Sentenza del 08/09/2022 n. 26537 - Corte di Cassazione - Sezione/Collegio 5

Testo

Testo:

1. Il ricorrente ha premesso di aver presentato istanza di rimborso all'Agenzia delle entrate in data 20 aprile 2007. L'istanza aveva ad oggetto la ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dal fondo nell'anno 2003 per un ammontare complessivo di Euro 71.662,50 e in via subordinata l'importo di Euro 11.943,75 corrispondente alla differenza tra la misura del 15%, pari alla ritenuta applicata sui dividendi distribuiti al fondo e il 12,5%, pari all'imposta sostitutiva sul risultato di gestione.

Con provvedimento notificato in data 13 dicembre 2013, l'Agenzia opponeva il diniego al rimborso. Il contribuente ricorreva alla Commissione tributaria provinciale, che respingeva il ricorso. Lo stesso quindi proponeva appello dinanzi alla Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo la quale, con sentenza 27 novembre 2017, respingeva il gravame avverso la sentenza di primo grado.

Il contribuente propone contro la sentenza d'appello ricorso in Cassazione affidato a due motivi. L'Agenzia si è costituita con controricorso per resistere all'impugnazione.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo del ricorso il contribuente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 63, n. 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), della L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9 e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Con tale motivo, il ricorrente lamenta come la Commissione tributaria regionale abbia rigettato la domanda di rimborso avanzata in via subordinata e consistente nella richiesta della differenza tra la ritenuta del 15% applicata e l'imposta sostitutiva pari al 12,5% del risultato annuale di gestione. Tale decisione, infatti, costituiva, a parere del ricorrente, errata applicazione del principio della libera circolazione dei capitali, statuito dall'art. 63 sopra richiamato, nonchè della norma di cui all'art. 2697 c.c., avendo ritenuto non provata una circostanza, cioè l'esistenza di una differenza di trattamento, che invece risulterebbe per tabulas, dall'applicazione della norma nazionale che costituisce il termine di raffronto applicabile nella fattispecie.

In effetti, la ratio decidendi della sentenza è riassumibile nella statuizione secondo cui la parte non ha provato che il regime impositivo, applicato ai dividendi distribuiti al Fondo tedesco, è deteriore, quindi discriminatorio rispetto a quello applicabile sui dividendi distribuiti a fondi di investimento italiani. In particolare, secondo il giudice d'appello, non sarebbe stata dimostrata l'esistenza, neanche parziale, di una disparità di trattamento in concreto, poichè non necessariamente dall'applicazione dell'imposta sostitutiva del 12,5% sull'importo complessivo

discenderebbe un regime di tassazione meno gravoso rispetto a quello applicato al Fondo tedesco, mentre invece per avere diritto al rimborso sarebbe stato necessario provare non solo che il fondo aveva subito la tassazione nella misura del 15%, ma anche che tale tassazione era superiore a quella che sarebbe stata applicata in concreto ad un fondo di investimento italiano. A parere del contribuente, invece, la differenza è evidente e sarebbe stata evincibile dalla stessa normativa. Infatti, sarebbe pacifico che il fondo ha subito una tassazione del 15% sui dividendi percepiti, come la sentenza stessa ha riconosciuto, mentre il termine di paragone per determinare l'esistenza di una differenza, cioè che i fondi italiani fossero soggetti a una tassazione meno gravosa, discenderebbe direttamente dalla legge. In particolare, la differenza reale di tassazione ben poteva anche essere addirittura superiore rispetto ai 2,5 punti percentuali di differenza. Infatti, mentre l'aliquota del 15% si riferisce all'ammontare lordo del dividendo, l'aliquota del 12,5% applicabile ai fondi di investimento italiano, si riferisce al risultato netto di gestione, con la conseguenza che la tassazione effettiva dei dividendi poteva essere inferiore o addirittura nulla, ma mai superiore. Si pensi al caso in cui la gestione del fondo avesse prodotto anche elementi reddituali di segno negativo, ad esempio delle minusvalenze. In altri termini, il differenziale di aliquota di 2,5 punti percentuali a vantaggio dei fondi italiani è un differenziale minimo e immancabile.

2. Con il secondo motivo, il contribuente denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 63, n.1 del TFUE, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 461, art. 9, comma 4 e dell'art. 2697 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Nonchè nullità della sentenza per violazione del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 36 e dell'art. 112 c.p.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4. In particolare il ricorrente si duole del rigetto della domanda di rimborso avanzata in via principale in quanto la sentenza risulterebbe viziata da nullità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 4, per violazione dell'obbligo di motivazione previsto dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 36 e dell'obbligo di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato, sancito in via generale dell'art. 112, c.p.c. e in ogni caso per violazione di legge ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per aver fatto errata applicazione del principio della libera circolazione dei capitali statuito dall'art. 63 citato nonchè della norma di cui all'art. 2697, c.c., avendo ritenuto non provata una circostanza, l'esistenza di una differenza di trattamento, che invece risulta per tabulas dall'applicazione della norma nazionale, che costituisce il termine di raffronto applicabile nella specie.

In particolare in applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia Europea, una siffatta interpretazione determinerebbe l'effetto di disincentivare gli investimenti e di creare una restrizione alla libera circolazione dei capitali, vietata appunto dall'art. 63 più volte citato. In tal senso deporrebbe la decisione 10 maggio 2012, relativa alle cause C 338 11 e EC 347 11, che avrebbe statuito come l'applicazione di una ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti ai fondi, in caso si preveda un regime di esenzione da ritenuta per quelli percepiti dai fondi comuni di investimento nazionale (in quel caso francese), costituisce una restrizione della libera circolazione dei capitali vietata. In effetti, la circostanza che azionisti residenti possono essere dissuasi dall'acquistare partecipazioni in una società controllante in ragione del fatto che i dividendi provenienti da controllate di quest'ultima, stabiliti in uno Stato membro diverso, sarebbero meno elevati rispetto ai dividendi provenienti dalle controllate residenti, potrebbe a sua volta dissuadere la società controllante dall'esercitare la propria attività tramite controllate non residenti. In altri termini, l'esame sull'esistenza di un tratto discriminatorio nel regime fiscale

di riferimento, passa per l'analisi non solo dell'effetto sfavorevole prodotto da tale regime in capo all'entità diretta destinataria delle relative norme, nel caso di specie il fondo di investimento, ma anche per la considerazione degli effetti riflessi del regime stesso sui relativi investitori.

Nel caso di specie all'investitore nel fondo (in questo caso la compagnia assicurativa Munchener Ruckversicherung-Gesellschaft AG), i dividendi distribuiti dalla società partecipata italiana sono giunti al netto della ritenuta del 15% applicata alla fonte. Viceversa, qualora il medesimo investitore, anzichè investire nelle societa italiane partecipate per mezzo di un fondo di investimento tedesco, avesse effettuato il proprio investimento per tramite di un omologo fondo di investimento di diritto italiano, il trattamento fiscale sarebbe stato più favorevole. In tal caso, infatti, nei confronti di un Fondo italiano avrebbe trovato applicazione il regime speciale di esenzione dall'imposta sostitutiva del 12,5% (D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 7) nella versione applicabile ratione temporis. Tale disposizione stabiliva che nel caso di organismi di investimento collettivo mobiliare le cui quote o azioni fossero sottoscritte esclusivamente da soggetti non residenti di cui al comma 3 (soggetti residenti in stati white list, quali la Germania), gli organismi medesimi erano esenti dall'imposta. Con la conseguenza che in tal caso i dividendi non sarebbero stati assoggettati ad alcuna imposizione.

La pronuncia di secondo grado a fronte di tutto ciò nulla motivava a parere del ricorrente. Essa infatti si sarebbe concentrata sul coordinamento fra normativa domestica e convenzionale, e su una disquisizione in ordine alla sentenza CGE nella causa C-540/07 (19 novembre 2009), in gran parte inconferenti, e analizzava impropriamente gli effetti di miglior trattamento che sarebbero derivati al fondo tedesco, accedendo alla tesi del ricorrente rispetto ad un fondo italiano, in quanto quest'ultimo non avrebbe dimostrato di aver pagato imposte in Germania.

Il raffronto infatti deve essere fatto con riferimento alla tassazione italiana del dividendo giunto nelle mani dell'investitore nel fondo, e questo risulterebbe invariabilmente decurtato del 15%, quindi in guisa deteriore rispetto al dividendo che sarebbe percepito in caso di fondo italiano.

Ma appunto lamenta il ricorrente che su questo nulla dice la sentenza d'appello, pur costituendo l'oggetto del motivo principale d'appello, con conseguente violazione dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

Ulteriormente la sentenza errava laddove riteneva comunque non provato l'assunto della differenza di trattamento, poichè lo stesso derivava direttamente dalla legge, che così veniva disapplicata.

3. Si procede all'esame prioritario del secondo motivo, dal momento che la sua eventuale fondatezza determinerebbe l'assorbimento del primo motivo col quale si richiede, su medesimi presupposti, la sola differenza in via subordinata.

Va in proposito premesso che sia dal ricorso che dal controricorso e dalla sentenza impugnata, emerge chiaramente come l'istanza di rimborso avesse ad oggetto la restituzione dell'intera imposta (cfr. pagg. 4 e 5 del ricorso; pag.3 della sentenza; pag. 1 del controricorso) ed in

subordine la differenza fra l'imposta scontata e la misura del 12,5 % prevista dall'imposta sostitutiva.

Il fondo di investimento tedesco ricorrente lamenta un trattamento fiscale deteriore rispetto a quello riservato dalla normativa italiana ad un omologo fondo di investimento residente, in asserito contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali sancito dall'art. 63, paragrafo 1, TFUE.

3.1. Appare in proposito opportuna una preliminare ricognizione normativa.

A mente dell'art. 63, paragrafo 1, TFUE (ex art. 56 TCE): "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".

Il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 27, comma 3 (intitolato "Ritenute sui dividendi"), nella versione ratione temporis vigente, recita a sua volta "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 nei 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".

In virtù dell'art. 10 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. 24 novembre 1992, n. 459 "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.". Ancora, la L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9 ("Istituzione e disciplina dei fondi comuni d'investimento mobiliare."), recita "1. I fondi comuni di cui all'art. 1 non sono soggetti alle imposte sui redditi (...). 2. Sul risultato della gestione del fondo maturato in ciascun anno la società di gestione preleva un ammontare pari al 12,50 per cento del risultato medesimo a titolo di imposta sostitutiva. Il risultato della gestione si determina sottraendo dal valore del patrimonio netto del fondo alla fine dell'anno al lordo dell'imposta sostitutiva accantonata, aumentato dei rimborsi e dei proventi eventualmente distribuiti nell'anno e diminuito delle sottoscrizioni effettuate nell'anno, il valore del patrimonio netto del fondo all'inizio dell'anno e i proventi derivanti dalla partecipazione ad organismi di investimento collettivo del risparmio soggetti ad imposta sostitutiva, nonchè i proventi esenti e quelli soggetti a ritenuta a titolo d'imposta.".

Infine il D.Lgs. n. 461 del 1997, art. 9, comma 4, nella versione applicabile pro tempore, stabiliva "Nel caso di organismi di investimento collettivo di diritto italiano le cui quote o azioni siano sottoscritte esclusivamente da soggetti non residenti di cui al primo periodo del comma 3, gli organismi medesimi sono esenti dall'imposta sostitutiva sul risultato della gestione di cui alla L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9".

3.2. 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 di diritto tedesco, 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 (v. sopra).

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, che, all'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 l'art. 1, comma 1, lett. h), del decreto del Ministro del tesoro del 24 maggio 1999, n. 228 (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 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.

3.3. 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, paragrafo 1, T.F.U.E..

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.

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 (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, 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 la 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 dal 1 gennaio 2021, equipara il trattamento fiscale degli stessi 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.

3.4. Con riferimento al caso sub iudice, giova rilevare che, come dedotto dalla ricorrente, non è preclusiva, ai fini della rilevanza dell'art. 63, comma 1, T.F.U.E., 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 dell'art. 10 della Convenzione tra Italia e Germania, in materia di doppia imposizione.

Invero in passato questa Corte, in tema di concorso tra normativa convenzionale e diritto unionale, 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.

Il comma 2 dell'art. 234 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 del 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 e, 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 Koln-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 del 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 nell'art. 31 del Trattato di Vienna (interpretazione secondo buona fede ed alla luce dell'oggetto e dello scopo del trattato) nonchè 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. 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, C-216/01, 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 unionale 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 unionale 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").

3.5. Alla luce di quanto precede non ha fatto buon governo di tali principi la sentenza impugnata, che pur espressamente aderendo all'insegnamento della Corte di Giustizia, ed in particolare alla sentenza 19 novembre 2009 in causa C-540/07, circa la necessità di coordinare la disciplina nazionale e la normativa convenzionale allo scopo di evitare la violazione del generale principio di non discriminazione di derivazione unionale, ha ravvisato l'ulteriore principio secondo cui, in applicazione del suesposto criterio, non si deve giungere ad una discriminazione a contrario, cioè a carico del fondi domestici, che precisamente individua come sussistente ove fosse accolta la domanda di rimborso, poichè "nell'ordinamento tedesco, così come precisato dalle stesse parti nell'atto di appello, i fondi di investimento ancorchè soggetti passivi di imposta sulle società, sono comunque esenti da tale imposta essendo i relativi redditi tassati direttamente in capo all'investitore finale che, nel caso in esame, non ha fornito alcuna prova di aver pagato imposte in Germania".

Il vizio del ragionamento, che fatalmente porta alla violazione della legge, sta anzitutto e proprio nel considerare la tassazione operata nel paese di origine.

3.6. Va premesso in proposito che la differenza di trattamento fiscale, rispetto agli omologhi organismi d'investimento residenti, in materia di dividendi versati a fondi non residenti, è ricondotta dalla giurisprudenza comunitaria alla violazione dell'art. 63, par. 1, T.F.U.E. 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, paragrafo 1, TFUE, 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, C-436/08 e C-437/08, punto 50; Corte giustizia, 15/09/2011, C-310/09, Accor; Corte giustizia, 10/05/2012, da C338/11 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, KOM-Aktienfonds Deka, punto 49, in tema di ritenuta sui dividendi percepiti da fondo d'investimento non residente).

Orbene, 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 con riferimento alla disciplina nazionale dell'imposizione sui dividendi, applicabile nel caso concreto e sospetta di violazione dell'art. 63, paragrafo 1, T.F.U.E., 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).

3.7. 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, osservando che "il principio di non discriminazione va applicato tenendo conto delle concrete situazioni di fatto verificando se, in base alle risultanze processuali, esso sussista ovvero scompaia del tutto ovvero solo parzialmente. Orbene nel caso di specie la parte non ha dimostrato l'esistenza neanche parziale di una disparità di trattamento in concreto".

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, e di farne conseguente applicazione.

3.8. Conclusivamente 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 del successivo comma 4 dello stesso art. 9 D.Lgs. n. 461 del 1997, 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.

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.

3.9. 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 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, C35/98, Verkooijen; da ultimo, Corte di giustizia, 17/03/2022, C-545/19, AllianzGl-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, Kffin-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.

Sempre in sede di controricorso si è allegata altresì la necessità di contenimento dell'elusione e dell'evasione fiscale e quello dell'effettività dei controlli e della ripartizione equilibrata del potere impositivo tra stati membri.

In proposito può osservarsi quanto segue.

Proprio con riferimento allo specifico argomento del trattamento fiscale riservato ad un fondo di investimento straniero, la Corte di Giustizia con la pronuncia 10 maggio 2012, in cause da C-338/11 a C-347/11, aveva già affermato principi di pregnante rilevanza nella presente controversia.

In particolare, premesso il teorico contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali del trattamento fiscale differenziato tra fondi stranieri e fondi domestici, la Corte si era interrogata sulla sua possibile giustificazione in base alle disposizioni del TFUE, ed in particolare del suo art. 65. Tale disposizione, in quanto costituisce una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali, deve essere oggetto di un'interpretazione restrittiva. Pertanto, essa non può essere interpretata nel senso che sia automaticamente compatibile con il Trattato qualsiasi legislazione tributaria operante una distinzione tra i contribuenti in base al luogo in cui essi risiedono (v. sentenze dell'11 settembre 2008, Eckelkamp e a., C-11/07, Racc. pag. 1-6845, punto 57, e del 22 aprile 2010, Mattner, C-510/08, Racc. pag. 1-3553, punto 32, nonchè Haribo Lakritzen Hans Riegel e osterreichische Salinen, punto 56).

D'altronde la deroga prevista da tale disposizione, subisce a sua volta una limitazione per effetto dello stesso art. 65, paragrafo 3, TFUE, il quale prevede che le disposizioni nazionali contemplate dal citato paragrafo 1 "non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, nè una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'art. 63".

Le differenze di trattamento autorizzate dall'art. 65 "devono pertanto essere mantenute distinte dalle discriminazioni vietate dal paragrafo 3 del medesimo articolo".

Affinchè allora la normativa tributaria nazionale possa essere considerata compatibile con le disposizioni del Trattato, relative alla libera circolazione dei capitali, occorre che la differenza di trattamento riguardi situazioni che non sono oggettivamente paragonabili o sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale (v. sentenze del 6 giugno 2000, Verkooijen, C-35/98, Racc. pag. 1-4071, punto 43; del 7 settembre 2004, Manninen, C319/02, Racc. pag. 1-7477, punto 29; e del 10 dicembre 2011, Commissione/Belgio, C-250/08, Racc. pag. 1-12341, punto 51).

Diviene allora rilevante la comparabilità delle situazioni, e per la CGE deve concludersi nel senso che, allorchè una normativa nazionale fissa un criterio distintivo per l'assoggettamento ad imposta degli utili distribuiti, la valutazione della comparabilità delle situazioni vada effettuata tenendo conto di tale criterio (v., in questo senso, sentenze del 14 dicembre 2006, Denkavit Internationaal e Denkavit France, C-170/05, Racc. pag. 1-11949, punti 34 e 35; del 18 giugno 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, Racc. pag. 1-5145, punti 51-54; del 19 novembre 2009, Commissione/Italia, C-540/07, Racc. pag. 1-10983, punto 43, e del 20 ottobre 2011, Commissione/Germania, C-284/09, Racc. pag. 1-9879, punto 60).

E la CGE finiva per disconoscere la fondatezza del criterio, alla luce delle caratteristiche alla cui presenza era ammessa la deroga di cui all'art. 65 (nella specie si negava in particolare il criterio della rilevanza della residenza dei titolari delle quote, garantiti dalle convenzioni sulla doppia imposizione).

Quanto al criterio relativo alla salvaguardia di ragioni imperative di carattere generale, neppure esse per la CGE riescono a giustificare la disparità di trattamento e dunque la deroga in tal caso.

Infatti sotto tale profilo, non rileva la necessità di salvaguardare la ripartizione equilibrata della potestà impositiva tra gli Stati membri, la necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali nonchè la preservazione della coerenza del regime fiscale di cui trattasi nei procedimenti principali. Anzitutto la ripartizione equilibrata della potestà impositiva tra gli Stati membri, può giustificare un regime in deroga qualora lo stesso sia inteso a prevenire comportamenti atti a porre a rischio il diritto di uno Stato membro di esercitare la propria potestà impositiva in relazione alle attività svolte sul suo territorio (v. sentenze del 18 luglio 2007, Oy AA, C-231/05, Racc. pag. 1-6373, punto 54; dell'8 novembre 2007, Amurta, C-379/05, Racc. pag. 1-9569, punto 58; Aberdeen Property Fininvest Alpha, cit., punto 66, e Commissione/Germania, cit., punto 77), ma il caso non ricorre in ipotesi di scelta di non assoggettare ad imposta gli OICVM residenti beneficiari di dividendi d'origine nazionale a fronte dell'assoggettamento ad imposta degli OICVM non residenti (v. sentenze Amurta, punto 59; Aberdeen Property Fininvest Alpha, punto 67, e Commissione/Germania, punto 78).

Neppure può costituire adeguata giustificazione la necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali, perchè l'esigenza non è coerente con la scelta di assoggettamento ad imposta unicamente e specificamente i non residenti.

3.10. Da tanto deriva che la sentenza, nel ritenere che la verifica della differenza di trattamento vada basata sull'esame della tassazione nel paese d'origine (in questo caso la Germania), e nel ridurre poi la stessa verifica ad una questione di accertamento di mero fatto, ha violato l'ordinamento, omettendo il necessario adeguamento della disciplina nazionale e convenzionale (nel caso specifico l'arti. della ridetta convenzione italo-tedesca sulla doppia imposizione) al principio unionale del divieto di discriminazione.

4. 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, D.Lgs. n. 239 del 1996, n. 239, art. 6, comma 1 e successive modificazioni- l'art. 10, par. 2, della Convenzione Italia-Germania, 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.".

5. Va dunque accolto il secondo motivo di ricorso, con assorbimento del primo motivo e della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. All'accoglimento del secondo motivo consegue la cassazione della sentenza di secondo grado. Non occorrendo ulteriori accertamenti di fatto, in base al disposto dell'art. 384 c.p.c. la Corte decide nel merito accogliendo la domanda di rimborso integrale di cui al ricorso introduttivo.

6. In ordine alle spese di lite, quelle relative ai gradi di merito vanno compensate, mentre quelle relative al giudizio di legittimità vanno poste a carico della resistente, liquidandole cumulativamente come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte:

Accoglie il secondo motivo di ricorso e, decidendo nel merito, accoglie la domanda di rimborso integrale di cui al ricorso introduttivo.

Compensa le spese relative ai gradi di merito.

Condanna la parte resistente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 5600,00, oltre rimborso forfettario 15%, iva ed esborsi per Euro 200,00.

Così deciso in Roma, il 5 luglio 2022.

Depositato in Cancelleria il 8 settembre 2022

Documenti citati

Documenti collegati

- Normativa
- Prassi
- Giurisprudenza