Sentenza del 07/07/2022 n. 21598 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

1. M. M.E. Kapitalanlagegesellschaft mbH ("MEAG"), società incaricata della gestione fiduciaria del patrimonio del fondo di investimento mobiliare di tipo aperto di diritto tedesco MEAG GOLF 1 ("il Fondo"), ha detenuto partecipazioni azionarie in società italiane, ricavandone, nell'anno d'imposta 2003, dividendi sui quali le società partecipate hanno operato una ritenuta alla fonte nella misura del 15 per cento, come prescritto dalla Convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale di Germania, art. 10, comma 2, per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e prevenire le evasioni fiscali, ratificata e resa esecutiva nell'ordinamento nazionale dalla L. 24 novembre 1992, n. 459.

MEAG, per conto del Fondo, ha presentato all'Amministrazione finanziaria, per il medesimo periodo di imposta, istanza di rimborso totale delle ritenute che le erano state applicate, con l'aliquota del 15 per cento, assumendo l'illegittimità della tassazione subita, che avrebbe determinato, a danno dei percettori di dividendi non residenti, un trattamento irragionevolmente deteriore, e quindi discriminatorio ai sensi dell'art. 63 T.F.UE, rispetto a quello riservato, nello stesso periodo, agli organismi d'investimento collettivo mobiliare residenti. I quali erano esenti dalla ritenuta sui dividendi e, ricorrendo le condizioni di cui al D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, art. 9, comma 4, nella versione applicabile ratione temporis, anche dall'imposta sostitutiva sul risultato della gestione del fondo, altrimenti prevista della L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9, comma 2, vigente ratione temporis.

In subordine, la società ha chiesto il rimborso parziale delle medesime ritenute, nei limiti della differenza tra il 15 per cento, derivante dall'applicazione della predetta convenzione, ed il 12,5 per cento, corrispondente all'aliquota dell'imposta sostitutiva sul risultato della gestione del fondo, che costituiva il trattamento fiscale riservato, nello stesso periodo, ai fondi comuni di investimento collettivo in valori mobiliari residenti, a norma del ridetto L. n. 77 del 1983, art. 9, comma 2.

A fronte del diniego totale opposto dall'Ufficio all'istanza di rimborso, il Fondo ha proposto ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Pescara, che lo ha rigettato. Il Fondo ha allora impugnato la sentenza di primo grado e l'adita Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo, con la sentenza di cui all'epigrafe, ha rigettato l'appello.

La CTR ha premesso che la fattispecie in esame è regolata dalla Convenzione tra Italia e Repubblica Federale di Germania, art. 10, per evitare le doppie imposizioni, che prevede una ritenuta alla fonte nella misura del 15 per cento, ed ha negato la violazione del principio di libera circolazione dei capitali, per il trattamento fiscale discriminatorio del fondo di diritto tedesco

rispetto all'omologo fondo comune di investimento di tipo aperto di diritto italiano, in ragione del fatto che la MEAG non avrebbe provato la tassazione maggiore del fondo di diritto tedesco rispetto a quella prevista per l'omologo organismo di diritto italiano, in particolare per quanto riguarda le diverse modalità di tassazione, nei rispettivi ordinamenti nazionali, degli investitori nei due fondi.

La MEAG ha quindi proposto ricorso, affidato a due motivi, per la cassazione della predetta sentenza d'appello. L'Agenzia delle entrate ha resistito con controricorso.

Nella fase processuale svoltasi, ex art. 380-bis c.p.c., dinnanzi la sezione VI di questa Corte, e conclusa con ordinanza di rimessione della causa alla pubblica udienza di questa sezione, la ricorrente ha prodotto memoria.

Successivamente, prima dell'udienza pubblica, la ricorrente ha depositato ulteriore memoria.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo di ricorso si deduce "1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 63, n. 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)".

La ricorrente premette che nell'anno d'imposta in questione il Fondo di diritto tedesco, della cui gestione fiduciaria essa era incaricata, era un fondo d'investimento di tipo "aperto" (non essendo previste limitazioni al rimborso delle relative quote), costituente un patrimonio separato e soggetto all'Autorità tedesca di vigilanza sugli istituti finanziari (come da relativa certificazione prodotta nel merito e richiamata nel ricorso), sicchè esso era omologo ai fondi comuni d'investimento mobiliare italiani disciplinati dalla L. n. 77 del 1983.

Aggiunge la ricorrente che tutte le quote del fondo erano detenute da un solo investitore, una società di capitali tedesca operante nel settore delle assicurazioni (l'"Investitore") e che, per l'ordinamento tedesco, i redditi derivanti dalla partecipazione a fondi di investimento sono imponibili direttamente in capo all'investitore, mentre i fondi di investimento, ancorchè soggetti passivi dell'imposta sulle società, sono esonerati da quest'ultima.

Osserva quindi la ricorrente che i dividendi distribuiti dalle società partecipate italiane sono giunti all'Investitore al netto della ritenuta alla fonte del 15 per cento. Viceversa, se l'Investitore, anzichè investire nelle società italiane a mezzo di un fondo di investimento tedesco, avesse investito in dette società tramite un omologo fondo di investimento di diritto italiano, avrebbe beneficiato di un trattamento fiscale più favorevole. In questa seconda ipotesi, infatti, avrebbe trovato applicazione il regime speciale di esenzione anche dall'imposta sostitutiva previsto dal D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, art. 9, comma 4, nella versione applicabile ratione temporis, a mente del quale "nel caso di organismi d'investimento collettivo mobiliare le cui quote o azioni siano sottoscritte esclusivamente da soggetti non residenti di cui al comma 3 (soggetti residenti in uno degli Stati di white list di cui al D.M. 4 settembre 1996, in cui la Germania è compresa ...), gli organismi medesimi sono esenti dall'imposta sostitutiva sul risultato della gestione altrimenti dovuta con le aliquote del 12,50 (...)" (cfr. pag. 16 del ricorso). Nella sostanza, in quest'ultimo caso i dividendi non sarebbero stati assoggettati ad alcuna imposizione a carico del fondo italiano,

neppure nella specie dell'imposta sostitutiva sul risultato di gestione, pervenendo nelle mani dell'Investitore nell'intero ammontare lordo distribuito dalla società domestica partecipata.

Tanto premesso, rileva la ricorrente, emerge la disparità di trattamento tra le due fattispecie (illustrata a pag. 17 del ricorso anche attraverso la riproduzione di una tabella schematica già inserita nell'atto d'appello), con la conseguenza che l'Investitore (nel caso di specie la società di capitali tedesca operante nel settore delle assicurazioni) sarebbe dissuaso dall'investire in partecipazioni in una società italiana tramite un fondo di investimento tedesco, a causa del trattamento deteriore che quest'ultimo subisce rispetto all'omologo organismo d'investimento collettivo mobiliare italiano. Tale disparità di trattamento si porrebbe in contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali, sancito dall'art. 63 T.F.U.E., paragrafo 1.

Irrilevante, ai fini della valutazione della natura discriminatoria della differenza di trattamento, sarebbe, secondo la ricorrente, la disciplina della tassazione in capo allo stesso Investitore sul reddito derivante dalla partecipazione al Fondo, che dipende dall'ordinamento tedesco.

Sulla base di queste considerazioni, supportate dal richiamo di pronunce della Corte di giustizia in materia, la ricorrente lamenta che la sentenza impugnata avrebbe errato nell'applicazione del principio di libera circolazione dei capitali (art. 63 T.F.U.E.), per aver ritenuto che la predetta tabella di raffronto costituisse il confronto arbitrario di complesse operazioni economiche, mentre si trattava di uno schema esemplificativo che non allegava elementi di fatto da provare, ma confrontava i diversi regimi normativi fiscali applicati nell'ordinamento italiano, tra i quali andava effettuata piuttosto la comparazione.

Inoltre, la CTR avrebbe errato per aver ritenuto che l'esistenza del trattamento discriminatorio richiedesse altresì l'analisi dettagliata del regime fiscale riservato all'Investitore tedesco in Germania, mentre rilevava esclusivamente il trattamento tributario dei dividendi previsto dalla legislazione italiana, in quanto un trattamento discriminatorio previsto da quest'ultima non potrebbe comunque essere, in ipotesi, sanato da una misura prevista nella legislazione tedesca.

Ancora, il giudice a quo avrebbe errato nell'affermare la presunzione della natura non discriminatoria della disciplina convenzionale in questione, solo perchè concordata tra gli Stati contraenti.

In subordine al mancato accoglimento del motivo, la ricorrente sollecita infine l'eventuale rimessione alla Corte di Giustizia della relativa questione.

2. Con il secondo, subordinato, motivo di ricorso si deduce "2. Nullità della sentenza per violazione del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 36 e dell'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia sulla domanda avanzata in via subordinata, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3)".

Assume la ricorrente che la ratio decidendi della sentenza impugnata è riferibile unicamente alla causa petendi della domanda, principale, di rimborso integrale, giacchè era quest'ultima che sviluppava il raffronto circa l'imposizione applicabile agli utili percepiti dall'investitore che investa tramite un fondo italiano e lo stesso investitore che investa tramite un fondo tedesco, sia pure al solo fine di evidenziare il conseguente trattamento discriminatorio che ne deriverebbe in

capo al fondo tedesco, in quanto non residente, e quindi pur sempre nell'ottica della comparazione del trattamento applicato dalla legge italiana ai due organismi d'investimento, quello residente e quello non residente.

La CTR non si sarebbe pertanto pronunciata sulla domanda, subordinata, della ricorrente appellante, di rimborso parziale, ridotta alla differenza tra l'aliquota della ritenuta alla fonte del 15 per cento, applicata al Fondo tedesco sui dividendi in forza della ridetta convenzione, e quella del 12,5 per cento sul risultato della gestione, applicabile ratione temporis, a titolo d'imposta sostitutiva, agli omologhi fondi comuni d'investimento mobiliare "aperti" residenti, a norma della L. n. 77 del 1983, art. 9, comma 2.

Essendo caratterizzata da autonoma ratio decidendi e da distinto petitum, la stessa domanda subordinata non sarebbe stata implicitamente rigettata per effetto del rigetto esplicito della domanda principale.

Tanto premesso, la ricorrente chiede in subordine che, dichiarata la nullità della sentenza impugnata per omessa pronuncia, la Corte si pronunzi sul merito della domanda subordinata, accogliendola o, in subordine rimettendo alla Corte di Giustizia la relativa questione.

3. Il primo motivo di ricorso è fondato, mentre la richiesta di rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di giustizia resta assorbita.

4. Il quadro normativo - E' opportuno premettere, a grandi linee e per quanto può qui rilevare, il quadro normativo di riferimento, vigente ratione temporis, come invocato dal ricorrente.

4.1. L'art. 63 T.F.U.E., paragrafo 1, (ex art. 56 T.C.E.) statuisce che "Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo (Capo 4 Capitali e pagamenti, n.d.r.) sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonchè tra Stati membri e paesi terzi.";

4.2. Il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 27, comma, (intitolato "Ritenute sui dividendi"), nella versione ratione temporis vigente, recitava: "3. La ritenuta è operata a titolo d'imposta e con l'aliquota del 27 per cento sugli utili corrisposti a soggetti non residenti nel territorio dello Stato in relazione alle partecipazioni non relative a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato. L'aliquota della ritenuta è ridotta al 12,50 per cento per gli utili pagati ad azionisti di risparmio. I soggetti non residenti, diversi dagli azionisti di risparmio, hanno diritto al rimborso, fino a concorrenza dei quattro noni della ritenuta, dell'imposta che dimostrino di aver pagato all'estero in via definitiva sugli stessi utili mediante certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero.".

4.3. L'art. 10 ("Dividendi") della Convenzione tra la Repubblica italiana e la Repubblica federale di Germania per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e prevenire le evasioni fiscali, ratificata con L. n. 459 del 1992, prevede che: "1. I dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato. 2. Tuttavia, tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente, ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma se la persona che percepisce i dividendi ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta

così applicata non può eccedere il 15 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi. Questo paragrafo non riguarda l'imposizione della società per gli utili con i quali sono stati pagati i dividendi.

Le autorità competenti degli Stati contraenti stabiliranno di comune accordo le modalità di applicazione di tale limitazione.".

La disposizione pattizia, determinando il limite massimo dell'aliquota applicabile alla ritenuta sui dividendi distribuiti da una società partecipata, residente in Italia, ad una soggetto partecipante, residente in Germania, si innestava pertanto sulla norma nazionale - il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27 - che disciplinava la ritenuta sui dividendi pagati da società residenti in Italia a soggetti non residenti nel territorio dello Stato.

4.4. Nel medesimo periodo, con riferimento ai fondi comuni di investimento mobiliare aperti di diritto nazionale, la L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9, commi 1 e 2, applicabile ratione temporis (ovvero prima della sua soppressione, dall'1 luglio 2011, per effetto del D.L. 29 dicembre 2010 n. 225, art. 2, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2011, n. 10, che ha abrogato l'imposta sostitutiva sul risultato maturato dalla gestione del fondo, sostituendola con la ritenuta in capo al partecipante al momento della percezione dei dividendi) disponeva, per quanto qui rileva, che: " 1. I fondi comuni di cui all'art. 1 (fondi comuni di investimento mobiliare aperti di diritto nazionale) non sono soggetti alle imposte sui redditi.

Le ritenute operate sui redditi di capitale si applicano a titolo d'imposta. Non si applicano la ritenuta prevista dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 26, comma 2, sugli interessi ed altri proventi dei conti correnti bancari, a condizione che la giacenza media annua non sia superiore al 5 per cento dell'attivo medio gestito, nonchè le ritenute del 12,50 per cento e del 5 per cento previste dal predetto decreto, art. 26, commi 3 e 3-bis e dalla presente legge, art. 10-ter, comma 1.

2. Sul risultato della gestione del fondo maturato in ciascun anno la società di gestione preleva un ammontare pari al 12,50 per cento 5 del risultato medesimo a titolo di imposta sostitutiva. La predetta aliquota è ridotta al 5 per cento, qualora il regolamento del fondo preveda che non meno dei due terzi del relativo attivo siano investiti in azioni ammesse alla quotazione nei mercati regolamentati degli Stati membri dell'Unione Europea (...)".

La disciplina fiscale dei rendimenti conseguiti dai fondi comuni di investimento mobiliare aperti di diritto italiano in vigore fino al 30 giugno 2011 era il risultato dell'intervento normativo di cui al D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, che aveva introdotto un regime tributario basato, a grandi linee, sui seguenti principi: percezione dei proventi da parte del fondo al lordo delle ritenute, ove fosse espressamente sancita una deroga al sistema generale in tema di prelievo alla fonte sui redditi di capitale; applicazione di un'imposizione sostitutiva con aliquota del 12,50 per cento sul risultato netto di gestione maturato dal fondo. Per evitare che da tale tipo di imposizione potesse derivare una duplicazione della tassazione di tipo economico sui proventi di natura finanziaria maturati dal fondo comune di investimento, i redditi di capitale percepiti dai fondi comuni non erano pertanto soggetti a ritenuta alla fonte, nelle ipotesi nelle quali l'applicazione di quest'ultima era derogata. In questo senso, infatti, a proposito della ritenuta sui dividendi,

argomentava la stessa prassi, commentando la L. n. 77 del 1983, art. 9, come modificato dal D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 8: " (...) i casi in cui i fondi comuni non subiscono alcun prelievo alla fonte - sia sotto forma di ritenuta che di imposta sostitutiva - possono essere così individuati, in aggiunta a quelli sopra elencati (...) f) la ritenuta del 12,50 per cento sugli utili in qualunque forma corrisposti ai soci dalle società e degli enti, sia italiani che esteri, prevista dal D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, nel testo sostituito dal comma 4 dell'art. 12 del provvedimento in oggetto. Il comma 1 dell'art. 27 testè citato prevede, infatti, che la ritenuta si applica nei confronti delle persone fisiche, dei fondi pensione e dei fondi immobiliari e, conseguentemente, in mancanza di una espressa previsione normativa in senso diverso, gli utili corrisposti ai fondi comuni in parola non sono soggetti ad alcun prelievo alla fonte e concorrono a formare il risultato di gestione di cui all'art. 9, comma 2, in commento. Tenuto conto di quanto disposto dal decreto legislativo in commento, art. 14, comma 1, del tale disposizione è destinata ad operare per gli utili la cui distribuzione sia stata deliberata dalla società emittente a partire dal 1 luglio 1998. (...) Il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, ha subito notevoli modifiche. (...) La ritenuta inoltre non va operata qualora gli utili siano percepiti dagli organismi di investimento collettivo disciplinati dal decreto legislativo in commento, art. 8, commi da 1 a 4." (Circ. Min. Finanze 24 giugno 1998, n. 165, par. 3.5.2., pag. 49; infra, par. 4.8, pag. 62 ss.).

4.5. Il D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, art. 9, comma 4, primo periodo, vigente ratione temporis, prevedeva poi che "Nel caso di organismi d'investimento collettivo mobiliare le cui quote o azioni siano sottoscritte esclusivamente da soggetti non residenti di cui al comma 3, gli organismi medesimi sono esenti dall'imposta sostitutiva sul risultato della gestione altrimenti dovuta con le aliquote del 12,50 (...)". Il richiamato D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, art. 9, comma 3, si riferiva ai "soggetti residenti all'estero, di cui al D.Lgs. 1 aprile 1996, n. 239, art. 6, comma 1, e successive modificazioni.". A sua volta, il D.Lgs. n. 239 del 1996, art. 6, comma 1, nella versione vigente ratione temporis, individuava tali soggetti con quelli " residenti in Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni e che non siano residenti negli Stati o territori di cui al testo unico delle imposte sui redditi, di cui al D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 76, comma 7-bis, come individuati dai decreti di cui al medesimo comma 7-bis.".

Pertanto, gli investitori esclusivi non residenti ai quali si riferiva il D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, primo periodo, ai fini dell'esenzione dall'imposta sostitutiva del 12,50 per cento sui risultati della gestione del fondo residente, erano soggetti residenti in Paesi che consentivano un adeguato scambio di informazioni e che non rientravano nella c.d. black list.

5. La comparabilità soggettiva tra i fondi- La ricorrente, senza contestazioni sul punto da parte dell'Agenzia e senza diverso accertamento nella sentenza impugnata, si definisce incaricata della gestione fiduciaria di un Fondo d'investimento mobiliare di tipo "aperto" di diritto tedesco, soggetto (come da certificazione prodotta) all'Autorità tedesca di vigilanza sugli istituti finanziari e, sotto il profilo giuridico e regolamentare, del tutto omologo ai fondi disciplinati dalla L. n. 77 del 1983, intitolata "Istituzione e disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare"), le cui quote sono detenute, come Investitore, unicamente da una società di capitali anch'essa di diritto tedesco, operante nel settore delle assicurazioni.

Al riguardo, va rilevato che la L. n. 77 del 1983, artt. 1 e 9, disciplinano l'imposizione, per mezzo dell'imposta sostitutiva, sui "fondi comuni di investimento collettivo in valori mobiliari di tipo aperto" residenti e "storici lussemburghesi" (le prime due forme disciplinate ed autorizzate in Italia ancor prima del T.U.F.). Ai sensi del successivo D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, l'esenzione dall'imposta sostitutiva si applica poi agli " organismi d'investimento collettivo mobiliare", categoria più ampia dei soli fondi. E' quindi intervenuto il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, definisce "organismi di investimento collettivo del risparmio" (O.I.C.R.) i fondi comuni di investimento e le S.I.C.A.V.; "fondo comune di investimento" il patrimonio autonomo, suddiviso in quote, di pertinenza di una pluralità di partecipanti, gestito in monte, che può essere raccolto mediante una o più emissioni di quote; "fondo aperto" il fondo comune di investimento i cui partecipanti hanno diritto di chiedere, in qualsiasi tempo, il rimborso delle quote secondo le modalità previste dalle regole di funzionamento del fondo.

Sotto il profilo soggettivo, l'incontestata comparabilità del Fondo tedesco con gli "organismi d'investimento collettivo mobiliare" residenti di cui al D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, non è peraltro esclusa dalla circostanza che l'Investitore, una società di assicurazione, sia unico, piuttosto che quella pluralità di investitori che caratterizza gli organismi collettivi d'investimento, ed in particolare i fondi comuni.

Infatti, la stessa Amministrazione, con la risposta dell'Agenzia ad interpello n. 162/E del 2022 e la risoluzione n. 137/E del 2005, ha ritenuto che il requisito della pluralità degli investitori possa essere soddisfatto anche quando l'unico detentore rappresenti una pluralità di interessi, così da raffigurare una gestione collettiva. Ed in particolare, la prassi erariale, a proposito del D.Lgs. 1 aprile 1996, n. 239, art. 6, comma 1, richiamato dallo stesso D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, commi 3 e 4, ha chiarito che "Come noto, i soggetti non residenti che rispondono ai requisiti di cui al predetto D.Lgs. n. 239 del 1996, art. 6, sono i seguenti:

1 soggetti residenti in Paesi e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni;

2 investitori istituzionali esteri, ancorchè privi di soggettività tributaria, costituiti nei Paesi e territori di cui al punto precedente;

(...) Si ricorda che per "investitori istituzionali" esteri si devono intendere gli enti che, indipendentemente dalla loro veste giuridica e dal trattamento tributario cui sono assoggettati i relativi redditi nel Paese in cui sono costituiti, hanno come oggetto della propria attività l'effettuazione e la gestione di investimenti per conto proprio o di terzi. A tal fine si rinvia a quanto precisato nella circolare 1 marzo 2002, n. 23/E. " (circolare Agenzia delle entrate n. 11/E del 2011).

A sua volta, la richiamata circolare n. 23/E del 2002 aveva precisato che "la nozione di "investitori istituzionali" identifica gli enti che, indipendentemente dalla loro veste giuridica e dal trattamento tributario cui sono assoggettati i relativi redditi nel Paese in cui sono costituiti, hanno come oggetto della propria attività l'effettuazione e la gestione di investimenti per conto proprio o di terzi. Rientrano quindi in tale definizione, a titolo di esempio, le società di assicurazione, i fondi comuni di investimento, le SICAV, i fondi pensione, le società di gestione

del risparmio, specificamente ricompresi tra gli investitori "qualificati" di cui al D.M. Tesoro 24 maggio 1999, n. 228, art. 1, comma 1, lett. h), (emanato di attuazione del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 37), in quanto assoggettati a forme di vigilanza nei paesi esteri nei quali sono istituiti.".

Pertanto, la circostanza che l'unico investitore del Fondo tedesco, sottoposto alla vigilanza sugli istituti finanziari nel paese di residenza, sia una società di assicurazione, investitore istituzionale, non esclude - sotto il profilo soggettivo ed ai fini della comparabilità, nel contesto del D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, con gli organismi d'investimento collettivo mobiliare residente- il requisito della pluralità di investitori che caratterizza gli organismi collettivi d'investimento, ed in particolare i fondi comuni.

Sempre sotto il profilo soggettivo, ed ai fini della verifica comparativa dei presupposti del D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, va poi rilevato che la Germania, paese di residenza del Fondo gestito dalla ricorrente e dell'Investitore tedesco, non era inclusa nella c.d. black list di cui al D.P.R. n. 917 del 1986, art. 76, comma 7-bis; mentre era inserita nella c.d. white list già prevista dall'art. 168-bis del medesimo T.U.I.R., ovvero nell'elenco degli Stati convenzionati che consentono un adeguato scambio di informazioni, come da D.M. 4 settembre 1996 e successive modifiche o integrazioni apportate dai D.M. 25 marzo 1998, 6 dicembre 1998, 17 giugno 1999, 20 dicembre 1999, 5 ottobre 2000, 14 dicembre 2000 e 27 luglio 2010 (cfr. tabella degli Stati riportata nella circolare dell'Agenzia n. 33/E del 2011). Anche sotto questo aspetto, pertanto, sussiste la comparabilità soggettiva presupposto della domanda principale della ricorrente.

6. La denunciata violazione dell'art. 63 T.F.U.E.- Delineati i presupposti soggettivi dell'invocata esenzione, la ricorrente lamenta che il Fondo, nell'anno d'imposta controverso, avrebbe subito un trattamento fiscale deteriore rispetto a quello riservato dalla normativa italiana ad un omologo fondo di investimento residente, in contrasto pertanto con il principio di libera circolazione dei capitali sancito dall'art. 63 T.F.U.E., paragrafo 1.

Infatti, assume la ricorrente, mentre i dividendi distribuiti al Fondo tedesco con Investitore tedesco hanno subito una ritenuta alla fonte del 15 per cento (ai sensi del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 27, comma 3, mitigato dall'art. 10, paragrafo 2, della convenzione tra Italia e Germania), i medesimi dividendi, se distribuiti ad un organismo d'investimento collettivo mobiliare "aperto" italiano, le cui quote o azioni fossero state sottoscritte esclusivamente da investitori residenti in Germania, sarebbero stati esenti dall'imposizione, non applicandosi ad essi nè la ritenuta alla fonte; nè l'imposta sostitutiva sul risultato della gestione (di cui alla L. n. 77 del 1983, art. 9, comma 2), altrimenti dovuta con le aliquote del 12,50 o del 5 per cento, dalla quale sarebbe stato però esentato il fondo residente in Italia, in ragione della qualità dell'identico investitore non residente, ai sensi del D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461, art. 9, comma 4,primo periodo, nella versione applicabile ratione temporis.

Nella sostanza, la ricorrente denuncia che solo la residenza, o meno, in Italia del Fondo avrebbe determinato (ricorrendo la medesima natura degli organismi d'investimento ed ipotizzando che resti invariato l'Investitore tedesco non residente) il differente trattamento fiscale (tra ritenuta alla fonte ed esenzione) dei dividendi pagati al Fondo stesso, con conseguente indebita restrizione della libertà di circolazione dei capitali (garantita dall'art. 63, paragrafo 1, T.F.U.E.) a

danno del Fondo tedesco, atteso che, a parità delle altre condizioni, gli investitori avrebbero preferito un omologo fondo italiano, il quale avrebbe incassato interamente, e poi trasferito ai partecipanti, i dividendi pagati da società italiane.

6.1. E' opportuno premettere che i dubbi sulla compatibilità con il diritto Europeo del regime fiscale applicato ai dividendi distribuiti in Italia ad organismi di investimento collettivo esteri, stabiliti in altri Stati membri dell'U.E. e nello S.E.E., per la possibile discriminazione rispetto al trattamento riservato ai fondi nazionali, sono stati portati all'attenzione della Commissione Europea, anche se con riferimento ad una disciplina normativa nazionale in parte successiva e diversa (il D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 73, comma 5-quinquies, introdotto dal D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, art. 2, comma 62, convertito, con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2011, n. 10 e successivamente modificato dal D.L. n. 1 del 2012, art. 96, comma 1, lett. a), in tema di soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società) rispetto a quella in vigore nei periodi qui sub iudice, e con riferimento diretto al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 27, comma 3, a proposito di ritenuta, con l'aliquota del 27 per cento sugli utili corrisposti a soggetti non residenti nel territorio dello Stato.

La Commissione ha avviato un'attività investigativa (cfr. EU PILOT 8105/15/TAXU), presso le autorità fiscali italiane, diretta a verificare la disponibilità delle stesse a conformare quella disciplina italiana ai principi comunitari, sfociata infine nelle modifiche operate dalla L. 30 dicembre 2020, n. 178, commi da 631 a 633, che, con riferimento ai dividendi percepiti dall'1 gennaio 2021, equipara il trattamento fiscale dei dividendi e delle plusvalenze conseguiti da organismi di investimento collettivo di diritto estero, sempre istituiti in Stati membri U.E. o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico Europeo (S.E.E.) che consentono un adeguato scambio di informazioni, al trattamento fiscale dei dividendi e delle plusvalenze realizzati da analoghi organismi istituiti e residenti in Italia.

7. Convenzione contro le doppie imposizioni ed art. 63 T.F.U.E. - Tanto premesso, con riferimento al caso sub iudice, giova rilevare che, come dedotto dalla ricorrente, non è preclusiva, ai fini della rilevanza dell'art. 63 T.F.U.E., comma 1, la circostanza che il contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali, e comunque la denunciata discriminazione, sarebbero effetto dell'applicazione di una norma pattizia, ovvero della Convenzione tra Italia e Germania in materia di doppia imposizione, art. 10.

Invero in passato questa Corte, in tema di concorso tra normativa convenzionale e diritto Eurounitario, ha già affermato che " occorre considerare il ruolo del diritto comunitario, il quale entra in gioco come terza dimensione nella geometria dell'ordinamento giuridico e svolge la sua influenza, pur con differente intensità, anche nell'interpretazione ed applicazione di trattati internazionali conclusi da Paesi membri della Comunità Europea, tra loro e con Paesi terzi.

Riguardo a tale specie di trattati il regime comunitario è differente, a seconda che la disciplina convenzionale applicabile sia anteriore o posteriore all'entrata in vigore del Trattato di Roma (1 gennaio 1958).

L'art. 234 (307 nella versione consolidata a seguito del Trattato di Amsterdam), comma 1, del Trattato CE, fa salve le convenzioni internazionali concluse dagli Stati membri prima di tale data,

per cui i diritti e gli obblighi sorti da tali convenzioni restano immodificabili e non subiscono l'influenza del diritto comunitario. Tale regola viene comunemente ricondotta al principio pacta sunt servanda ed è stata ribadita dalla Corte di Giustizia CE nelle sentenze 14 ottobre 1980, C-812/79, procedimento penale c. Juan C. Burgoa; 11 marzo 1986, C-121/85, Conegate Limited c. HM Customs & Excise.

L'art. 234, comma 2, prevede che gli Stati membri devono assumere le necessarie misure per rimuovere le divergenze col diritto comunitario che possano derivare dall'applicazione di tali trattati.

Dalle predette disposizioni si ricava, a contrario, che i trattati internazionali conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Roma (quale è la Convenzione applicabile nella specie) devono conformarsi al diritto comunitario, primario e secondario. (...) anche per i trattati coi Paesi terzi, pertanto, l'applicazione delle norme convenzionali nell'ambito intra - comunitario e dell'ordinamento dello Stato membro contraente incontra i limiti del principio di non discriminazione e del rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. La soggezione al diritto comunitario - nell'ambito della Comunità Europea del contenuto dei trattati coi Paesi terzi comporta, quindi, l'obbligo del giudice nazionale e della pubblica amministrazione a interpretare le disposizioni convenzionali in modo conforme al diritto comunitario e, nei casi in cui tale interpretazione conforme non sia possibile, a trarre tutte le conseguenze che derivano dal contrasto tra le norme dei due ordini, prima fra tutte l'obbligo di disapplicare le norme (interne o di diritto internazionale pattizio) contrastanti con le disposizioni e principi di diritto comunitario, primario o secondario, che abbiano diretta applicabilità, quale è certamente l'art. 6 Trattato CE." (Cass. 17/03/2000, n. 3119, in motivazione).

Con altre pronunce, questa Corte ha ribadito che l'interpretazione sistematica delle disposizioni convenzionali si traduce, negli ordinamenti degli Stati aderenti all'Unione Europea, ove necessario, in una loro interpretazione adeguatrice al diritto comunitario, al fine di rispettare il principio di non discriminazione ed, in genere, di tutte le libertà di stabilimento e di circolazione del capitale, ivi tutelate.

In questo senso si è detto ad esempio che " Come più volte riconosciuto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (si vedano, in particolare, le sentenze 14 febbraio 1995, C - 279/93, Finanzamt Kóln-Altstadt c. Roland Schumacker e 12 maggio 1998, C - 336/96, Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas - Rhin), il fatto che l'imposizione fiscale diretta non sia materia attribuita alla competenza comunitaria non esclude che le convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione e i diritti nazionali debbano rispettare il diritto comunitario, e in particolare il principio di non discriminazione e il diritto di stabilimento (artt. 6 e 52 Trattato)" (Cass. 12/03/2011, n. 3588, in motivazione).

Ancora, pronunciandosi in materia di credito di imposta maturato sui dividendi percepiti da società francese dalla controllata italiana e negato dall'Amministrazione finanziaria sul presupposto che l'istante non fosse l'effettiva beneficiaria dei dividendi in questione, questa Corte chiamata a pronunciarsi sul concetto di beneficiario effettivo contenuto nell'art. 10, paragrafo 4, della convenzione tra Italia e Francia, ha richiamato le fonti interpretative individuandole nel principio di ordine generale, desumibile dalla clausola del beneficiario

effettivo, contenuto in tutte le convenzioni in materia, e nel Trattato di Vienna, art. 31 (interpretazione secondo buona fede ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato) e nei principi della fiscalità internazionale, per poi compiere l'interpretazione adeguatrice, valutando, alla stregua di tali parametri, se la clausola pattizia fosse anche conforme ai principi di fiscalità internazionale come ormai definitivamente acquisiti (Cass. 28/12/2016, n. 27112, in motivazione; cfr. altresì Cass. 28/12/2016, n. 27111, in motivazione).

La stessa Corte di giustizia, che in linea di principio non si è ritenuta competente ad interpretare, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale, accordi internazionali conclusi tra Stati membri e Stati terzi (Corte giustizia, 04/05/2010, C-533/08, TNT Express Netherlands, punto 61), ha del resto affermato che gli Stati membri hanno l'obbligo di ricorrere a tutti i mezzi atti ad eliminare le incompatibilità esistenti fra una convenzione conclusa anteriormente all'adesione di uno Stato membro e il Trattato e pertanto il giudice nazionale ha l'obbligo di verificare se un'eventuale incompatibilità fra il Trattato ed una convenzione bilaterale possa essere evitata fornendo a quest'ultima un'interpretazione conforme al diritto comunitario, ove possibile e nel rispetto del diritto internazionale (Corte giustizia, 18/11/2003, C216/01, Budvar, punti 168-169).

Muovendo quindi dal presupposto che "Nonostante la materia delle imposte dirette rientri nella competenza degli Stati Membri, questi ultimi devono tuttavia esercitarla nel rispetto del diritto comunitario" (Corte giustizia, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker), deve ritenersi che diritto comunitario e convenzionale in tema di imposizione diretta non operino in settori completamente separati, cosicchè le convenzioni rappresentano essenzialmente uno strumento funzionale a realizzare un' equilibrata ripartizione dei poteri impositivi, che può anche contribuire a rendere più efficace l'applicazione del diritto comunitario. Ove tuttavia lo strumento convenzionale si ponga in contrasto con norme comunitarie direttamente applicabili (come le liberà fondamentali) (cfr. Corte giustizia, 12/05/1998, C-336/96,Gilly; Corte giustizia, 14/02/1995, Schumacker; Corte giustizia, 28/01/1986, C-270/83, Commissione v. Repubblica francese), eventuali clausole convenzionali incompatibili, che carichino di un maggiore onere fiscale i contribuenti che operano a livello transnazionale, devono essere oggetto, da parte del giudice nazionale, di un tentativo di interpretazione adeguatrice, agendo il diritto comunitario quale fonte integrativa che colma le lacune della disciplina convenzionale, in una sorta di interpretazione comunitariamente orientata del testo convenzionale, ma nell'ovvio rispetto del limite di non poter stravolgere il senso e il significato della norma internazionale.

Inoltre, deve aggiungersi che, come questa Corte ha recentemente argomentato a proposito della possibilità di disapplicare la norma, in tema di tassazione sui dividendi, dettata da altra convenzione tra Stati membri, " La disapplicazione è stata correttamente prospettata in relazione alla norma interna di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3, e non in relazione alla Convenzione Italia-Spagna, in quanto la Convenzione si innesta proprio sul contenuto sostanziale della norma interna, semplicemente riducendo l'ammontare della aliquota per evitare in qualche misura la doppia imposizione. L'elemento centrale, ai fini della disapplicazione, è però il contrasto della norma interna con i principi espressi dalla sentenza della Corte di giustizia. (...) L'art. 10 della Convenzione Italia-Spagna, allora, non introduce una specifica ed autonoma disciplina prevalente su quella statale, ma si innesta proprio sulla disposizione di legge nazionale, per porre un limite massimo all'aliquota della ritenuta alla fonte applicabile in

virtù di una norma interna. I presupposti oggettivi e soggettivi di applicazione della ritenuta sui dividendi, però, si rinvengono esclusivamente nella norma interna, di cui al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27, comma 3." (Cass. 16/02/2022, n. 5152).

Nella sostanza, pertanto, l'interpretazione adeguatrice avrebbe per oggetto non tanto la disposizione pattizia, quanto la norma di legge nazionale, che dalla disposizione convenzionale è mitigata (ed anzi mitigabile, lasciando peraltro spazio al legislatore interno per determinare, nel caso di specie, l'imposta sino al "15 per cento dell'ammontare lordo dei dividendi").

In concreto, poi, ove venisse accertata la sussistenza di una non giustificata restrizione del principio di libera circolazione dei capitali, derivante dalla previsione convenzionale in esame, l'interpretazione adeguatrice sollecitata dalla ricorrente non si porrebbe in contrasto con l'impianto pattizio della disposizione, rispetto alla quale l'imposizione sui dividendi in uscita, da parte dello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente, è eventuale (" tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente") e sottoposta alla misura del 15 per cento come limite massino ("non può eccedere").

7.1. Tanto premesso, non ha fatto buon governo di tali principi la sentenza impugnata, secondo cui " essendo la materia regolata da un accordo bilaterale tra i due Stati si presume che si sia operato tenendo conto del carico tributario complessivo, anche al fine di evitare trattamenti sperequativi".

Infatti, come si è appena rilevato, la stipulazione di una convenzione internazionale contro le doppie imposizioni non comporta necessariamente la conformità del sistema tributario nazionale ai principi espressi dall'art. 63 T.F.U.E., in materia di libera circolazione dei capitali; nè esclude comunque l'assenza di ogni possibile restrizione tra Stati membri. Sicchè l'obbligo di verifica in materia (e quello, eventualmente conseguente, di ricorrere all'interpretazione adeguatrice della norma internazionale pattizia, nei limiti indicati), gravante sul giudice nazionale, non può essere sostanzialmente vanificato attraverso l'applicazione di una presunzione di legittimità che non ha alcun fondamento, nè legale, nè logico-giuridico.

In questo senso, del resto, va ricordato l'insegnamento della giurisprudenza comunitaria, secondo cui la disciplina convenzionale contro le doppie imposizioni non esclude necessariamente ed a priori ogni discriminazione e limitazione della libera circolazione dei capitali: " Ne consegue che la Repubblica italiana non può sostenere che, a causa dell'applicazione delle convenzioni contro la doppia imposizione, i dividendi distribuiti a società stabilite in altri Stati membri non siano, in definitiva, trattati diversamente dai dividendi distribuiti alle società residenti." (Corte giustizia, 19/11/2009, C-540/07, Commissione v. Repubblica italiana).

8. Tassazione dei dividendi versati ai fondi ed art. 63 T.F.U.E. - La differenza, rispetto agli omologhi organismi d'investimento residenti, di trattamento fiscale in materia di tassazione dei dividendi versati a fondi non residenti, è ricondotta dalla giurisprudenza comunitaria alla violazione dell'art. 63 T.F.U.E., par. 1. In questo senso è stato deciso in una fattispecie in cui, per effetto della normativa tributaria nazionale, i dividendi versati da società stabilite in uno Stato

membro a favore di un fondo di investimento stabilito in uno Stato non residente non costituivano oggetto di esenzione fiscale, mentre i fondi di investimento stabiliti nello Stato membro stesso beneficiavano dell'esenzione, poichè la differenza di trattamento fiscale del dividendi tra i fondi di investimento residenti ed i fondi di investimento non residenti è idonea a dissuadere, da un lato, i fondi di investimento stabiliti in un paese terzo dall'assunzione di partecipazioni in società stabilite in uno Stato membro e, dall'altro, gli investitori residenti in tale Stato membro dall'acquisizione di quote in fondi di investimento non residenti (Corte giustizia, 10/04/2014, C-190/2012,Emerging Markets).

Ed è stato costantemente affermato che " Dalla giurisprudenza della Corte emerge che le misure vietate dall'art. 63 T.F.U.E., paragrafo 1, , in quanto restrizioni dei movimenti di capitali, comprendono quelle che sono idonee a dissuadere i non residenti dal compiere investimenti in uno Stato membro o a dissuadere i residenti di detto Stato membro dal compierne in altri Stati (v., in particolare, sentenze del 10 aprile 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, punto 39, nonchè del 22 novembre 2018, Sofina e a., C-575/17, EU:C:2018:943, punto 23 e giurisprudenza ivi citata)." (Corte giustizia, 13/11/2019, C-641/17, College Pension Plan of British Columbia; nello stesso senso, ex multis, Corte giustizia, 18/12/2007, C-101/05, Skatteverket, punto 40; Corte giustizia, 18/06/2009, C-303/07, Aberdeen, in tema di ritenuta sui dividendi percepiti da società d'investimento non residente; Corte giustizia, 10/02/2011, Haribo Lakritzen Hans Riegei e O'sterreichische Salinen, C436/08 e C-437/08, punto 50; Corte giustizia, 15/09/2011, C-310/09, Accor; Corte giustizia, 10/05/2012, da C-338/11 a C-347/11, Santander, punto 15 ss.; Corte giustizia, 21/06/2018, C-480/2016, Fidelity Funds, in materia di ritenuta sui dividendi incassati da organismo d'investimento collettivo mobiliare non residente; Corte giustizia, 30/01/2020, C-156/17, Kòln-Aktienfonds Deka, punto 49, in tema di ritenuta sui dividendi percepiti da fondo d'investimento non residente).

Al fine di evidenziare l'eventuale differenza di trattamento fiscale in questione, e di apprezzarne o meno la natura discriminatoria, la comparazione deve essere condotta i con riferimento alla disciplina nazionale dell'imposizione sui dividendi, applicabile nel caso concreto e sospetta di violazione dell'art. 63 T.F.U.E., paragrafo 1, ovvero a quella dettata dalla legislazione italiana, nella parte in cui, poichè non è residente il Fondo tedesco, non consente a quest'ultimo, ricorrendo le medesime condizioni di cui al D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, primo periodo, di beneficiare dell'esenzione fiscale. Non deve estendersi invece la comparazione anche al quadro normativo dell'imposizione nel Paese non residente, ed in particolare alla tassazione che in Germania dovrebbe gravare sui redditi delle società che investano nell'organismo d'investimento collettivo, in quanto si tratta di disciplina che non ricade nella normativa di cui trattasi nella specie.

Come ha infatti rilevato la giurisprudenza comunitaria, " ai fini della valutazione della comparabilità oggettiva di fattispecie soggette ad un trattamento differenziato, occorre tener conto unicamente dei criteri di distinzione previsti dalla normativa tributaria nazionale ai fini della tassazione dei dividendi distribuiti" (Corte giustizia, 10/04/2014, C-190/2012, Emerging Markets, cit., paragrafo 61 ss.); quindi " solo i criteri distintivi pertinenti fissati dalla normativa di cui trattasi devono essere presi in considerazione al fine di valutare se la differenza di trattamento risultante da siffatta normativa rispecchi una differenza oggettiva di situazioni.

Pertanto, allorchè uno Stato membro sceglie di esercitare la propria potestà impositiva sui dividendi versati da società residenti in funzione unicamente del luogo di residenza degli OICVM beneficiari, la situazione fiscale dei titolari di quote di detti organismi sarà priva di pertinenza al fine di valutare il carattere discriminatorio o meno di tale normativa" (Corte giustizia, 10/05/2012, da C-338/11 a C-347/11, Santander, cit., paragrafo 28).

8.1. La C.T.R. non ha allora fatto buon governo neppure di tali principi, nella parte in cui ha imputato alla ricorrente di non aver specificato il trattamento fiscale riservato dalla Germania all'Investitore, e quindi di non aver messo il giudicante nelle condizioni di comprendere quale fosse l'imposta tedesca, che avrebbe determinato il "carico complessivo" fiscale. Più in generale, poi, il giudice a quo ha errato nel ridurre, in maniera invero semplicistica, la verifica circa la sussistenza o meno del diritto del fondo di investimento non residente al trattamento fiscale più favorevole ad una mera quaestio facti, per poi imputare alla ricorrente di non aver adempiuto l'onere di provare "in modo univoco e certo un trattamento tributario sperequato sulla base della nazionalità". Viceversa, il punto decisivo della controversia imponeva piuttosto di esaminare, prima di ogni altra questione di fatto, il richiamato complesso normativo, nazionale e comunitario, tenendo conto anche dell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria e interna.

9. La restrizione ai movimenti di capitali- Tanto premesso, deve dunque concludersi che integra una restrizione dei movimenti di capitali, contrastante con l'art. 63, paragrafo 1, T.F.U.E., l'applicazione della ritenuta (nell'aliquota massima del 15 per cento), di cui all'art. 10, paragrafo 2 della Convenzione tra Italia e Germania sulle doppie imposizioni, sull'ammontare lordo dei dividendi pagati da società residenti italiane ad un fondo comune d'investimento mobiliare aperto tedesco non residente, qualora quest'ultimo si trovi nelle medesime condizioni nelle quali l'omologo organismo d'investimento collettivo mobiliare residente, essendo le sue quote od azioni sottoscritte esclusivamente da soggetti non residenti di cui al D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 3, vigente ratione temporis, sarebbe esente, ai sensi dello stesso D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, dall'imposta sostitutiva sul risultato della gestione prevista (nell'aliquota massima del 12,50 per cento), dalla L. n. 77 del 1983, art. 9, comma 2, applicabile ratione temporis.

Emerge, infatti, al ricorrere delle medesime condizioni oggettive, una differenza di trattamento fiscale a svantaggio del fondo non residente gestito dalla ricorrente, atteso che le due imposizioni comparate (quella sostitutiva sul risultato della gestione, dalla quale è esentato l'organismo d'investimento residente, e la ritenuta sui dividendi, imposta a quello non residente) attingono sostanzialmente il medesimo reddito da capitale, poichè i dividendi percepiti dal fondo residente confluiscono comunque nel risultato della gestione e vengono pertanto tassati (fatta salva l'esenzione in parola), nel contesto di quest'ultimo, con l'imposta sostitutiva.

10. L'esimente della "coerenza del sistema fiscale" nazionale. - Nel controricorso l'Amministrazione assume che sarebbe "centrale e decisiva", al fine di giustificare la restrizione della libera circolazione dei capitali accertata, l'esigenza di assicurare la "coerenza del sistema fiscale" nazionale.

Invero, la "coerenza del sistema" costituisce un'argomentazione alla quale gli Stati membri hanno fatto spesso ricorso per tentare di giustificare, dinanzi alla Corte di giustizia, il

trattamento discriminatorio riservato alle situazioni transnazionali, all'origine di fenomeni di doppia imposizione.

Si tratta, quindi, di una causa di giustificazione atipica - non menzionata espressamente tra le deroghe alle libertà previste nel Trattato ed emersa a volte nella casistica giurisprudenziale comunitaria - secondo cui, in alcune ipotesi, una misura discriminatoria può essere eccezionalmente giustificata, perchè persegue un obiettivo legittimo compatibile con i principi del Trattato, all'esito dunque di un bilanciamento tra diversi valori comunitari. Nell'individuare la categoria generale, aperta, delle "cause di giustificazione", la Corte di giustizia (30/11/1995, causa C-55/94, Gebhard, par. 37) ha precisato che " i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

Peraltro, nella declinazione di tale principio nella materia fiscale, la stessa Corte si è mostrata particolarmente prudente e rigorosa nell'apprezzare la rilevanza esimente della "coerenza del sistema fiscale" interno, condizionandola a precisi requisiti (in sintesi, l'esistenza di un nesso diretto tra la concessione di un vantaggio fiscale allo stesso contribuente residente in una prima fase di applicazione di una determinata imposta e l'onere fiscale imposto allo stesso contribuente in una fase successiva nel quadro dell'applicazione della medesima imposta: cfr. Corte di giustizia, 11/08/1995, C-80/94, Wielockx; Corte di giustizia, 06/06/2000, C-35/98, Verkooijen; da ultimo, Corte di giustizia, 17/03/2022, C-545/19, AllianzGI-Fonds AEVN, in materia di differenza, con riferimento alla ritenuta alla fonte, nel trattamento dei dividendi versati agli organismi di investimento collettivo residenti e non-residenti).

Considerato che comunque " gli Stati membri devono esercitare la loro autonomia tributaria nel rispetto degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, segnatamente quelli imposti dalle disposizioni del Trattato afferenti alla libera circolazione dei capitali (sentenza del 30 giugno 2011, Meilicke e a., C-262/09, EU:C:2011:438, punto 38)." (Corte giustizia, 30/01/2020, C-156/17, Keiln-Aktienfonds Deka, punto 49, in tema di ritenuta sui dividendi percepiti da fondo d'investimento non residente), tale interpretazione restrittiva rivela quindi la preoccupazione di scongiurare il rischio che gli Stati mascherino, con la giustificazione della coerenza sistematica, il mero pericolo di una perdita di gettito, motivazione cui la giurisprudenza comunitaria ha negato l'idoneità a legittimare trattamenti discriminatori.

Nel caso di specie, la "coerenza del sistema fiscale" è stata solo genericamente evocata dalla controricorrente, senza che sia stata evidenziata, o comunque risulti, la ricorrenza di quei rigorosi requisiti dettati in materia dalla citata giurisprudenza comunitaria.

11. L'esimente dell'"efficacia dei controlli fiscali"- Premesso che la sussistenza di altre eventuali esimenti è stata, ancor più genericamente, meramente evocata nel controricorso, senza alcun riferimento concreto alla fattispecie sub iudice, pare comunque opportuno, proprio in relazione alla specificità della materia trattata, sottolineare che neppure sussiste, quale causa di giustificazione della restrizione della libertà di circolazione dei capitali garantita dall'art. 63 T.F.U.E., l'esigenza di garantire l'efficacia dei controlli fiscali sui fondi comuni d'investimento,

come motivo imperativo d'interesse generale (sull'esimente in parola cfr. Corte di giustizia, 06/10/2011, Commissione v. Portogallo, C-493/09, punto 42 e giurisprudenza ivi citata). Infatti "la giustificazione attinente alla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali è ammissibile unicamente qualora la normativa di uno Stato membro subordini il beneficio di un vantaggio fiscale al rispetto di requisiti la cui osservanza possa essere verificata unicamente ottenendo informazioni dalle competenti autorità di uno Stato terzo e qualora, in considerazione dell'assenza di un obbligo convenzionale, a carico di detto Stato terzo, di fornire informazioni, risulti impossibile ottenere chiarimenti dal medesimo (v. sentenza Haribo Lakritzen Hans Riegel e ósterreichische Salinen, cit., punto 67 e la giurisprudenza citata)" (Corte giustizia, 10.4.2014, Emerging Markets,C-190/12, cit., punto 84).

Nel caso di specie sussiste l'obbligo convenzionale, poichè l'art. 27 Convenzione Italia-Germania contro le doppie imposizioni prevede e disciplina lo scambio di informazioni fra le autorità competenti degli Stati contraenti, in funzione dell'applicazione tanto delle norme convenzionali quanto di quelle domestiche relative alle imposte previste dalla Convenzione, anche al fine di "evitare le frodi o le evasioni fiscali". Inoltre, come si è già rilevato proprio a proposito del D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, commi 3 e 4, la Germania, paese di residenza del Fondo gestito dalla ricorrente e dell'Investitore tedesco, non era inclusa nella c.d. black list ed era inserita invece nella c.d. white list, ovvero nell'elenco degli Stati convenzionati che consentono un adeguato scambio di informazioni, come da D.M. 4 settembre 1996 e successive modifiche o integrazioni. Pertanto, la necessità di salvaguardare l'effettività dei controlli appare, nel caso di specie, tanto più infondata.

12. Conclusioni- Va allora rassegnato il seguente principio di diritto: " In tema di dividendi distribuiti, nel 2003, da società residenti in Italia ad un fondo comune d'investimento mobiliare aperto residente in Germania - le cui quote o azioni siano sottoscritte esclusivamente dai soggetti non residenti in Italia di cui al D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 3, e D.Lgs. n. 239 del 1996, n. 2396, art. 6, comma 1, e successive modificazioni - la Convenzione Italia-Germania, art. 10, par. 2, per il quale "tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente, ed in conformità alla legislazione di detto Stato", va interpretato - secondo il canone di buona fede ex art. 31 del Trattato di Vienna ed i principi della fiscalità comunitaria ed internazionale, per evitare la violazione dell'art. 63 T.F.U.E. in materia di libera circolazione dei capitali tra Stati membri - nel senso che anche ai predetti dividendi si applica l'esenzione prevista, con riferimento all'imposta sostitutiva sul risultato della gestione, per gli organismi d'investimento collettivo mobiliare residenti, dal D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, vigente ratione temporis.".

All'accoglimento del primo motivo consegue la cassazione della sentenza impugnata e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, l'accoglimento nel merito della domanda principale, di rimborso integrale delle ritenute applicate sui dividendi in questione, di cui al ricorso introduttivo, rimanendo assorbita quella di rimborso parziale.

L'accoglimento del primo motivo (che ha per oggetto l'esenzione del Fondo dalla ritenuta sui dividendi ed il conseguente rimborso integrale delle ritenute), assorbe sia il secondo motivo

(relativo alla misura dell'aliquota delle medesime ritenute), proposto dalla ricorrente in subordine; sia la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, a sua volta subordinata.

Le spese del merito si compensano e quelle di legittimità seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, accoglie la domanda di rimborso integrale di cui al ricorso introduttivo; compensa le spese dei giudizi di merito e condanna la controricorrente al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 2.300,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in Euro 200,00, ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 5 luglio 2022.

Depositato in Cancelleria il 7 luglio 2022

Documenti citati

Elenco citati

Questo documento non contiene citati.

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza