussemburghese, alla quale la Commissione fa riferimento, tale criterio deve essere interpretato nel senso che viene reso possibile un trattamento fiscale che si pone in diretto contrasto con la manifesta intenzione del legislatore corrispondente allo scopo o allo spirito della legge. Stando alle affermazioni del Lussemburgo, devono esistere quantomeno due possibilità di conseguire il risultato economico perseguito, una delle quali sarebbe inadeguata e generatrice di un vantaggio fiscale che non sarebbe stato possibile avvalendosi della possibilità adeguata.

156. Su tale base, il Tribunale (punto 445 e segg.) verifica se, ricorrendo a strumenti di finanziamento alternativi, sarebbe stata evitata, in sostanza, una doppia mancata imposizione. Al riguardo, il Tribunale prende in considerazione un finanziamento con uno strumento di capitale, con un prestito non convertibile, nonché con un prestito ZORA diretto, concluso direttamente tra la società madre e la società figlia. Stando agli accertamenti del Tribunale, in tutti questi casi sarebbe stata realizzata una tassazione unica; tale circostanza ha peraltro continuato ad essere contestata in udienza dal Lussemburgo e dalla Engie.

157. Il Tribunale è incorso al riguardo in un errore di diritto sotto un duplice profilo. Anzitutto, esso ha applicato in modo manifestamente erroneo, al pari della Commissione, le disposizioni lussemburghesi alle quali quest'ultima ha fatto ricorso come quadro di riferimento, e si è dunque fondato su un quadro di riferimento errato. La condizione prevista dall'articolo 6 della StAnpG è che la struttura scelta costituisca un mezzo legale non adeguato. Il Tribunale e la Commissione hanno tuttavia verificato, viceversa, se *altre* possibilità di finanziamento sarebbero invece state adeguate. La conclusione a contrario che la costruzione scelta dalla Engie sia quindi effettivamente inadeguata non è tuttavia necessariamente vera.

158. Vi è inoltre disaccordo sulla questione di stabilire se anche ricorrendo a un prestito ZORA diretto, ossia senza intervento di una società intermediaria, potrebbe avere luogo una doppia mancata imposizione, poiché la Commissione e, seguendo il suo ragionamento, il Tribunale (punto 441 e segg.), ravvisano l'inadeguatezza proprio nella complessità della struttura. Ciò non è, a mio avviso, evidente, ed esclude pertanto un abuso manifesto. La Engie e la Commissione sono in particolare in disaccordo sul ruolo dell'articolo 22bis della LIR. Ai sensi di tale disposizione, la conversione di un prestito non conduce, in presenza di determinati presupposti, alla realizzazione di plusvalenze. In tale contesto, sembra essere dubbio – come è emerso anche dall'udienza – se l'articolo 22bis della LIR sia in generale applicabile e quali sarebbero in sostanza i suoi effetti. La Corte stessa non può valutarlo nella fattispecie. Nel caso di simili difficoltà di interpretazione del diritto nazionale, non si può parlare di un abuso manifesto.

159. Nel caso concreto, non è appunto evidente che solo a causa di un finanziamento tramite uno strumento di finanziamento convertibile con una struttura di partecipazione articolata su più livelli sussisterebbe una contraddizione evidente con l'intenzione del legislatore, tanto più che entrambi sono consueti nelle strutture societarie. A ciò si aggiunge il fatto, a un esame più attento, che non ricorre una doppia mancata imposizione a causa della tassazione del margine delle società figlie. Piuttosto, siamo in presenza di un livello di tassazione molto basso a causa della tassazione del margine concordata, che la Commissione non ha tuttavia preso in considerazione nella decisione controversa (v. supra, paragrafi 84 e 85).

160. Un aiuto vietato in relazione a una disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso può infine essere ritenuto sussistente solo se la costruzione interessata non era accessibile in egual misura a tutte le imprese, in quanto l'amministrazione finanziaria dello Stato membro avrebbe applicato la disposizione sulla prevenzione dell'abuso in casi analoghi.

161. La Commissione deve pertanto dimostrare che l'amministrazione finanziaria lussemburghese avrebbe applicato l'articolo 6 della StAnpG in casi analoghi sotto il profilo giuridico o fattuale. Non è sufficiente accertare che la disposizione sulla prevenzione dell'abuso è stata applicata in generale nei confronti di altri soggetti passivi. Come illustrato correttamente dalla Engie, da ciò non risulta che la mancata applicazione della disposizione sulla prevenzione dell'abuso sia discriminatoria nel caso concreto.

162. Di conseguenza, nella fattispecie, la mancata applicazione dell'articolo 6 della StAnpG al momento dell'adozione delle decisioni fiscali anticipate non costituisce un vantaggio selettivo a favore della Engie.

3. Sintesi

163. Anche il secondo motivo di impugnazione è pertanto fondato. La Commissione e il Tribunale, che ne ha confermato la decisione, avendo proceduto a una propria interpretazione della disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso di cui all'articolo 6 della StAnpG al fine di determinarne il presunto ambito di applicazione, si sono basati sul criterio di valutazione errato. Essi avrebbero dovuto basarsi invece sulla prassi amministrativa lussemburghese e sull'interpretazione in Lussemburgo. In tale contesto, l'esistenza di un abuso secondo il diritto lussemburghese non è evidente né è stata dimostrata dalla Commissione. Ciò è stato travisato dal Tribunale al punto 472 della sentenza impugnata.

C. In subordine: sul terzo motivo di impugnazione – Violazione dei principi generali della tutela del legittimo affidamento

164. Con il suo terzo motivo di impugnazione, la Engie fa valere che l'ordine di restituzione dell'aiuto viola i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto. Il Lussemburgo solleva parimenti tale censura nell'ambito del suo secondo motivo di impugnazione. Non occorre tuttavia analizzare in maniera più approfondita siffatto motivo di impugnazione. L'annullamento della sentenza impugnata consegue infatti già dalla fondatezza dei primi due motivi di impugnazione.

165. Qualora tuttavia la Corte, in relazione alla disposizione generale sulla prevenzione dell'abuso, non dovesse applicare il criterio di valutazione moderato e concludere nel senso della sussistenza di una costruzione abusiva ai sensi dell'articolo 6 della StAnpG, si porrebbe allora la questione della tutela del legittimo affidamento. Per questo motivo è opportuno, a sua volta, svolgere al riguardo alcune considerazioni in subordine.

166. Secondo costante giurisprudenza della Corte, la soppressione di un aiuto illegittimo mediante il recupero è la logica conseguenza della constatazione della sua illegalità [50].

167. L'obbligo di recupero viene limitato in particolare dal principio della tutela del legittimo affidamento, il quale costituisce un principio generale del diritto dell'Unione ai sensi dell'articolo 16 del regolamento 2015/1589. Dalla costante giurisprudenza della Corte risulta tuttavia che un recupero per considerazioni legate alla tutela del legittimo affidamento è escluso solo in casi eccezionali. In tal senso, la Corte ha dichiarato che il principio della tutela del legittimo affidamento può essere fatto valere soltanto dal soggetto nel quale un organo dell'Unione, fornendogli precise assicurazioni, abbia fatto nascere fondate aspettative [51].

168. Per contro, alla luce del principio di effettività, le assicurazioni dello Stato membro non dovrebbero essere sufficienti [52]. Ciò significherebbe che la mera circostanza che in una decisione fiscale anticipata sia stata promessa dalle autorità nazionali un determinato trattamento fiscale non potrebbe giustificare, nell'ottica del diritto dell'Unione, la tutela del legittimo affidamento.

169. Le decisioni fiscali anticipate sono tuttavia uno strumento classico inteso a garantire la certezza del diritto da parte dell'amministrazione finanziaria nazionale, come riconosciuto anche dalla Commissione (v. supra, paragrafo 88 e segg.). Se qualsivoglia applicazione erronea del diritto da parte di un'autorità a favore del soggetto passivo impedisse una tutela del legittimo affidamento, il carattere definitivo delle corrispondenti decisioni verrebbe fortemente limitata, il che sarebbe a sua volta in contrasto con il principio della certezza del diritto.

170. Qualora, tuttavia, la Corte segua il criterio di valutazione ristretto proposto nella fattispecie per gli errori di diritto, tale problematica viene meno. Se l'errore in sede di applicazione del diritto tributario nazionale non è manifesto, un aiuto di per sé non sussiste. Per contro, un aiuto può sussistere qualora un errore di diritto sia manifesto e non possa neanche essere spiegato in modo plausibile a un terzo. In tal caso, la «violazione di legge» è riconoscibile anche per il soggetto

[50] Fondamentale: sentenza del 21 marzo 1990, Belgio/Commissione (C-142/87, EU:C:1990:125, punto 66).

[51] V., ad esempio, sentenza del 22 giugno 2006, Belgio e Forum 187/Commissione (C-182/03 e C-217/03, EU:C:2006:416, punto 147); del 16 dicembre 2010, Kahla/Thüringen Porzellan/Commissione (C-537/08 P, EU:C:2010:769, punto 63 e la giurisprudenza ivi citata), nonché del 5 marzo 2019, Eesti Pagar (C-349/17, EU:C:2019:172, punto 97).

[52] V., ad esempio, sentenza del 20 marzo 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, EU:C:1997:163, punto 34 e segg.), in larga misura anche sentenza del 26 aprile 2018, ANGED (C-233/16, EU:C:2018:280, punto 75 e segg.).

passivo. L'affidamento di quest'ultimo non è, in tal caso, meritevole di tutela. Su ciò non influisce più neanche l'assicurazione sotto forma di atto amministrativo (in tal caso manifestamente illegittimo).

D. Sui motivi di impugnazione ulteriori del Lussemburgo

171. Con il suo terzo motivo di impugnazione, il Lussemburgo lamenta la violazione degli articoli 4 e 5 TUE, sostenendo che il Tribunale ha compiuto un'ingerenza nell'autonomia fiscale degli Stati membri. Con il quarto motivo di impugnazione, il Lussemburgo contesta la violazione dell'obbligo di motivazione da parte del Tribunale. Non è necessario analizzare in maniera approfondita questi motivi di impugnazione. L'annullamento della sentenza impugnata consegue infatti già dalla fondatezza dei primi due motivi di impugnazione.

E. Sul ricorso dinanzi al Tribunale

172. Ai sensi dell'articolo 61, paragrafo 1, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, in caso di annullamento della decisione del Tribunale, la Corte può statuire definitivamente sulla controversia qualora lo stato degli atti lo consenta, oppure rinviare la causa al Tribunale affinché sia decisa da quest'ultimo.

173. Si potrebbe dubitare, nel caso di specie, che la causa sia matura per la decisione, in quanto la Commissione, nella sua decisione, aveva desunto la selettività seguendo quattro percorsi diversi. La Engie e il Lussemburgo contestano, con i loro ricorsi, tutte queste linee argomentative. Il Tribunale, nella sua sentenza (punto 382 in combinato disposto con i punti 230 e 231) ha affermato che quando il dispositivo di una decisione della Commissione si basa su diversi punti della motivazione ognuno dei quali sarebbe sufficiente di per sé a costituire il fondamento del dispositivo, tale atto può essere annullato in linea di principio soltanto se ognuno dei suddetti punti è affetto da illegittimità.

174. Pertanto, il Tribunale, nella sua sentenza, ha esaminato unicamente le linee argomentative della Commissione relative agli articoli 164 e 166 della LIR e all'applicazione erronea dell'articolo 6 della StAnpG, ed è pervenuto alla conclusione che la selettività sussiste secondo entrambi gli approcci. Il Tribunale non ha esaminato i due restanti percorsi attraverso cui desumere la selettività [53]. Un annullamento della decisione della Commissione viene tuttavia in considerazione solo se queste due linee argomentative non portano a una selettività del trattamento fiscale accordato dalle decisioni fiscali anticipate.

175. Secondo la Corte, in un caso del genere, lo stato degli atti può ciononostante consentire di statuire sul ricorso se i restanti motivi di ricorso sono stati oggetto di discussione in contraddittorio dinanzi al Tribunale e il loro esame non richiede l'adozione di alcuna ulteriore misura di organizzazione del procedimento o di istruzione del fascicolo [54].

176. Nel caso specie ricorre una siffatta ipotesi. Tutti i motivi di ricorso della Engie concernenti la selettività del trattamento fiscale accordato dalle decisioni fiscali anticipate sono stati, quantomeno nel corso del procedimento, oggetto di discussione dinanzi al Tribunale, poiché la Engie, con il proprio ricorso, ha contestato tutte le possibilità di pervenire alla selettività. Inoltre,

[53] V., al riguardo, paragrafo 177 e paragrafi 46 e segg.

[54] Sentenza dell'8 settembre 2020, Commissione e Consiglio/Carreras Sequeros e a. (C-119/19 P e C-126/19 P, EU:C:2020:676, punto 130).

è vero che le parti sono in disaccordo sul modo in cui deve essere interpretato il diritto nazionale del Granducato di Lussemburgo. Tuttavia, non sono necessari mezzi istruttori al fine di risolvere la controversia. Infine, in relazione ai due percorsi per desumere la selettività non esaminati dal Tribunale rilevano, in sostanza, le stesse considerazioni fondamentali e gli stessi fatti che per il quadro di riferimento limitato, il quale deve essere comunque esaminato dettagliatamente dalla Corte. Qualora, per siffatti motivi, la decisione dovesse risultare legittima, l'impugnazione sarebbe infondata.

177. Svolgerò pertanto nel prosieguo talune considerazioni sulla selettività del trattamento fiscale concesso dagli avvisi di accertamento, nella misura in cui essa, secondo la Commissione, sia ricavabile da un quadro di riferimento esteso costituito dall'intero regime di imposizione delle società (v. al riguardo sub 1). Infine, verificherò anche se la Commissione abbia illustrato in maniera comprensibile una selettività alla luce del quadro di riferimento esteso in relazione al gruppo Engie, costituito nella specie dalle società madri interessate, dalle società intermediarie e dalle società figlie (al riguardo sub 2.).

1. Selettività valutata alla luce di un quadro di riferimento esteso

178. Nella sua decisione (punto 171 e segg.), la Commissione si basa principalmente sul presupposto che il quadro di riferimento sia composto dal sistema generale lussemburghese di imposizione delle società e perviene così parimenti a una selettività della mancata imposizione dei redditi provenienti da capitali a livello della LNG Holding.

179. L'esenzione dei redditi da partecipazioni risulta da un'applicazione – ad avviso della Commissione errata – del privilegio di partecipazione ai sensi dell'articolo 166 della LIR. L'addebito mosso dalla Commissione è dunque a sua volta che i redditi da partecipazioni sono stati trattati come esenti sebbene l'equivalente economico sotto forma degli accrescimenti sul prestito ZORA fosse deducibile dalla base imponibile della LNG Supply.

180. Come già illustrato, dal diritto nazionale del Granducato di Lussemburgo non è desumibile un siffatto principio di corrispondenza (v. supra, paragrafo 102 e segg. e paragrafo 115 e segg.). Pertanto, neanche il ricorso all'intero sistema lussemburghese di imposizione delle società quale quadro di riferimento modifica la conclusione raggiunta sopra.

181. Il privilegio di partecipazione (esenzione delle distribuzioni di utili alla società madre) deve essere inteso come componente inerente al quadro di riferimento stesso anche nel caso di ricorso all'intero sistema lussemburghese di imposizione delle società. Esso rientra dunque nella sovranità fiscale del Lussemburgo. Il Lussemburgo poteva quindi decidere se prevedere o meno una siffatta disposizione intesa a prevenire una doppia imposizione economica nelle strutture del gruppo e rispettivamente la sua esatta configurazione.

182. Qualora tale disposizione – come esposto poc'anzi – sia pertinente, non viene allora in considerazione, neanche facendo ricorso all'intero sistema lussemburghese di imposizione delle società, un trattamento selettivo, favorevole, tramite l'applicazione di detta disposizione.

2. Selettività valutata alla luce degli effetti del trattamento fiscale sull'intero gruppo di società

183. Infine, nella decisione controversa (punti 237 e segg.), la Commissione desume una selettività del trattamento fiscale della ENGIE da un approccio riferito al gruppo. Il punto di partenza di tale linea argomentativa è identico al ricorso all'intero sistema di imposizione delle società quale quadro di riferimento. La Commissione amplia tuttavia la prospettiva, in quanto fa qui riferimento alla base imponibile complessiva del gruppo ENGIE.

184. La Commissione allega che i regimi di aiuto non sarebbero applicabili a singole società di un'impresa, bensì che occorre fare ricorso alla nozione di impresa rilevante nel diritto della concorrenza. Tutte le società interessate nella specie sarebbero parte di un'impresa in senso concorrenziale. Il già descritto trattamento fiscale che ne risulta non avrebbe, diversamente dalle decisioni della Commissione sulla Groepsrentebox[55] e sulla Fiat[56], una componente transfrontaliera, cosicché non sarebbe incoerente se la Commissione optasse per un approccio riferito al gruppo.

185. Quale sistema di riferimento, la Commissione (punti 245 e segg.) identifica a sua volta il sistema di imposizione delle società del Granducato di Lussemburgo. Essa limita poi la propria analisi al trattamento fiscale di operazioni di finanziamento all'interno di un gruppo di società. Ai sensi della medesima, nel diritto tributario lussemburghese non sarebbe prevista una riduzione del reddito imponibile combinato indipendente dal tipo di finanziamento. Essa lo spiega sulla scorta dei suesposti mezzi alternativi per garantire un finanziamento, i quali darebbero luogo ciascuno a un'imposizione unica. Dal sistema lussemburghese di imposizione delle società sarebbe inoltre desumibile l'obiettivo della tassazione degli utili delle imprese. Ne risulterebbe direttamente l'inammissibilità di una riduzione della base imponibile complessiva di un gruppo di imprese. Tutti i gruppi di imprese che effettuano operazioni di finanziamento all'interno di un gruppo di imprese sarebbero equiparabili. Del resto, la struttura di finanziamento non sarebbe aperta a tutte le imprese. Inoltre, non sarebbe possibile alcuna una giustificazione.

186. La linea argomentativa della Commissione si discosta dalle sue restanti considerazioni solo nella misura in cui la Commissione parte dal presupposto della rilevanza di un reddito imponibile combinato e ha individuato nel gruppo Engie, applicando la nozione di impresa rilevante per il diritto della concorrenza, la beneficiaria della misura di aiuto. Già l'ultima tesi non persuade se la rispettiva legge tributaria nazionale non prevede una tassazione di gruppo ovvero non sia stato fatto ricorso a quest'ultima. In tal senso, essa è in contraddizione con il principio di soggettività tributaria solitamente vigente nel diritto tributario.

187. Infine, la Commissione ricava altresì l'esistenza di un vantaggio selettivo, a sua volta, unicamente dal fatto che dalla normativa lussemburghese in materia di imposizione delle società sarebbe desumibile l'obiettivo della tassazione degli utili delle società. Può essere; tuttavia, anche in tale contesto, occorre ricordare che il privilegio di partecipazione è una componente inerente al diritto tributario lussemburghese (v. supra, paragrafo 180 e segg.) e modifica pertanto tale obiettivo. Dall'altro lato, anche gli utili operativi delle società figlie vengono tassati, solo appunto sulla base di un altro metodo. Quest'altro metodo non è stato tuttavia esaminato in maniera approfondita dalla Commissione.

[55] Decisione 2009/809/CE 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 (GU 2009, L 288, pag. 26).

[56] Decisione (UE) 2016/2326 della Commissione del 21 ottobre 2015 relativa all'aiuto di Stato SA.38375 (2014/C ex 2014/NN) cui il Lussemburgo ha dato esecuzione a favore di Fiat (GU 2016, L 351, pag. 1).

188. In sostanza, la Commissione non ha dunque dimostrato neanche sotto tale profilo che il trattamento fiscale promesso al gruppo Engie in relazione agli accrescimenti sul prestito ZORA è selettivo ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 1, TFUE.

3. Conclusione sul ricorso dinanzi al Tribunale

189. Poiché la Commissione non ha ottemperato all'onere probatorio gravante sulla medesima neanche in relazione agli elementi non trattati nella sentenza a sostegno dell'esistenza di un vantaggio selettivo, la decisione controversa può essere annullata integralmente senza un rinvio al Tribunale.

VI. Sulle spese

190. Ai sensi dell'articolo 184, paragrafo 2, del regolamento di procedura della Corte, quando l'impugnazione è accolta e la Corte statuisce definitivamente sulla controversia, la Corte statuisce sulle spese.

191. Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, di tale regolamento, applicabile per analogia al procedimento d'impugnazione a norma del paragrafo 1 del citato articolo 184 del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Engie e il Lussemburgo ne hanno fatto domanda, la Commissione deve essere condannata a sopportare le spese sostenute dalla Engie e dal Lussemburgo nel presente procedimento di impugnazione.

192. Poiché la Commissione è rimasta soccombente in entrambi i gradi di giudizio, essa deve essere condannata alle spese del procedimento in entrambi i gradi, in conformità alle domande delle ricorrenti.

193. Ai sensi dell'articolo 184 in combinato disposto con l'articolo 140, paragrafo 1, del regolamento di procedura, le spese sostenute dagli Stati membri e dalle istituzioni intervenute nella causa restano a loro carico. L'Irlanda, intervenuta nella causa, si farà pertanto carico delle proprie spese nel presente procedimento.

VII. Conclusione

194. Alla luce delle considerazioni che precedono, propongo alla Corte di statuire come segue nella causa C-454/21 P:

1) La sentenza del Tribunale del 12 maggio 2021, Lussemburgo e a./Commissione (T-516/18 e T-525/18, EU:T:2021:251) è annullata.

2) La 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 2019, L 78, pag. 1) è annullata.

3) La Commissione europea si farà carico delle proprie spese, nonché delle spese sostenute dalla Engie Global LNG Holding S.à.r.l, dalla Engie Invest International S.A. e dalla Engie S.A. in entrambi i gradi di giudizio. L'Irlanda si farà carico delle proprie spese in entrambi i gradi di giudizio.

195. Propongo inoltre alla Corte di statuire come segue nella causa C-451/21 P:

1) La sentenza del Tribunale del 12 maggio 2021, Lussemburgo e a./Commissione (T-516/18 e T-525/18, EU:T:2021:251) è annullata.

2) La 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 2019, L 78, pag. 1) è annullata.

3) La Commissione europea si farà carico delle proprie spese nonché delle spese sostenute dal Granducato di Lussemburgo in entrambi i gradi di giudizio. L'Irlanda si farà carico delle proprie spese in entrambi i gradi di giudizio.